

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS

ROBERTA DE CÁSSIA OLIVEIRA RODRIGUES

**O DIREITO SOCIAL À MORADIA E O SISTEMA FINANCEIRO DA
HABITAÇÃO**

Porto Alegre, novembro de 2010.

ROBERTA DE CÁSSIA OLIVEIRA RODRIGUES

O DIREITO SOCIAL À MORADIA E O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

Monografia de Conclusão de Curso para obtenção
do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais
pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientadora: Vivian Josete Pantaleão Caminha

Porto Alegre
2010

ROBERTA DE CÁSSIA OLIVEIRA RODRIGUES

**O DIREITO SOCIAL À MORADIA E O SISTEMA FINANCEIRO DA
HABITAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso para a
obtenção de grau de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Banca Examinadora

Prof.

Prof.

Prof.

Conceito: ____

Porto Alegre, ... de dezembro de 2010

AGRADECIMENTOS

A Deus, à Santa Rita de Cássia e à Santa Paulina, pelo auxílio espiritual em mais este desafio.

À minha mãe e a meu pai, pela dedicação, paciência, carinho e incentivo.

A Luís Fernando Marona, pela compreensão.

Aos amigos, pelas palavras de motivação.

À minha orientadora, por ser um exemplo a ser seguido, tanto na vida pessoal quanto na vida profissional, e que contribuiu para a realização deste trabalho.

*“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar no sonho que se tem,
Ou que seus planos nunca vão dar certo,
Ou que você nunca vai ser alguém
Tem gente que machuca os outros,
Tem gente que não sabe amar,
Mas eu sei que um dia a gente aprende
Se você quiser alguém em quem confiar
Confie em si mesmo,
Quem acredita sempre alcança!”*

(Mais uma vez – Renato Russo)

RESUMO

O presente trabalho aborda o direito social à moradia e como ele foi concretizado por meio do Sistema Financeiro da Habitação. Inicialmente, trata do direito à moradia como um direito social, sua origem, características e o seu processo de inclusão na Constituição brasileira, momento no qual adquiriu o status de direito fundamental. É demonstrado também como o direito à moradia é tratado na legislação internacional e no direito comparado. Há um tópico especial no qual é relacionado o direito à moradia e o princípio da reserva do possível. Na segunda parte, é realizada uma breve análise do Sistema Financeiro da Habitação, sua criação, evolução, a legislação aplicável e seus efeitos. São trazidas questões a respeito dos contratos de financiamento. No ponto final, aprecia-se a relação entre o Sistema Financeiro da Habitação e o cooperativismo, tendo em vista a relação existente entre eles.

Palavras-chave: Direito social. Direito à Moradia. Sistema Financeiro da Habitação.

ABSTRACT

This work addresses the social right to housing and how it was achieved through the Housing Finance System. Initially, concerns the right to housing as a social right, its origin, characteristics and process of their inclusion in the Brazilian Constitution, at which acquired the status of fundamental right. It is also shown as the right to housing is treated in international law and comparative law. There is a special topic which is related to housing rights and the principle of reserve for contingencies. In the second part, we provide a brief review of the Housing Finance System, its creation, evolution, the relevant legislation and its effects. The theoretical questions about the financing contracts. In the end, appreciates the relationship between the Housing Finance System and the cooperative, in view of the relationship between them.

Key-words: Social right. Right to Housing. Housing Finance System

LISTA DE ABREVIATURAS

BACEN – Banco Central do Brasil

BNH – Banco Nacional da Habitação

BTN – Bônus do Tesouro Nacional

CES – Coeficiente de Equiparação Salarial

FCVS – Fundo de Compensação de Variações Salariais

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

FIEL – Fundo de Incentivo ao Esporte e ao Lazer

FUNDHAB – Fundo de Assistência Habitacional

IPC – Índice de Preços ao Consumidor

ONU – Organização das Nações Unidas

ORTN – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional

OTN – Obrigações do Tesouro Nacional

PCR – Plano de Comprometimento de Renda

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PES – Plano de Equivalência Salarial

PES/CP – Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional

PIB – Produto Interno Bruto

SBPE – Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo

SFH – Sistema Financeiro da Habitação

SFI – Sistema Financeiro Imobiliário

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

TR – Taxa Referencial

UPC – Unidade Padrão de Capital

UPF – Unidade Padrão de Financiamento

URP – Unidade Referencial de Preços

VRF – Valor de Referência de Financiamento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 O DIREITO SOCIAL À MORADIA	10
1.1 OS DIREITOS SOCIAIS	10
1.1.1 O surgimento dos direitos sociais	10
1.1.2 Conceito de direitos sociais	10
1.1.3 Características dos direitos sociais	12
1.1.4 Os direitos sociais e a reserva do possível	18
1.2 O DIREITO À MORADIA	19
1.2.1 Origem do direito à moradia	19
1.2.2 Conceito de direito à moradia	22
1.2.3 O direito à moradia como direito fundamental	27
1.2.4 O direito à moradia na legislação internacional e no direito comparado	30
2 O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO	34
2.1 EVOLUÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO	34
2.2 OBJETIVOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO.....	46
2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.....	46
2.4 EFEITOS DECORRENTES DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO	49
2.5 O COOPERATIVISMO NO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO	51
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará sobre a questão do direito social à moradia e a sua concretização pelo Sistema Financeiro da Habitação.

A primeira parte tratará do conceito de direito social, suas características e classificação. Também será destinado um tópico especial para a relação entre os direitos sociais e a “reserva do possível”.

Ainda na primeira parte, discorrer-se-á acerca do direito à moradia propriamente dito, sua origem e conceito, bem como do seu *status* de direito fundamental e sua regulamentação na legislação internacional e no direito comparado.

Na segunda parte, será analisado o Sistema Financeiro da Habitação, que foi um dos primeiros instrumentos utilizados pelo Poder Público, com vistas à concretização do direito à moradia. De início, serão abordados os objetivos e os princípios que regem o Sistema. Em seguida, um detalhado histórico de sua evolução e a legislação aplicável. Também serão examinados os princípios aplicáveis aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação e os respectivos efeitos. Por fim, um ponto a respeito da sua relação com o cooperativismo.

O direito à moradia tem assumido uma posição de maior importância nos últimos anos, desde a sua menção na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. No Brasil, sua relevância é observada desde os tempos em que foi criado o Sistema Financeiro da Habitação, com vistas a tornar possível que a população de baixa renda adquirisse sua casa própria. Recentemente, no ano 2000, o direito à moradia atingiu o status de direito fundamental ao ser incluído no rol destes direitos, na Constituição.

O tema foi escolhido por ser um assunto pouco explorado, mas também porquê o Sistema Financeiro da Habitação é um assunto recorrente na Justiça Federal, o qual gera um grande número de processos.

A metodologia utilizada para a realização do presente trabalho foi a pesquisa de livros e documentos disponíveis a respeito do tema. Restringiu-se a busca somente ao Sistema Financeiro da Habitação porquê as políticas atualmente implementadas pelo Governo Federal na concretização do direito à moradia, como o “Minha Casa, Minha Vida”, são muito recentes e carecem de material escrito. Ainda assim, foram encontradas dificuldades para se encontrar textos de qualidade produzidos a respeito do tema escolhido.

O DIREITO SOCIAL À MORADIA

1.1 OS DIREITOS SOCIAIS

1.1.1 O Surgimento dos Direitos Sociais

Os direitos sociais estão previstos constitucionalmente no capítulo relativo à Ordem Social, tendo origem nos movimentos sociais. Eles obtiveram reconhecimento jurídico quando passaram a ser disciplinados sistematicamente nas Constituições de diferentes países, sendo apontados como marcos históricos a Constituição Mexicana de 1917 e, no Brasil, a partir da Constituição de 1934, cuja inspiração foi a Constituição alemã de Weimar.¹

De acordo com Norberto Bobbio, os direitos sociais tiveram sua primeira referência na Constituição Francesa de 1791, que determinava a adoção de medidas em favor do trabalho para “os pobres válidos que não puderam consegui-lo”. Posteriormente, esses direitos foram reafirmados na Declaração de Direitos de 1793. Contudo, foi somente na Constituição de Weimar que eles tomaram uma dimensão mais ampla.²

Bonavides consigna que os direitos sociais estão presentes no ordenamento constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934, sendo notáveis a sua manutenção e evolução nas que se seguiram.³

Na Constituição Brasileira atual, os direitos sociais estão dispostos basicamente nos artigos 6º a 11. Contudo, há outros direitos sociais ao longo do texto constitucional. Esses direitos podem ser agrupados, em seis grandes grupos, quais sejam: a) os relativos ao trabalhador; b) os relativos à seguridade (que abrange direitos à saúde, à previdência e à assistência social); c) os relativos à educação e à cultura; d) os relativos à moradia; e) os relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; f) os relativos ao meio ambiente.⁴

1.1.2 Conceito de Direitos Sociais

José Afonso da Silva conceitua direitos sociais como “*prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais,*

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 285.

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 226.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 565.

⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 287.

que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos eu tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais.” Complementa ainda dizendo que são direitos que se ligam ao princípio da igualdade⁵, e que

valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2006, p. 286-287)⁶

Já para Paulo Gilberto Cogo Leivas, os direitos sociais são direitos a ações positivas fáticas, em sentido material, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência dessas condições e, considerando a importância das prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, sendo que tais pretensões podem ser dirigidas contra o Estado, por força de disposição constitucional.⁷

Somente consideram-se direitos fundamentais aqueles que são garantidos por normas constitucionais. Há uma série deles no corpo da Constituição brasileira de 1988. Contudo, ela não os esgota, tendo em vista que há uma série de outros direitos fundamentais não elencados, como direito de dormir, respirar, etc.⁸

Bonavides assinala que os direitos sociais inicialmente tiveram um período de baixa normatividade ou eficácia duvidosa, em razão de exigir prestações positivas do Estado, às quais nem sempre podiam ser concretizadas, tendo em vista a limitação dos meios e recursos. Quando surgiram no início do século XX, foram classificados como normas programáticas. Todavia, isso está mudando, e alguns autores, como o próprio Bonavides, considera que, no Brasil, aos poucos está sendo reconhecida a eficácia imediata dos direitos fundamentais.

⁵ Sobre a igualdade, segundo Humberto Ávila, ela pode funcionar como uma regra, quando veda o tratamento discriminatório; como princípio, quando determina um estado igualitário como fim a ser promovido; ou como postulado, quando estrutura a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim). Sua concretização depende do critério adotado como medida de diferenciação, a qual só adquire importância material quando lhe é atribuída uma finalidade. Em suma, a aplicação do princípio da igualdade depende de um critério diferenciador, bem como de uma finalidade a ser atingida. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137-138)

⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 286-287.

⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89.

⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 90.

Assim, entende o referido autor que tais direitos são tão justificáveis quando os direitos fundamentais de liberdade, ou de primeira geração.⁹

Neuner assinala que “os direitos humanos sociais são mandamentos de otimização no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Na qualidade de direitos carecedores de ponderação, eles são suscetíveis de diversas restrições.”¹⁰ Nessa trilha, o autor elenca os diversos limites oponíveis aos direitos sociais, quais sejam: jurídicos (os direitos liberais, o princípio da subsidiariedade e o princípio da separação de poderes), fáticos (recursos e condições econômicas básicas) e metodológicos (necessidade de especificação e necessidade de implementação).¹¹

Por fim, o conceito definitivo de Neuner:

direitos humanos sociais são direitos supraestatais, que asseguram uma proteção material, informativa, ideal e de grupos específicos, como o telos comum de realizarem, de modo complementar aos direitos liberais, os pressupostos fáticos para a liberdade e a democracia, de estabelecerem a igualdade material e a paz jurídica, bem como de assegurarem extensivamente a dignidade humana. (NEUNER, 2006, p. 165)¹²

1.1.3 Características dos Direitos Sociais

A principal característica dos direitos sociais é o fato de serem direitos a ações positivas, as quais consistem em uma alteração causal de situações ou processos na realidade. Contudo, nem todos os esses são direitos sociais, mas somente aqueles que são direitos a ações positivas fáticas, as quais, se o indivíduo tivesse condições financeiras e acesso à oferta, poderia alcançá-las por particulares.¹³ Todavia, nem tudo que está à disposição no mercado pode ser exigido, ou constitui objeto de um direito fundamental social.

Outra importante característica dos direitos sociais é que o responsável por sua implementação é o Estado. Além disso, os direitos sociais tido por fundamentais diferem dos

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 565.

¹⁰ NEUNER, Jörg. *Direitos Humanos Sociais*. In: *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t. 1, p. 158.

¹¹ NEUNER, Jörg. *Direitos Humanos Sociais*. In: *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t. 2, p.158-162

¹² NEUNER, Jörg. *Direitos Humanos Sociais*. In: *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1, t. 2, p. 165

¹³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 87-88.

demais direitos sociais em razão do seu *status* constitucional, o que lhes confere as mesmas garantias dos demais direitos fundamentais.¹⁴

Bobbio acrescenta que a proteção dos direitos sociais requer uma intervenção estatal, diferentemente dos direitos de liberdade, e uma nova forma de Estado, onde haja uma organização dos serviços públicos, ou seja, o denominado Estado Social. Refere que os direitos sociais necessitam de uma ampliação dos poderes estatais para serem realizados, tendo em vista que demandam uma estruturação do estado para sua prestação, bem como um aporte de recursos.¹⁵

A universalidade dos direitos fundamentais é realçada por Bonavides, que afirma assim a colocação de tais direitos no mais alto grau de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. Tal fenômeno teve início com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e prosseguiu com a edição de uma série de documentos, de caráter internacional, que trataram de direitos humanos.¹⁶

Em relação à sua justiciabilidade, K. Hesse explica que, por possuírem uma estrutura diversa dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade, os direitos sociais, a princípio, não podem ser exigidos como direitos subjetivos individuais. Além disso, não se efetivam apenas pelo respeito e amparo, requerendo ações do Estado para serem concretizados.¹⁷ Hesse defende que os direitos sociais estão sob a reserva do possível, ou seja, somente podem ser realizados dentro daquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade, respeitando a razoabilidade. Quanto à justiciabilidade dos direitos sociais, José Afonso da Silva sustenta que são normas de aplicação imediata, mas refere que há normas definidoras de direitos sociais dotadas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, por meio de dispositivo constitucional.¹⁸ Paulo Bonavides compartilha desse entendimento, rejeitando a idéia de programaticidade dessas normas.¹⁹

A efetividade dos direitos sociais, ou a sua inefetividade, pode ser explicada pela Teoria Crítica, segundo a qual a previsão no ordenamento jurídico não a garante no plano concreto. Outro fator é que, sendo os direitos produtos culturais, cuja origem é as lutas sociais

¹⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 86-87

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 574

¹⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 284-285

¹⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94

na busca de bens, materiais e imateriais, são eles instrumentos para atingir esses objetivos, não se bastando para isso.²⁰

Quanto à fundamentalidade dos direitos sociais e, em especial, do direito à moradia, esta decorre, formalmente, de sua previsão no texto constitucional, o que produz efeito vinculante para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Já a fundamentalidade material origina-se na idéia de normas que determinam as estruturas básicas do Estado e da Sociedade, e independe de sua formalização numa constituição escrita.²¹ Contudo, Carl Schmitt nega essa concepção. Segundo o autor, o fato de um direito estar descrito na constituição não significa que ele seja um direito fundamental, assim como pode haver um direito fundamental que não esteja disposto no texto constitucional. E defende que são direitos fundamentais os direitos da pessoa humana individual, oponíveis ao Estado com anterioridade e superioridade.²²

Outra característica dos direitos sociais é a sua irreversibilidade, ou seja, a eles são aplicáveis os princípios da segurança jurídica e da proibição de retrocesso, os quais estão interligados. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, há duas formas de se observá-la. Em sentido amplo, em razão de alguns direitos sociais estarem intimamente ligados aos direitos à vida e à dignidade humana e assim não poderem ser excluídos do texto constitucional. Em sentido estrito, por ser proibido o retrocesso pela edição de normas infraconstitucionais que tolham esses direitos, o que iria de encontro aos princípios da constituição social.²³

Bonavides defende que o princípio da igualdade é o centro do Estado Social e de todos os direitos de seu ordenamento jurídico. Ele concretiza a liberdade, de herança clássica, e com ela constitui um núcleo, em torno do qual se forma a estrutura do Estado democrático contemporâneo.²⁴ Refere que, no liberalismo, a igualdade era jurídica e, no Estado social, passou a ser material. Não é mais uma igualdade perante a lei, mas uma igualdade na lei. Uma igualdade que surgiu ideológica, pelo direito natural, e depois se despolitizou.

²⁰ CAPLAN, Luciana. Direitos Sociais da Constituição Cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois.* Cláudio José Montesso, Marco Antônio de Freitas, Maria de Fátima coelho Borges Stern coordenadores. – São Paulo: LTr, 2008, p. 275

²¹ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia.* In: *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição.* Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 133

²² CAPLAN, Luciana. *Direitos Sociais da Constituição Cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica.* In: *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois.* Cláudio José Montesso, Marco Antônio de Freitas, Maria de Fátima coelho Borges Stern coordenadores. – São Paulo: LTr, 2008, p. 277

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 436-441

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 376.

Para Jörg Neuner, “*a dignidade humana constitui o fundamento para a legitimação dos direitos humanos sociais*”.²⁵ Entre os aspectos teleológicos, ressalta as funções de assegurar a liberdade, a democracia e a paz; proporcionar tratamento igualitário e proteger a dignidade humana.²⁶ Refere que os direitos sociais consistem na proteção em caso da incapacidade de responsabilizar-se, diferentemente dos direitos liberais, que protegem os seres humanos diante de intervenções externas.²⁷

Em relação à eficácia dos direitos sociais, Neuner consigna que eles possuem uma eficácia semelhante a dos direitos liberais, exceto em relação à possibilidade de sua renúncia parcial. São, *a priori*, subjetivos, que se referem a um mínimo necessário para uma existência humanamente digna, e oportunizam ao legislador um grande espaço de conformação. Tais direitos são vinculantes em relação a todos os poderes estatais e têm validade universal, configurando-se em supraestatais. Essa característica acarreta ao Judiciário o dever da interpretação e do desenvolvimento do Direito de acordo com os direitos humanos. Já no campo do Direito civil, resulta na relativização do princípio da autonomia privada.²⁸

Os direitos fundamentais, inclusive os de natureza social, possuem duas faces. A face subjetiva corresponde à característica de ensejar uma pretensão a que se adote um determinado comportamento, ou seja, exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem ou correspondência a uma competência. Já a face objetiva transcende a perspectiva das posições individuais para alcançar o *status* de normas que traduzem os valores básicos da sociedade, operando como limites ao poder e diretriz da ação estatal.

Importante distinção entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais reside no fato de os primeiros tutelarem algo antecedente, não criado por lei, enquanto os últimos requerem uma ação estatal positiva, impescindindo de medidas legislativas e/ou administrativas que viabilizem o acesso a bens materiais e a sua participação neles.²⁹

²⁵ NEUNER, Jörg. *Direitos Humanos Sociais*. In: Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1 t. 2, p. 146

²⁶ NEUNER, Jörg. *Direitos Humanos Sociais*. In: Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1 t. 2, p. 150-153

²⁷ NEUNER, Jörg. *Direitos Humanos Sociais*. In: Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1 t. 2, p. 157

²⁸ NEUNER, Jörg. *Direitos Humanos Sociais*. In: Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1 t. 2 p. 164

²⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 92

Muito se fala que os direitos fundamentais dividem-se basicamente em três dimensões. Parte da doutrina cita a existência de quatro ou cinco dimensões³⁰, mas o entendimento majoritário é que são três, quais sejam: 1ª dimensão, direitos fundamentais individuais de defesa; 2ª dimensão, direitos fundamentais sociais; 3ª dimensão, direitos fundamentais difusos. Nesse diapasão, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os relacionados aos ideais revolucionários do século XVII, principalmente aos valores da propriedade, da liberdade e da fraternidade. São entendidos como direitos de liberdade. Já os direitos de segunda dimensão surgiram com o antiliberalismo no século XX, relacionados com o Estado Social e vinculados ao princípio da igualdade. São definidos como direitos sociais, culturais e econômicos, ou como direitos coletivos ou da coletividade, e não existiam antes da formação do Estado Contemporâneo. São as liberdades sociais. Por fim, os direitos de terceira dimensão estão ligados à fraternidade e à solidariedade. A sua titularidade é coletiva, às vezes indeterminável, e eles carecem de novos instrumentos para a sua garantia, sendo difusos e transindividuais. Integram essa dimensão os direitos relativos ao patrimônio comum da humanidade, à paz, à comunicação, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, entre outros.³¹

Paulo Bonavides entende que os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais dominaram o século XX, tendo origem na ideologia antiliberal. Esses direitos abrangem os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, e têm por alicerce o princípio da igualdade, com já foi referido anteriormente. Refere também à proclamação dos direitos sociais nas constituições marxistas e social-democráticas, como a Constituição de Weimar, e as Constituições posteriores a Segunda Grande Guerra.³²

Paulo Gilberto Cogo Leivas enfatiza que, mais importante que classificar os direitos sociais como normas de aplicação imediata ou programáticas é discutir a respeito de sua presença no texto constitucional brasileiro, e mesmo o conceito de direito fundamental. Afirma que, admitindo-se a existência de direitos sociais fundamentais, infere-se que esses

³⁰ Ingo Wolfgang Sarlet afirma que apenas três dimensões são insuficientes para explicar a questão dos direitos fundamentais, e aponta a existência de uma quarta dimensão. Ele acompanha a idéia de Paulo Bonavides, o qual afirma a existência de uma quarta dimensão, composta pelos direitos à democracia e à informação. Já Bonavides defende ainda a existência de uma quinta dimensão, o direito à paz. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58 e 59; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 579)

³¹ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 126-131

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. 22. ed. atual. e ampl. p. 564

possuem aplicação imediata, pois a importância dos direitos fundamentais é tamanha que sua concessão não pode ficar sob a ingerência da maioria parlamentar. E conclui que aqueles que entendem que os direitos sociais, mesmo os tidos por fundamentais, são normas programáticas terão de defender a sua inexistência nossa Constituição, e até mesmo argumentar contra a própria literalidade do texto constitucional.³³

Importante reforçar que os direitos fundamentais não se restringem àqueles elencados no Título “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”. A existência de outros direitos fundamentais ao longo da Constituição está prevista no parágrafo segundo do artigo quinto, segundo o qual “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*”

Relevante também consignar que a questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais não resolve a principal questão a seu respeito: “*a possibilidade de existirem prestações fáticas positivas judicialmente invocáveis.*” Um exemplo é a questão do acesso à saúde: as pessoas recorrem ao Judiciário para conseguirem uma internação hospitalar, ou para receberem uma determinada medicação especial, ou de preço elevado.

Cogo Leivas ainda refere que os princípios constitucionais da democracia e da separação dos Poderes restringem “*os direitos fundamentais prima facie, porem não funcionam como obstáculos a efetividade destes direitos em caso de omissão ou ação insuficiente, inadequada ou desnecessária dos Poderes Legislativo e Executivo*”. E vai adiante:

os direitos fundamentais sociais somente serão restringidos, contudo, se, depois de submetidos à análise da proporcionalidade em sentido estrito, concluir-se que os chamados princípios formais (princípio democrático e da separação de poderes) e os princípios materiais (v.g., os direitos fundamentais sociais de terceiros) apresentarem como mais importantes no caso concreto, segundo a lei da ponderação, que os próprios direitos fundamentais sociais. (LEIVAS, 2006, p. 94-95)

Em resumo, os direitos fundamentais sociais podem tornar-se direitos definitivos, caso não sejam restringidos.

³³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 94-95

1.1.4 Os Direitos Sociais e a Reserva do Possível

Questão relevante a ser abordada em relação às cláusulas restritivas dos direitos sociais diz respeito à reserva do possível. Essa cláusula determina que os direitos sociais *prima facie* requerem a ponderação com os outros direitos fundamentais. Ou seja, é a colisão dos princípios constitucionais da democracia e da separação dos Poderes com os direitos fundamentais de terceiros.³⁴ Assim, o direito social em testilha será concedido ao indivíduo se a colisão com os outros não for importante a ponto de justificar a restrição ao seu direito fundamental. Em suma: é aquilo que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade. E conclui Cogo Leivas:

a cláusula da reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios. (LEIVAS, 2006, p. 99)³⁵

Há basicamente duas dificuldades para a concretização desses direitos: a diversidade de meios possíveis para a sua realização e os meios financeiros para esse fim, observando-se a política orçamentária e a determinação de prioridades.³⁶

Relacionada com a reserva do possível está a competência orçamentária do legislador, tendo em vista que os direitos sociais requerem recursos financeiros para serem concretizados. Deste modo, ela deve ser considerada quando analisados os direitos a prestações fáticas positivas. Este é o principal fator a restringir os direitos sociais *prima facie*, e o motivo pelo qual frequentemente se impossibilita o seu reconhecimento.³⁷ Esta competência deverá ser ponderada com os direitos sociais, pois nenhum deles constitui-se em algo absoluto. Assinale-se que não somente os direitos sociais em sentido material requerem disponibilidade orçamentária, mas também direitos de defesa, como direitos de proteção, também exigem o aporte financeiro.³⁸ Cogo Leivas é definitivo:

³⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99.

³⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

³⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 92.

³⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

³⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

Atuando a reserva financeira do possível e a competência orçamentária do legislador como restrições aos direitos fundamentais sociais – embora não exclusivamente em relação a estes direitos – deve-se tomar decisões, segundo o preceito da proporcionalidade, em favor do princípio com maior peso no caso concreto. (LEIVAS, 2006, p. 101)³⁹

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

Ademais, os direitos sociais podem ser restringidos pelos direitos sociais de terceiros, e ainda serem reconhecidos como definitivos, se houver razões que os justifiquem. Porém, há um núcleo, que compõe um mínimo existencial⁴⁰, dos direitos sociais que, caso não entendidos, podem colocar o indivíduo em risco de sofrer um grave dano. Nesses casos, salvo impossibilidade absoluta, é obrigação do Estado prestar assistência.⁴¹

1.2 O DIREITO À MORADIA

1.2.1 Origem do Direito à Moradia

Há muito tempo o direito à moradia encontra-se garantido no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no âmbito do Direito Civil, mediante institutos como a impenhorabilidade do bem de família. Contudo, o enfoque deste trabalho concentra-se nos dispositivos constitucionais que tutelam esse direito.

A origem do direito à moradia no Brasil remonta à Constituição de 1934, pois nem a Carta Imperial de 1824, nem a Constituição Republicana de 1891 continham qualquer norma que garantisse expressamente esse direito, embora esta última prescrevesse que a casa era o

³⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101.

⁴⁰ Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, mínimo existencial seria “o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (...) como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da Sociedade.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais: Orçamento e a Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25)

⁴¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107.

asilo inviolável do indivíduo, sendo possível nela entrar somente com autorização de seu morador, disposição reproduzida nos textos constitucionais posteriores.⁴²

Somente em 1934 surgiu a idéia de conferir à propriedade um benefício social coletivo, o que se manteve nas Constituições de 1946 e 1964. No texto de 1946, pela primeira vez, foi contemplada a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social⁴³, bem como o condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social.⁴⁴

Durante a Ditadura Militar, enquanto ainda vigorava a Constituição de 1946, foi editado o Estatuto da Terra, o que constituiu um progresso em relação à questão da função social da propriedade. Tal legislação dispunha explicitamente sobre a função social a ser desempenhada pela propriedade rural, mediante o cumprimento das seguintes metas: a) o favorecimento do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores da terra, assim como o de suas famílias; b) a manutenção de níveis satisfatórios de produtividade; c) a conservação dos recursos naturais; d) a imposição de disposições legais e reguladoras das justas relações de trabalho entre os possuidores e os cultivadores da terra.⁴⁵

Some-se a isso o surgimento da Lei do Sistema Financeiro da Habitação e de Interesse Social, cujo fim era assegurar o financiamento para a aquisição de moradia por famílias que não possuíssem condições para tanto. O artigo 9º da Lei n.º 4.380/64 dispunha o seguinte:

todas as aplicações do sistema terão por objeto, fundamentalmente, a aquisição de casa para a residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção de sua moradia.

Desse modo, a função social da propriedade veio expressa na Constituição de 1967, assim como uma sutil referência à moradia.⁴⁶

⁴² PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 112.

⁴³ Artigo 141, § 16: “*é garantido o direito de propriedade, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou de utilidade pública, ou por interesse social*”.

⁴⁴ Artigo 147: “*o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social*”.

⁴⁵ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 113.

⁴⁶ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 114

Na Constituinte de 1986, havia um anteprojeto de autoria da Comissão de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos), o qual pretendia incluir no texto constitucional o seguinte dispositivo: “*É garantido a todos o direito, para si e para sua família, de moradia digna e adequada, que lhe preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar*”. Contudo, tal texto foi reprovado, e a Constituição de 1988 não contemplou o direito à moradia de forma expressa.⁴⁷

Em contrapartida, o constituinte de 1988 estabeleceu critérios objetivos para avaliar-se se uma propriedade está cumprindo a sua função social.

Tendo por base a dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 fez menção ao direito à moradia em uma série de dispositivos, tais como: o artigo 7º, inciso IV, que reconhece o direito do trabalhador urbano e rural a um “*salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia...*”; o artigo 23, inciso IX, que estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para promoverem programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais; e o artigo 183, que determina que “*aquele que possuir como sua, área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio*”.⁴⁸

Ressalta ainda José Afonso da Silva que a eficácia do direito à moradia está prevista em diversos artigos da Constituição, especialmente no artigo 3º, que determina que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, o que pressupõe uma moradia digna para si e para sua família.⁴⁹

Somente em 2000, com a Emenda Constitucional n.º 26/2000, foi conferido ao direito à moradia o *status* de direito fundamental social, mediante sua inclusão no artigo 6º da Constituição, embora não fosse um direito recente no Direito Civil, pois já era abordado pela legislação infraconstitucional.

Gilson Luiz Inácio esclarece que a preocupação dos governantes com as políticas públicas referentes ao direito à moradia adequada, e a sua concepção como direito humano

⁴⁷ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 113.

⁴⁸ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 14

⁴⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 315

elementar surgiu na primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos em 1976, no Canadá, da qual resultou a Declaração de Vancouver, denominada Agenda Habitat I. Duas décadas depois, foi realizada a segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, a qual originou a Declaração de Istambul, a Agenda Habitat II, na qual foram discutidos vários aspectos relativos aos problemas inerentes à moradia.⁵⁰ Esta Agenda é considerada um marco histórico em relação ao direito à moradia e, apesar de não ter dado origem a qualquer tratado internacional, as suas conclusões podem ser utilizadas como diretrizes para a elaboração de políticas públicas relacionadas aos assentamentos humanos. Determina o artigo 13 desse documento:

Reafirmamos somos guiados pelos objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas e reafirmamos nosso compromisso em assegurar a plena implementação dos Direitos Humanos estabelecidos em instrumentos internacionais, incluindo o Direito à Moradia como está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Internacional pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher e na Convenção dos Direitos da Criança, levando em conta que o direito à moradia adequada, na forma como está incluído nos instrumentos internacionais mencionados acima, deve ser implementado progressivamente. Reafirmamos que todos os Direitos Humanos – civis, culturais, econômicos, políticos e sociais – são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados.

No Código Civil de 1916, o artigo 1611, em seu parágrafo segundo, assegurava à viúva o direito real de habitação:

(...) § 2o Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.19620

1.2.2 Conceito de Direito à Moradia

O direito à moradia consiste na ocupação de um local como residência, para fins de habitação. Não se trata exatamente de um direito à casa própria, mas sim a garantia de um

⁵⁰ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 38

abrigo permanente para si e sua família. A conquista da casa própria é entendida como um complemento para que ele torne-se efetivo.⁵¹

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

Para José Reinaldo de Lima Lopes, “o Direito à Moradia inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito às condições que tornam este espaço um local de moradia, de tal sorte que morar constitui um existencial humano.”⁵² Tal definição está baseada no conceito de direito à moradia definido na Observação Geral n.º 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, qual seja:

o direito a uma moradia adequada significa dispor de um lugar onde se possa asilar, caso o deseje, com espaço adequado, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica, uma situação adequada em relação ao trabalho e o acesso aos serviços básicos, todos a um custo razoável.⁵³

Nas palavras de Flávio Pansieri,

O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade e, segundo Pisarello, somente com a observância dos seguintes componentes se encontrar plenamente satisfeito: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural. (PANSIERI, 2008, p. 51)⁵⁴

Para Gilson Luiz Inácio,

consagrada assim como direito social, a moradia deve ser implementada progressivamente pelo Poder Público, ao qual incumbe a adoção de posturas que efetivamente concretizem o referido direito, realizando, assim, além da justiça social, a justiça geral, em face dos deveres das pessoas em relação à

⁵¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. 29. ed. p. 314

⁵² PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 112

⁵³ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 112

⁵⁴ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 115

sociedade, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade em benefício dos interesses comunitários. (INÁCIO, 2002, p.45)⁵⁵

Lima Lopes inova, ao dizer que o direito à moradia funda-se na idéia de direito à vida. Na sua concepção, o fundamento reside na marginalidade geográfica, que, por sua vez, é gerada pela marginalidade econômica. Defende que a exclusão espacial não quer dizer inexistência de abrigos contra intempéries, e que a questão da moradia não é resolvida com a simples distribuição de casas. Seria necessária também a criação de uma infraestrutura mínima para que o indivíduo permanecesse no local, como fornecimento de água, energia elétrica, acesso ao transporte público, rede de esgoto, postos de saúde, escola, etc. Aduz que a política pública de habitação popular possui pouca abrangência no Brasil e diversas limitações, como a falta de recursos por parte do Estado e a possível apropriação por grupos privados de verbas públicas.⁵⁶

Quanto à distinção entre o direito à moradia e o direito à habitação, tais termos têm sido usados como sinônimos pela Doutrina e pela Jurisprudência. Entretanto, o direito à moradia está relacionado com os direitos da personalidade, com base na garantia da dignidade da pessoa humana, que necessita não só de um abrigo para se resguardar das intempéries, mas também de um espaço para o convívio familiar, com as mínimas condições de saúde e higiene, desvinculado do direito à propriedade. Ademais, características como a alienabilidade e a transmissibilidade estão ligadas à habitação, a moradia é intransmissível, em razão da infungibilidade dos direitos inatos à pessoa.⁵⁷

Ensina José Reinaldo Lima Lopes que o escopo do direito à moradia está vinculado ao aumento da exclusão social, da marginalidade econômica e, conseqüentemente, da marginalidade geográfica.⁵⁸

De acordo com as diretrizes da Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em relação ao direito à moradia, os elementos básicos a serem atendidos são: segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem; disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação; iluminação;

⁵⁵ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45

⁵⁶ LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 85-86

⁵⁷ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 116

⁵⁸ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 117

saneamento básico, etc.); as despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; a moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade e, principalmente, assegurar a segurança física dos seus ocupantes; acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência; a moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.⁵⁹

José Reinaldo de Lima Lopes estabelece uma ligação entre o direito de propriedade e o direito à moradia. Explica que “*morar é um existencial humano. O homem não apenas ocupa lugar, ele mora, ele cria o seu ambiente humano, ele não se submete à natureza.*” Refere que, com o advento do capitalismo, as cidades foram transformadas em aglomerados de pessoas e mercadorias, e assim perderam a característica de serem “*centros de vida e habitação tranquilas para se transformarem em sedes de indústrias e serviços*”, e, por esse motivo, o direito à moradia passou a ser um problema para os juristas e os políticos.⁶⁰ Vale ressaltar que o artigo 182 da Constituição prevê que a Política de Desenvolvimento Urbano deve observar as funções sociais da cidade, e garantir o bem-estar de seus habitantes.⁶¹ Este dispositivo foi regulamentado pela Lei n.º 10.257/2001, a qual estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana.

No Brasil, o direito à moradia está relacionado a uma estrutura que envolve instituições financeiras e construtoras, com o patrocínio do Estado. Esse modelo de financiamento da construção acarretou a especulação urbana e, conseqüentemente, um complexo financeiro-industrial de apropriação da cidade. E filosofa: “o homem concreto quer determinar-se de alguma forma e determinar-se significa também determinar seu ambiente de moradia. Mais ainda, não aceita ser marginalizado física e geograficamente de sua cidade. Quer participar dela.”⁶²

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

⁵⁹ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 117-118

⁶⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 67-68

⁶¹ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

⁶² LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 70-71

enquanto mercadoria, mas esta é uma visão puramente capitalista, pois não considera as instituições da cidade ou do bem-comum.⁶³

Entende Gilson Luiz Inácio que, para a concretização do direito à moradia adequada, são necessárias medidas não só dos governos, mas também da comunidade internacional e da sociedade como um todo.⁶⁴

Considera-se adequada a moradia que preencha os seguintes requisitos:

- Segurança jurídica da posse, de modo que as pessoas tenham assegurada proteção legal contra despejos forçados, expropriação, deslocamentos e outros;
- Disponibilidade de serviços e infraestrutura, como fornecimento de água potável, energia elétrica, saneamento básico, tratamento de dejetos, serviço de transporte público e iluminação pública;
- Custo de moradia acessível, mediante a adoção de medidas que garantam a proporção entre a renda das pessoas e os gastos com habitação, bem como criação de programas que possibilitem o financiamento para a população de baixa renda;
- Habitabilidade da moradia, de modo a preservar a saúde dos moradores;
- Acessibilidade, por meio de políticas públicas habitacionais, que facilitem o acesso às pessoas de baixa renda ou que enfrentem dificuldades, como deficientes, vítimas de desastres naturais ou de violência urbana e conflitos armados;
- Localização que facilite o acesso ao trabalho, ao transporte público, aos serviços de saúde, educação e lazer;
- Adequação cultural, respeitando a diversidade cultural, os grupos sociais, os usos e costumes.⁶⁵

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

⁶³ LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 74

⁶⁴ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 39

⁶⁵ KONZEN, Lucas Pizzolato. *Efetivação dos direitos à moradia e à cidade pela emancipação dos sujeitos da reforma urbana: as experiências de pesquisa-ação do projeto Abrigando a Cidadania*. In: Reforma Constitucional e efetividade dos direitos: dez anos do grupo de pesquisa Constituição e Sociedade /organizado por Eduardo Kroeff Machado Carrion e Ranier de Souza Medina. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2007. p. 106

Portanto, cabe à cidade concretizar o direito à moradia, conferindo aos seus habitantes o acesso a bens serviços e oportunidades.⁶⁶

1.2.3 O Direito à Moradia como Direito Fundamental

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

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

A proposta de emenda foi apresentada no Senado Federal, a Casa Iniciadora, em junho de 1996, onde foi aprovada e remetida para a Câmara dos Deputados, a Casa Revisora, em maio de 1998. Nesta, ela foi analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação, na qual obteve parecer pela sua admissibilidade, em dezembro de 1998 e, posteriormente, por uma Comissão Especial, a qual não sugeriu qualquer emenda. O Congresso Nacional, no exercício de sua competência reformadora, incluiu a moradia nos rol dos direitos sociais, tornando o Brasil o décimo sétimo país a trazer tal direito na sua Constituição.⁶⁷

A partir desse momento foi atribuída maior responsabilidade para o Estado, que deve elaborar projetos e efetivar a concretização desse direito. Como foi afirmado pelo Deputado José Roberto Batochio, do PDT de São Paulo,

quando se escreve no artigo 6º da Constituição, que trata dos direitos sociais, que todos os brasileiros têm direito à moradia, isso significa que a

⁶⁶ KONZEN, Lucas Pizzolato. *Efetivação dos direitos à moradia e à cidade pela emancipação dos sujeitos da reforma urbana: as experiências de pesquisa-ação do projeto Abrigando a Cidadania*. In: Reforma Constitucional e efetividade dos direitos: dez anos do grupo de pesquisa Constituição e Sociedade /organizado por Eduardo Kroeff Machado Carrion e Ranier de Souza Medina. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2007. p. 107

⁶⁷ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 40

partir da entrada em vigor desta emenda o Estado brasileiro está obrigado a traçar, conceber, implementar e executar políticas públicas que tornem a moradia um direito mínimo de cada brasileiro. (INÁCIO, 2002, P. 41)⁶⁸

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

Gilson Luiz Inácio reforça a idéia já referida que a norma que estabelece o direito à moradia como um direito fundamental social, apesar de ter aplicação imediata, possui conteúdo programático, diferindo dos direitos individuais, e sua inclusão no texto constitucional serve para orientar o Poder Público no sentido de elaborar políticas que assegurem a efetivação deste direito.⁶⁹ O autor assevera que “*os direitos sociais visam à melhoria das condições de existência dos indivíduos, mediante prestações positivas do Estado, as quais consistem na atividade estatal, tendente à criação de serviços relativos aos direitos inseridos no referido artigo.*” E segue em seu pensamento minoritário, defendendo que a maioria dos direitos sociais encontra-se em normas de conteúdo programático, requerendo assim a intervenção do Poder Legislativo para que se tornem aplicáveis, o que impossibilita que os seus destinatários as exijam de imediato.⁷⁰

No direito infraconstitucional, a principal norma referente ao direito à moradia é a Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, a qual criou o Sistema Financeiro da Habitação, cujo objetivo era facilitar a aquisição da casa própria, especialmente para as pessoas de baixa renda. Outro diploma legal importante é a Lei n.º 9.514, de 20 de novembro de 1997, que instituiu o Sistema Financeiro Imobiliário, cuja principal contribuição foi admitir a possibilidade de alienação fiduciária de coisa imóvel, ou seja, o devedor transfere ao credor a propriedade do bem imóvel como forma de garantia.

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

⁶⁸ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 41

⁶⁹ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 42

⁷⁰ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 42-43

enquanto no Sistema Financeiro da Habitação o mutuário é o proprietário desde a celebração do contrato de financiamento.⁷¹

Como já foi referido anteriormente, o *status* de direito social foi conferido à moradia pela Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000. Contudo, não significa que está assegurada moradia a todos os brasileiros, de modo efetivo. Isso se deve ao fato que, ainda que os direitos sociais sejam considerados como direitos fundamentais, eles têm a sua eficácia limitada, em razão das normas que os regulam.⁷² José Afonso da Silva esclarece que “*normas de eficácia limitada são aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte.*”⁷³

Não se discute que o direito à moradia é uma necessidade básica de todos os indivíduos. E nem se entende que ele seja apenas o direito a um teto, um abrigo, tendo em vista que a moradia é uma das condições para a subsistência, tendo ligação estreita com o direito à vida. Mas é importante diferenciar o direito à moradia, o qual está ligado intimamente à subsistência, do direito à propriedade, o qual implica capacidade econômica. Dessa forma, não se pode encará-lo pura e simplesmente pelo enfoque econômico, analisando-se a capacidade econômica ou produtiva das pessoas, pois é responsabilidade do Estado a implementação e a garantia de concretização desse direito social.⁷⁴

Nesse sentido, ainda que tenha sido conferido à moradia o *status* de direito social, isso não obriga o Estado a fornecer habitações de forma gratuita para toda a população. Nas palavras de Gilson Luiz Inácio,

a atuação dos Poderes Públicos, então, derivada da consideração da moradia como direito social, deve ser direcionada, nos termos do inciso IX do artigo 24 da Constituição, para a construção de unidades habitacionais e melhoria das condições de habitação, dotando os assentamentos de infraestrutura digna e apta para o fornecimento de serviços básicos à população. (INÁCIO, 2002, 48)⁷⁵

⁷¹ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 43-44

⁷² INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 47

⁷³ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118

⁷⁴ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 47

⁷⁵ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 48

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

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

1.2.4 O Direito à Moradia na Legislação Internacional e no Direito Comparado

No plano do Direito Internacional, o direito à moradia foi previsto, inicialmente, nas Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Essas Constituições remodelaram a relação entre o Estado e os cidadãos, e tinham por base o pensamento marxista e a social democracia, que pretendiam estabelecer a igualdade real ou material, concedendo a todos acesso aos mesmos bens sociais. Nessa trilha, vinculou-se à função social da propriedade. Todavia, os direitos econômicos, sociais e culturais, e, portanto, o direito à moradia, só foram reconhecidos internacionalmente em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.⁷⁶

O direito à moradia, tratado como habitação, começou a aparecer em diversos diplomas a partir de sua menção na Declaração da ONU. Ele foi mencionado no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, o qual foi ratificado pelo Brasil, cujo artigo 11 determina que

os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e próprio e para sua família, inclusive com alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida.⁷⁷

Outros dois documentos influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro: a Declaração de Vancouver sobre assentamentos humanos - Habitat I (1976), que estabeleceu o direito à moradia adequada como um direito básico da pessoa humana; e a designada Agenda Habitat II (1996), decorrente de uma Conferência da ONU, que teve por sede Istambul,

⁷⁶ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45

⁷⁷ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45

Turquia, a qual é um dos documentos mais importantes a tratar do tema. Ressalte-se também a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), de alcance regional, e a Carta Social Europeia (1961), que trata da garantia do direito à moradia a aos imigrantes.⁷⁸

O direito à moradia está presente nos textos constitucionais de aproximadamente cento e cinquenta países, o que reforça o seu reconhecimento como um direito social que deve ser assegurado pelo Estado por meio de políticas públicas. Entretanto, a efetividade da garantia desse direito não atinge índices tão expressivos.⁷⁹

Na Argentina, a Constituição dispõe que cabe ao Estado promover o acesso à moradia adequada, bem como o oferecimento de compensação econômica à família.⁸⁰

A Constituição belga declara que “*todos têm direito de levar vida compatível com a dignidade humana, incluindo moradia, devendo as normas garantir direitos econômicos, sociais e culturais, determinando as condições nas quais eles são exercidos.*”⁸¹

Já a Constituição colombiana explicita que todos os colombianos têm

o direito de viver dignamente, sendo dever do Estado determinar as condições necessárias para dar eficácia a este direito e promover planos habitacionais, sistemas apropriados de financiamento a longo prazo e planos comunitários para a execução destes planos habitacionais. (INÁCIO, 2002, p. 45)⁸²

O Estado equatoriano, por sua vez, assegura o direito a um padrão de vida em que sejam garantidos “*saúde, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais necessários sem prejuízo de outros direitos necessários ao desenvolvimento moral e material derivados de natureza pessoal.*” Consigna, ainda, ser dever do Estado a promoção de “*programas habitacionais de interesse social, podendo, para fazer o direito à moradia efetivo, as municipalidades desapropriar, reservar e controlar áreas, na forma da lei.*”⁸³

⁷⁸ PANSIERI, Flávio. Do *Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia*. In: Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (org.) São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 128-129

⁷⁹ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸⁰ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸¹ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸² INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸³ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

A Constituição espanhola determina que as autoridades públicas têm o dever de assegurar condições de moradia adequada à população, bem como garantir que o uso da terra seja feito com interesse geral, de modo a prevenir a especulação.⁸⁴

Cabe ao Poder Público, na Finlândia, a concretização do direito à moradia para a sua população.

No Haiti e em Honduras, reconhece-se que todos têm direito à moradia adequada, sendo que, neste último, é dever do Estado a concepção e a implementação de programas habitacionais de interesse social, além da responsabilidade pela promoção, apoio e regulação de sistemas e mecanismos para o uso de recursos, com o objetivo de resolver o problema do déficit habitacional, bem como a criação de um Fundo Social de Habitação.⁸⁵

Na Guiné Equatorial, é previsto na Constituição que todas as pessoas têm direito a um padrão de vida adequado, o qual assegure saúde, nutrição, educação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais.⁸⁶

A economia da República Islâmica do Irã baseia-se em critérios de provisão das necessidades básicas de todos os cidadãos, incluída a habitação, sendo assegurado o direito à moradia adequada às suas necessidades e as de sua família.⁸⁷

No México, a Constituição dispõe que “*toda família tem o direito de desfrutar de moradia decente e apropriada, incumbindo à lei o estabelecimento dos instrumentos e do suporte necessários para que esta finalidade seja alcançada*”.⁸⁸

A Constituição peruana prescreve que é direito de toda família

desfrutar de moradia adequada, cuidando o Estado, preferencialmente, das necessidades básicas do indivíduo e de sua família em termos de alimentação, moradia e recreação, promovendo, ainda, execução de programas públicos e privados de desenvolvimento urbano e habitação. (INÁCIO, 2002, p. 45)⁸⁹

A Constituição portuguesa dispõe que todos têm direito, para si e para sua família,

⁸⁴ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸⁵ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸⁶ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸⁷ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸⁸ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁸⁹ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

à moradia com tamanho adequado, cujas condições devem satisfazer a higiene e o conforto de modo a preservar a privacidade pessoal e familiar, tendo o Estado o dever de conceber e implementar política habitacional, apoiando as autoridades locais e as comunidades na solução dos problemas habitacionais. (INÁCIO, 2002, p. 46)⁹⁰

O direito à moradia, na Rússia, é garantido a toda pessoa, sendo vedada qualquer arbitrariedade no sentido de privá-la de possuir uma, cabendo aos órgãos estatais e locais promoverem o incentivo à construção de habitações, criando condições para que esse direito seja efetivamente concretizado.⁹¹

Em São Tomé e Príncipe, a Constituição prevê que todos têm direito à moradia, bem como de defendê-lo, sendo de responsabilidade do Estado o planejamento e a execução de política habitacional para assegurá-lo efetivamente.⁹²

Por fim, na Suécia, o texto constitucional consigna que o bem-estar pessoal, econômico e cultural do indivíduo deve ser objetivo fundamental das atividades da comunidade, estando presentes em seus princípios básicos.⁹³

Com a análise desses textos normativos, verifica-se a importância assumida pelo direito social à moradia mundialmente, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que conferiu aos Estados a responsabilidade de promover e manter política habitacional adequada para efetivar esse direito.⁹⁴

⁹⁰ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁹¹ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁹² INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁹³ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

⁹⁴ INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 45-47

2 O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

2.1 EVOLUÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

Para a adequada compreensão do tema, é importante que antes se faça uma breve descrição do cenário em que foram criados o Banco Nacional da Habitação e o Sistema Financeiro da Habitação.

Em 1950, a população urbana no Brasil era de 18,7 milhões de habitantes. Em 1964, era quase o dobro, passando para 38,3 milhões. Isso representava um aumento de quase 20 milhões de pessoas, e um incremento de 36% a 48,5% no índice de urbanização.⁹⁵

Já na economia, no período entre 1951/1958, o PIB (Produto Interno Bruto) teve um crescimento médio anual de 6,6% ao ano e, entre 1959/1961, de 8,4% ao ano. Contudo, em 1962, esse índice caiu para 5,3%, em 1963, para 1,6% e, em 1964, para 2,9%. A inflação média anual era de 15,9% ao ano entre 1951 e 1958, saltou para 30% ao ano no período entre 1959 a 1961, chegando a 91,4% ao ano em 1964. No mesmo período, a variação salarial foi de 22,9% entre 1957 e 1961 e de 66,4% entre 1962 a 1964.⁹⁶

O primeiro órgão público encarregado de solucionar os problemas de moradia, com recursos públicos, foi a Fundação da Casa Popular, instituída em 1964 pelo Estado. Em agosto do mesmo ano, foi criado o Sistema Financeiro da Habitação, para ampliar o acesso à aquisição da casa própria, especialmente das pessoas de baixa renda. Um dos pontos principais da Lei foi contemplar o cooperativismo habitacional como uma forma de priorizar a aplicação dos recursos. Esta Lei ainda instituiu o Banco Nacional da Habitação, as sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias e o Serviço Nacional de Habitação e Urbanismo.⁹⁷

O Sistema Financeiro da Habitação foi criado pela Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964. Também foi prevista por esta Lei a correção monetária nos contratos imobiliários, o Banco Nacional da Habitação e as sociedades de crédito imobiliário. O principal objetivo do SFH era facilitar a aquisição da casa própria por parte da população de baixa renda, com as prestações vinculadas ao reajuste dos salários dos mutuários, não podendo esta atualização

⁹⁵ ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45.

⁹⁶ ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45.

⁹⁷ NISCOLO, Willian Kun, e PICANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas*. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 306.

ultrapassar a variação do salário mínimo, nem exceder a um terço da renda familiar.⁹⁸ Essa forma de organização do SFH constituía-se em um modo de cooperativismo. No começo, o Sistema foi recebido com otimismo, mas logo passou a ter seus objetivos distorcidos. Os seus recursos eram desviados para a aquisição de casas de praia ou de vários imóveis na mesma localidade, o que fomentou a especulação imobiliária.

Outros problemas que também contribuíram para o colapso do SFH: o uso da Tabela Price⁹⁹ para reajustar os contratos, o que resultou em saldos devedores impagáveis, e o superfaturamento na construção de moradias populares. Tais dificuldades acabaram levando o Governo Federal a extinguir o BNH em 1986 e transferir a responsabilidade pela gestão do SFH à Caixa Econômica Federal, que assumiu todas as suas relações processuais e jurídicas.¹⁰⁰

Atualmente, os financiamentos imobiliários no Brasil são regidos basicamente por dois sistemas: o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI). Antes da criação do Sistema Financeiro Imobiliário havia o Sistema Hipotecário, que coexistiu com o SFH, e que não será objeto de estudo neste trabalho.

O Sistema Financeiro da Habitação é o mais antigo, pois foi criado em 1964, tendo enfrentado períodos de estabilidade econômica e de hiperinflação. Esses fatos fizeram com que o SFH fosse se desgastando e esmorecesse, ante os obstáculos que teve de superar.

O Sistema Financeiro da Habitação era formado pelos seguintes integrantes:

- Banco Nacional da Habitação (BNH): suas atribuições eram orientar, disciplinar e controlar o SFH, tendo como tarefa incentivar a formação de poupança para o financiamento do Sistema, organizar o acesso das sociedades de crédito imobiliário ao mercado de capitais, gerir os serviços de redesconto e seguros, de modo a assegurar os recursos creditados, e refinanciar as operações de crédito imobiliário, sendo de sua responsabilidade o estabelecimento das condições dos financiamentos pelo SFH, como juros, garantias, prazos e condições de financiamento;

⁹⁸ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 23.

⁹⁹ A Tabela Price é um sistema de amortização no qual as prestações são fixas (normalmente, pelo período de um ano) e contêm uma parcela de amortização de juros e outra do saldo devedor. Como as prestações eram reajustadas pelos índices de aumento do salário do mutuário ou pelo salário mínimo, e o saldo devedor pela TR ou pelo INPC, e devido ao aumento da inflação, as prestações acabavam, por vezes, tornando-se insuficientes para pagar a parcela referente aos juros. Deste modo, os juros não pagos retornavam ao saldo devedor, e sofrendo os mesmos reajustes destes, tornando-se, na maioria das vezes, impagável.

¹⁰⁰ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas*. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 309.

- sociedades de crédito imobiliário: atuavam como agentes financeiros e mantinham com o BNH uma relação de dependência, restringindo-se suas atividades à concessão de financiamentos para a venda, aquisição ou construção de habitações.

Observa-se, portanto, que o BNH era o protagonista do Sistema, que tinha o setor público como o responsável por organizar as suas regras, cabendo à iniciativa privada promover e executar os projetos de construções, de acordo com as normas urbanísticas de cada local ou região.¹⁰¹

O Sistema Financeiro da Habitação funcionava da seguinte forma: os recursos captados pelo FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) eram geridos e aplicados pelo SFH, que os direcionava para o financiamento de conjuntos habitacionais, por meio de refinanciamentos concedidos às sociedades de crédito imobiliário. Essas sociedades possuíam outras formas de arrecadação de recurso, além desta: as letras hipotecárias e as cadernetas de poupança. Ao mutuário era conferida a alternativa de aquisição de imóvel a prazo, servindo este como garantia à sociedade de crédito imobiliário pelo financiamento concedido.¹⁰²

A correção monetária foi instituída juntamente com o Sistema Financeiro da Habitação. Ela era utilizada para o reajustamento das prestações de amortização e juros, com a correção do valor monetário da dívida, por meio de um indexador cujo cálculo mensal era realizado pelo Governo. Tal mecanismo contribuiu para a solvência das dívidas em cenários de inflação alta. A correção monetária também era utilizada para a atualização dos depósitos em cadernetas de poupança, dos recursos do FGTS e das letras hipotecárias.¹⁰³

A combinação dessas garantias resultou em significativa captação de recursos, o que serviu para alavancar o SFH no início, tornando-o um Sistema atrativo, devido a sua segurança e rentabilidade. Conseqüentemente, houve um crescimento importante no setor da construção civil, impulsionado pela grande procura de imóveis, gerado pelos financiamentos obtidos no SFH, tendo em vista a carência de moradias existente no país na época. Contudo, o aumento da inflação acabou fazendo com que o SFH sofresse abalo, em razão do desequilíbrio entre os diferentes critérios adotados para o reajuste das prestações e a atualização do saldo devedor.

Quando o SFH foi criado, o reajuste das prestações e do saldo devedor era realizado de acordo com a variação do salário mínimo. Posteriormente, verificou-se que a utilização desse

¹⁰¹ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 25.

¹⁰² CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 26.

¹⁰³ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 26.

indexador era inconveniente para a macroeconomia, e em 1965 determinou-se que a UPC (Unidade de Padrão de Capital), principal índice utilizado para corrigir o saldo devedor das dívidas oriundas de financiamento habitacional, fosse substituída pelos índices de variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, as ORTN's. Assim, como a prestação continuava sendo atualizada pelo salário mínimo, e o saldo devedor pelas ORTN's, houve uma disparidade na variação de ambas.¹⁰⁴

A legislação determinava, até 1967, que, caso houvesse um saldo devedor residual ao término do prazo contratual e após a quitação de todas as prestações contratadas, poderia ser concedido ao devedor um prazo adicional para a liquidação do débito, equivalente à metade do prazo originalmente contratado. Isso gerava uma insegurança para os mutuários, pois havia sempre a incerteza de que o imóvel seria quitado. Também o agente financeiro assumia riscos, tendo em vista que a dívida aumentava, enquanto as prestações não sofriam reajustes.¹⁰⁵

Com o objetivo de sanar os problemas apontados acima, o Banco Nacional da Habitação criou, em 1967, o Fundo de Compensação de Valores Salariais, o FCVS, cuja função era assegurar aos mutuários e agentes financeiros a quitação do contrato de financiamento habitacional, quando findo o seu prazo. Os recursos do FCVS eram derivados de contribuições dos próprios mutuários, quando estes optassem pela cobertura do Fundo, e mediante um aporte inicial do BNH.¹⁰⁶

Todavia, com o aumento da inflação, especialmente nos anos 80, persistiu a discrepância entre o valor das prestações e do saldo devedor, o que acarretou em saldos residuais elevados ao final dos prazos contratuais. Coube ao FCVS quitar esses saldos, mas logo os valores utilizados ultrapassaram os recursos captados pelo Fundo. Isso acabou gerando uma dívida que, em 2003, superava os R\$ 50 bilhões. Em muitos casos, as prestações avançadas não cobriam sequer os juros devidos, ocasionando amortizações negativas e impossibilitando a quitação do principal.¹⁰⁷

Em 1986, foi extinto o Banco Financeiro da Habitação, e o FCVS foi transferido primeiramente para o Banco do Brasil, depois para o Ministério da Habitação e por fim para a Caixa Econômica Federal. Essas mudanças, aliadas à ausência de normas e de estrutura de

¹⁰⁴ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 26.

¹⁰⁵ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 27.

¹⁰⁶ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 27.

¹⁰⁷ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 27.

gestão, prejudicaram ainda mais o Fundo, e o resultado foi a assunção pelo Tesouro Nacional desse passivo.¹⁰⁸

Além das crises econômicas, outros fatores contribuíram para o fim do Sistema Financeiro da Habitação. Um desses fatores foi a utilização das benesses do Sistema por classes sociais privilegiadas, que tiraram proveito das condições facilitadas de financiamento habitacional, e da incapacidade da Administração Pública em controlar o mau uso do SFH.

Figueiredo ressalta que, em razão das crises que assolaram o país nos últimos anos, as correções salariais ficaram abaixo dos índices de reajustamento das prestações mensais, fazendo com que os mutuários enfrentassem um dilema: ou mantinham o pagamento das prestações do financiamento habitacional em dia e reduziam as condições de bem-estar da sua família, ou corriam o risco de ficar sem a casa própria.¹⁰⁹

Tais problemas motivaram o Estado a intervir no Sistema Financeiro da Habitação. Assim, em 1984, por meio do Decreto-lei n.º 2.164, de 19 de setembro de 1984, foi previsto uma espécie de bônus temporário, chamado Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional, o PES/CP. Esse plano determinava que as prestações deveriam ser reajustadas pelos mesmos índices aplicados à categoria profissional do mutuário. No caso dos autônomos, ou daqueles trabalhadores não enquadrados em uma categoria específica, seria utilizado o índice da variação do salário mínimo.¹¹⁰

No ano seguinte, o Decreto-lei n.º 2.249, de 31 de janeiro de 1985, determinou que a atualização das prestações dar-se-ia no segundo mês subsequente à data a partir da qual o reajuste salarial passaria a vigorar. Este Decreto também estabeleceu uma proporcionalidade a ser observada nos casos em que a época de reajuste das parcelas não coincidissem com o segundo mês seguinte ao reajuste.¹¹¹

Em 1986, foi implantado o Plano Cruzado (Decreto-lei n.º 2.283, de 27 de fevereiro de 1986), que manteve o Plano de Equivalência Salarial e o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional. Houve congelamento de preços e a substituição da Unidade Padrão de Capital (UPC) pela Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), nos contratos em que a UPC

¹⁰⁸ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 27.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 24.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹¹¹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

fosse o índice de reajuste. Desse modo, todos os mutuários puderam optar pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).¹¹²

Com a extinção do Banco Nacional da Habitação, através do Decreto-lei n.º 2.291, de 21 de novembro de 1986, as relações processuais foram assumidas pela Caixa Econômica Federal. As competências para legislar, orientar e fiscalizar o Sistema Habitacional eram do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. Cabia ao Conselho Monetário Nacional o incentivo às liquidações antecipadas dos empréstimos habitacionais, de modo a agilizar o retorno dos valores alcançados aos mutuários, e extinguir os contratos celebrados sob a égide do Plano de Equivalência Salarial.¹¹³

Com a Resolução do BACEN n.º 1.276, de 20 de março de 1987, as prestações em atraso passaram a ser atualizadas pelo índice aplicável às cadernetas de poupança. Nesse mesmo ano, houve o congelamento de preços e a criação da Unidade de Referência de Preços (URP), sendo as parcelas reajustadas pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), em conjunto com os índices de reajustes salariais, acrescidos do ganho real e excluídos os percentuais já aplicados. Esta última medida foi determinada pelo Decreto-Lei n.º 2.335, de 12 de junho de 1987.¹¹⁴

Com a atualização da Unidade Padrão de Capital pelo mesmo índice de remuneração das cadernetas de poupança, as prestações dos mutuários voltaram a ser reajustadas pela UPC.

Por meio da Resolução do BACEN n.º 1.448, de 05 de janeiro de 1988, foi concedido um abatimento na proporção de 25% sobre o valor atualizado do saldo devedor para os contratos firmados até 28 de fevereiro de 1986, que possuíssem cobertura do Fundo de Compensação de Valores Salariais (FCVS). Também foi definida a transferência da geração do FCVS do Banco Central do Brasil para o Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente. Este Decreto determinou ainda as seguintes mudanças na concessão de financiamentos habitacionais:

- somente os financiamentos com valores até 2.500 OTN's contariam com a cobertura do FCVS;
- os financiamentos novos até o limite do item anterior só poderiam ser contratados de acordo com a regra do PES/CP;

¹¹² FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹¹³ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹¹⁴ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

- os financiamentos com valores entre 2.501 OTN's e 5.000 OTN's não teriam mais a cobertura do FCVS, responsabilizando-se o mutuário pelo saldo devedor residual no final do contrato;

- o Coeficiente de Equiparação Salarial (CES)¹¹⁵ permaneceria sendo cobrado nos contratos de financiamento firmados pelo PES/CP;

- foram alterados os percentuais de comprometimento máximo da renda familiar para a concessão de financiamento;

- o FGTS só poderia ser utilizado até 2.500 OTN's por imóvel financiado.

Com a Circular BACEN n.º 1.278, de 05 de janeiro de 1988, foi extinta a OTN, criado o Cruzado Novo e instituído novo congelamento de preços. O ato normativo também determinou que os saldos devedores dos contratos do SFH fossem corrigidos pela Equivalência Salarial.

Mudanças importantes foram trazidas pela Lei n.º 7.737, de 28 de fevereiro de 1989. Ela prescreveu que os saldos devedores dos financiamentos habitacionais fossem atualizados pelos mesmos índices que as cadernetas de poupança, enquanto as prestações mensais seriam reajustadas pela equivalência salarial, alterando o disposto no artigo 16 da Lei n.º 7.730 do mesmo ano. Tal medida aplicava-se a todos os contratos com cláusula PES ou PES/CP, ressalvadas as peculiaridades de cada um no que diz respeito à correção do saldo devedor.¹¹⁶

Duas Medidas Provisórias editadas em 1989, a de n.º 40 e a de n.º 44, estabeleceram condições para a redução do valor da prestação e o aumento do prazo de resgate, no caso de a renda do mutuário tornar-se insuficiente. Essas disposições foram revogadas pela Lei n.º 7.747 de 04 de abril de 1989, e revitalizadas pela Lei n.º 7.764, de 02 de maio de 1989.¹¹⁷

Posteriormente, foi expedida a Circular BACEN n.º 1.479, de 09 de maio 1989, concedendo aos agentes financeiros o poder de estabelecer as condições para a comprovação de renda, e o nível do comprometimento desta renda no caso de mutuário que se enquadrasse na categoria profissional de autônomo, ou quando recebesse imóveis em dação em pagamento. Além disso, fixou a data-base em março, para os mutuários autônomos, e vedou

¹¹⁵ O Coeficiente de Equiparação Salarial (CES) consiste em uma taxa expressa em percentual, fixada no contrato de mútuo, a qual incide sobre o valor da prestação. A sua finalidade é corrigir distorções originadas entre os reajustes salariais do mutuário e a efetiva correção monetária aplicável aos contratos de financiamento habitacional, ou seja, busca igualar as discrepâncias entre o Plano de Equivalência Salarial e a atualização monetária dos encargos mensais. (FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 92)

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. p. 28-34.

¹¹⁷ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

negociações em que a atualização das parcelas inadimplidas comprometesse os recursos do FCVS.¹¹⁸

A Portaria n.º 114, de 30 de maio de 1989, do Ministério da Fazenda, posteriormente ratificada pela Circular BACEN n.º 1.488, de 31 de maio de 1989, liberou as prestações do Sistema Financeiro da Habitação do congelamento.¹¹⁹

O artigo 3º da Lei n.º 7.747, de 04 de abril de 1989, com as alterações determinadas pela Lei n.º 7.764, de 02 de maio de 1989, foi regulamentado pelo Decreto n.º 97.840, de 19 de junho de 1989, e descreveu de que modo se realizava a redução das prestações nos casos de a renda do mutuário tornar-se insuficiente.¹²⁰

Em 15 de junho de 1989, o BACEN manifestou à Caixa Econômica Federal, por meio da Circular 1.495, a preocupação com os direitos dos contratantes, no que diz respeito ao desconto de 25% para a liquidação total dos financiamentos, que tinha sido negado pelos agentes financeiros.¹²¹

Com a edição da Lei n.º 8.004, em 14 de março de 1990, o Governo Federal buscou pôr fim aos chamados “contratos de gaveta”, garantindo a sub-rogação para contratos firmados até 1.500 VRF’s (Valor de Referência de Financiamento). A medida concedia o direito à quitação do financiamento ao mutuário, mediante a multiplicação da prestação atualizada pelo número de parcelas restantes e o pagamento de metade do saldo devedor atualizado.¹²²

A Lei n.º 8.100, de 1990, determinou novos critérios de reajuste das prestações dos contratos de mútuo habitacional sob a cláusula PES/CP, pela aplicação do BTN, do IPC e do ganho real de salário. Tal medida ocasionou um aumento da inadimplência dos mutuários.¹²³

A aplicação da TR (Taxa Referencial) como critério de reajuste das prestações e do saldo devedor para contratos firmados até 24.11.1986, que fossem atualizados monetariamente pela UPC, pela OTN, pelo salário mínimo ou pelo salário mínimo de referência, foi estabelecida pela Lei n.º 8.177, de 01 de março de 1991. Dispunha a Lei que os

¹¹⁸ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹²¹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹²² FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹²³ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

reajustes seriam feitos com base na taxa aplicável a remuneração básica dos depósitos de poupança no primeiro dia de cada mês. Restou mantida, entretanto, a observância da equivalência salarial pelos índices do PES e do PES/CP, conforme a data da celebração do contrato. A aplicação da TR foi suspensa em junho de 1992, por decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493-0, de Relatoria do Ministro Moreira Alves.¹²⁴ Contudo, a TR seguiu sendo aplicada pelos agentes financeiros, com lastro na Lei n.º 8.100/90, em relação aos contratos firmados após a sua edição. Ao mesmo tempo, começaram a ser aplicados altos índices no reajustamento das prestações em contratos que continham a cláusula PES/CP.¹²⁵

Ressalte-se que contratos de financiamento cujo valor ultrapassasse 2.500 UPF's (Unidade Padrão de Financiamento) não possuíam cobertura do FCVS, sendo o mutuário o responsável pelo pagamento de eventual saldo devedor residual após o decurso do prazo contratual. O período para a quitação do saldo era de quarenta e oito horas, e caso não cumprido, havia a possibilidade de a dívida ser executada extrajudicialmente, nos termos do Decreto-lei n.º 70/66, ou judicialmente, com fulcro na Lei n.º 5.471/71.¹²⁶ Esses contratos configuravam um negócio mais rentável aos agentes financeiros, tendo em vista que aos contratos inferiores a 2.500 UPF's a quitação estava garantida pelo FCVS.

Em 16 de abril de 1992, a SUSEP lançou a Circular n.º 08, a qual modificou as taxas de prêmio de seguro habitacional para 30% (trinta por cento) nos contratos firmados entre 01.03.1986 a 31.12.1988, e 60% (sessenta por cento) nos contratos assinados até 28.02.1986. Tal determinação claramente feria as cláusulas contratuais e os direitos adquiridos dos mutuários. Dois anos depois, a SUSEP suspendeu esse aumento de taxas e determinou que as

¹²⁴ Dispositivo da ADIn n.º 493-0: *Por MAIORIA de votos, o Tribunal CONHECEU da ação, integralmente, vencido, em parte, o Ministro Carlos Velloso, que dela conhecia, apenas, no ponto em que impugna os artigos 023 e parágrafos, 024 e parágrafos da Lei nº 8177, de 1º/03/1991, não, assim, quanto aos artigos 018, caput, parágrafos 001º e 004º, 020, 021 e parágrafo único. No mérito, POR MAIORIA de votos, o Tribunal julgou a ação PROCEDENTE, in totum, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 018, caput, parágrafos 001º e 04º, 020, 021 e parágrafo único, 023 e parágrafos, 024 e parágrafos da Lei nº 8177, de 1º/03/1991, vencidos, em parte, os Ministros Ilmar Galvao e Marco Aurelio, que a julgavam procedente, também em parte, para declarar a inconstitucionalidade, apenas, do parágrafo 003º do art.024; e, ainda, o Ministro Carlos Velloso, que a julgava parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais somente os artigos 023 e seus parágrafos, 024 e seus parágrafos. Votou o Presidente. - Plenário, 25.06.1992. Acórdão, DJ 04.09.1992.*

¹²⁵ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹²⁶ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28.

seguradoras devolvessem os valores aos agentes financeiros, que, por sua vez, restituíam aos mutuários.¹²⁷

Em abril de 1993, o BACEN editou um regulamento que dispunha sobre a destinação dos recursos captados pelos entes que faziam parte do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e as novas regras para a concessão de financiamentos habitacionais. As principais medidas dessa Resolução eram:

- os financiamentos com valor unitário, compreendendo principal e despesas acessórias, não superiores a 7.500 UPF's;
- prazo máximo de 20 (vinte) anos para os financiamentos;
- os juros, comissões e demais encargos financeiros não podiam ultrapassar (a) 12% (doze por cento);
- obrigatoriedade de inclusão no contrato da Apólice de Seguro Habitacional do SFH;
- responsabilização do mutuário por eventual saldo devedor residual previsto em contrato, com a possibilidade de prorrogação do contrato por um período equivalente até 50% (cinquenta por cento) do prazo contratado originariamente, e não cobertura pelo FCVS dos novos contratos;
- contribuição compulsória ao Fundo de Assistência Habitacional (FUNDHAB);
- reajuste dos saldos devedores pela remuneração básica dos depósitos da poupança;
- fixação, pelo agente financeiro, do comprometimento da renda familiar e sua comprovação;
- no caso de demissão do mutuário sem justa causa, seria facultada a utilização do Fundo FIEL;
- obrigatoriedade de garantia da hipoteca do imóvel objeto de financiamento.

Anexo à Resolução BACEN n.º 1.980/93, o Regulamento ainda determinava o seguinte:

- o percentual correspondente ao Coeficiente de Equiparação Salarial seria de 1,15 (um inteiro e quinze centésimos) e também incidiria sobre o prêmio de seguro;
- nos contratos não vinculados os PES, o CES seria definido contratualmente;
- nos contratos que possuíssem cobertura do FCVS e fossem vinculados ao PES/CP, o percentual de contribuição mensal para o Fundo seria de 3% (três por cento) do valor da prestação, incluindo-se os juros e o CES;

¹²⁷ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

- nos contratos firmados com a cláusula PES/CP, o reajuste das prestações seria de acordo com os aumentos salariais, garantindo-se ao mutuário a proporcionalidade entre os reajustes salariais da sua categoria profissional, desde que realizada a comprovação ao agente financeiro.¹²⁸

Em 1993, foi editada a Lei n.º 8.692, a qual criou o Plano de Comprometimento de Renda (PCR) e manteve o PES, permitindo ao mutuário escolher entre eles, caso o contrato de financiamento habitacional não ultrapassasse 2.800 UPFs. Esta Lei ainda reafirmou uma série de dispositivos anteriores a ela, afastando a incidência de dispositivos legais que infringissem a indexação de saldos devedores e reajustes de encargos de financiamentos.¹²⁹

Com o objetivo de incentivar a construção e o financiamento de moradias, foi criado o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), pela Lei n.º 8.692/93. A diferença entre o SFI e o SFH residia no fato de que, neste novo sistema, não havia vinculação entre prestação e renda. Nesse mesmo período, o Banco Central do Brasil lançou uma Resolução que autorizava o uso da alienação fiduciária nos contratos do SFH. Contudo, a aplicação da regra só era possível nos contratos celebrados a partir de 26.03.1998, com utilização da caderneta de poupança, excluindo-se aqueles que tinham sido firmados com a utilização de recursos do FGTS. Era possível a substituição da hipoteca pela alienação fiduciária nos contratos antigos, mediante a autorização expressa do mutuário, nos casos de transferência ou renovação contratual.

Criada pela Lei n.º 9.524/97, a alienação fiduciária determinava que o imóvel não pertencia ao mutuário, o qual possuía apenas o direito de uso, e permitia que o agente financeiro o recuperasse caso houvesse inadimplência, pois o mutuário só se tornaria proprietário quando efetuasse o pagamento da última prestação do financiamento. Já na hipoteca, o agente financeiro só podia retomar o imóvel mediante procedimento judicial, uma vez que o mutuário era o seu proprietário.¹³⁰

Uma nova regulamentação para as dívidas envolvendo o Fundo de Compensação de Valores Salariais (FCVS) foi estabelecida pelas Medidas Provisórias n.ºs 1.635-22/98 e 1.981-47/00. A regularização dos chamados “contratos de gaveta” ocorreu com a Lei n.º 10.150, de 21 de dezembro de 2000. Esta Lei ainda permitiu a quitação dos financiamentos

¹²⁸ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹²⁹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

com descontos de 30% (trinta por cento) a 50% (cinquenta por cento) do saldo devedor, mediante utilização do FCVS.¹³¹

Em 02 de agosto de 1994, foi editada a Lei n.º 10.931, a qual dispôs sobre os requisitos para a concessão e manutenção de medidas liminares em processos judiciais que envolvessem obrigações originárias de empréstimos e financiamentos imobiliários.¹³²

Já o Sistema Financeiro Imobiliário foi instituído pela Lei n.º 9.514/97, que levou em conta as adversidades pelas quais passou o SFH, e teve como principal novidade a introdução da alienação fiduciária de bens imóveis. Um dos objetivos do SFI era unir os mercados financeiros primários, de onde surgem os contratos hipotecários, com o secundário, no qual são negociadas as apólices de seguro. Buscou agilizar a atividade de construção civil, com a liberação dos recursos relativos ao financiamento da forma mais célere possível.¹³³

2.2 OBJETIVOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

O Governo Federal criou o Sistema Financeiro da Habitação, com vistas a favorecer a população com menor poder aquisitivo. O objetivo primordial do SFH era possibilitar a aquisição da casa própria por meio um financiamento, no qual se pretendia assegurar uma relação de proporcionalidade entre os valores das prestações e os reajustes salariais dos mutuários, de modo a permitir que estes tivessem o mínimo para a sua subsistência. Nas palavras de Alcio Figueiredo, era necessário que a correção das prestações mensais e a do saldo devedor dos contratos respeitassem os reajustes salariais de cada mutuário, e vice-versa.¹³⁴

Em suma, as operações de responsabilidade do SFH eram basicamente financiar a aquisição de moradias às pessoas interessadas, e tais valores retornariam ao Sistema, mediante o pagamento de prestações, acrescidas de juros e correção monetária. Esse mecanismo geraria, em tese, um *spread* financeiro, o qual possibilitaria que outras pessoas utilizassem o SFH.

¹³¹ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28-34.

¹³² FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 34.

¹³³ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 23-24.

¹³⁴ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 24.

O Sistema tinha, portanto, como garantia que os valores emprestados aos mutuários seriam devolvidos aos agentes financeiros, por meio de prestações devidamente corrigidas, viabilizando assim a concessão de novos financiamentos.

A medida de interesse social tinha um objetivo nobre, mas sucumbiu às crises econômicas, à inflação e a sucessivos planos econômicos, que geraram um desequilíbrio nas relações contratuais e, conseqüentemente, o agravamento da injustiça social.¹³⁵ No começo, havia compatibilidade entre as prestações e os salários dos mutuários, porque a correção monetária estava sob controle. Porém, com os problemas econômicos que se sucederam, o crescente descompasso entre ambos fez com que os mutuários enfrentassem dificuldades para adimplirem as parcelas devidas, de modo a evitarem a perda do imóvel.¹³⁶

Por outro lado, as instituições financeiras, especialmente as entidades privadas, encontravam entraves para cumprirem a determinação de que os recursos captados pelas cadernetas de poupança fossem utilizados para os financiamentos habitacionais, tendo em vista que os últimos são de longo prazo, enquanto os primeiros são de curto prazo, o que a tornava uma atividade pela qual a iniciativa privada não tinha interesse.¹³⁷

2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO

Os contratos em geral, inclusive os vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, são regidos por vários princípios jurídicos. Um dos mais importantes é o princípio da boa-fé, que muitas vezes não é respeitado na relação contratual.

O princípio da boa-fé consiste na vedação genérica de abuso de uma posição jurídica. Em sua acepção objetiva, é uma espécie de *standard* jurídico, ou seja, um tipo de conduta esperada e comum em determinada situação. Para Mônica Aparecida Canato, ela serve para proteger as expectativas legítimas das partes contra o arbítrio do poder econômico. Nos contratos, é o contraponto da teoria da imprevisão, que busca assegurar os direitos do

¹³⁵ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 23.

¹³⁶ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas*. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 306-307.

¹³⁷ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas*. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 307.

contratante frente a cláusulas abusivas ou que se tornem excessivamente onerosas ao longo da evolução contratual.¹³⁸

É sabido que o agente financeiro tem o dever de informar ao mutuário sobre as cláusulas do contrato e respectivos efeitos jurídicos, não só por ter os conhecimentos técnicos para isso, mas também por estar em posição econômica mais favorável.

Deve ser aclarado que ambas as partes têm a obrigação de adimplir as suas obrigações contratuais, e que o contrato faz lei entre as partes. Segundo Mônica Canato,

a cláusula geral de boa fé possui várias funções atuando como baliza para a interpretação dos contratos; como causa limitadora de conduta, por intermédio de um juízo de razoabilidade; e também como fonte de deveres de conduta (que não se confundem com os deveres que nascem da vontade das partes, que são os deveres de prestação. A cláusula geral de boa-fé pode atuar na adaptação dos contratos às novas circunstâncias levando ao reequilíbrio, autorizando também o uso da equidade. (CANATO, 2007, p. 305)¹³⁹

É evidente que os contratos de financiamento habitacional possuem uma conotação social maior do que alguns outros. Por outro lado, o princípio da força obrigatória dos contratos também os abarca, desde que assegurada a correspondência das expectativas legítimas dos contratantes, vedadas a má-fé, o dolo, o erro, a fraude à lei e o engano.

Esses contratos apresentam outra peculiaridade: enquanto nos contratos em geral os credores buscam reduzir ao máximo o seu prejuízo, nos contratos de financiamento habitacional, os agentes financeiros lucram mais com o inadimplemento dos mutuários, pois assim as parcelas impagas passam ao saldo devedor, o qual fica cada vez maior e mais difícil de ser quitado. Isso seria um exemplo de inobservância ao princípio da boa-fé por parte dos agentes financeiros.¹⁴⁰

Outro princípio a ser referido é o da conservação dos contratos. Por este princípio, abre-se a possibilidade de revisar os contratos, implicando a relativização, do princípio da força obrigatória do pacto. Apesar da teoria da imprevisão não vir expressa na Constituição, assim como a teoria da base objetiva do negócio jurídico, é aceita pela Doutrina e pela

¹³⁸ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 303-304.

¹³⁹ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 305.

¹⁴⁰ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 307,

Jurisprudência e está prevista no Código Civil, como forma de atenuar o princípio do *pacta sunt servanda*, permitindo a alteração de cláusulas, respeitando-se os limites do “bom senso e do razoável”.

O princípio da supremacia da ordem pública, o qual proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, que não pode ser derogado pelos contratantes, serve de limite para o princípio da autonomia da vontade, o qual dispõe que as partes são livres para estipular contratualmente o que lhes convir.¹⁴¹ Inobstante, em contratos de trato sucessivo, ou a termo, a exemplo dos contratos de financiamento habitacional, o vínculo obrigatório mantém-se se permanecerem as condições vigentes no momento da celebração do compromisso.

A conceituação de onerosidade excessiva está ligada a idéia de que o homem médio pode perceber. Entende Mônica Canato que “*o comportamento do agente financeiro na excessiva unilateralidade de fixação das prestações e do saldo devedor é totalmente inadequado e ilegal.*”¹⁴² E que probabilidade e imprevisibilidade devem ser analisadas em conjunto, pois um evento é provável quando também é previsível, por meio da observação de casos anteriores semelhantes. E segue:

formada uma relação contratual, o vínculo existente entre os contratantes deve ser obrigatório e presumivelmente justo. (...) Podem surgir acontecimentos imprevistos e imprevisíveis que agravem consideravelmente a prestação de um contrato, tornando inviável e desproporcional o seu cumprimento, existindo, destarte, um dano grave para um dos contratantes e um enriquecimento sem causa para o outro. (CANATO, 2007, p. 312)¹⁴³

Assinale-se que os contratos de financiamento habitacional são de trato sucessivo, com prazos longos. Assim é grande a probabilidade de alteração de suas condições, e conseqüentemente, reduz-se a previsibilidade dos cenários, elevando-se o risco de tornar-se excessivamente oneroso. Além disso, o contrato deve ter utilidade para as partes, e por isso faz-se necessária a sua revisão.

¹⁴¹ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 309.

¹⁴² CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 311.

¹⁴³ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 312.

Outro princípio aplicável aos contratos de financiamento habitacional é a equidade, dispondo qual é o equilíbrio contratual comum a ser observado nesse tipo de contrato. Ressalte-se o caráter de direito fundamental impregnado no direito à moradia, tendo em vista sua previsão no texto constitucional e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Os contratos do Sistema Financeiro da Habitação possuem como característica o fato de serem “contratos de adesão”, ou seja, o mutuário não participa da elaboração das cláusulas, as quais lhes são impostas pelo agente financeiro, sem possibilidade de questionamento. Portanto, é mais suscetível à inclusão de cláusulas leoninas, abusivas, tais como elevadas taxas de juros, indexadores de correção monetária ilegais, saldos devedores exorbitantes e impagáveis e outros elementos que podem levar o contratante ao erro de consentimento e até mesmo, à nulidade do título executivo extrajudicial.¹⁴⁴

Outros fatores prejudiciais aos mutuários observados nesses contratos são: uso de termos técnicos em excesso, dificultando o entendimento; cláusulas escritas em letras miúdas e sem espaço, impossibilitando a compreensão do texto; contratos-padrão, impedindo a participação do mutuário na determinação do conteúdo das cláusulas, ou até mesmo a sua discussão, e ininteligibilidade dos termos presentes no quadro-resumo.¹⁴⁵

Consigna-se ainda que a transferência do risco da atividade financeira, inerente às instituições de crédito, para o mutuário, parte hipossuficiente na relação contratual, como ocorre na maioria dos contratos de financiamento habitacional, configura-se em conduta ilegal. E a manifestação de vontade do hipossuficiente deve se dar de forma autônoma, livre e expressamente legítima.¹⁴⁶

2.4 EFEITOS DECORRENTES DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

O Sistema Financeiro da Habitação serviu como mola propulsora do setor da construção civil até meados de 1982, por proporcionar recursos para a aquisição de imóveis. A partir de 1983, contudo, o SFH entrou em decadência, entre outros motivos, em razão da

¹⁴⁴ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 316.

¹⁴⁵ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 317.

¹⁴⁶ CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do Sistema Financeiro da Habitação: a onerosidade anti-social*. In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual/ [org.] Claudia Lima Marques. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 318.

inviabilidade causada pelo congelamento da renda familiar, que resultou em uma queda do aporte de recursos na economia e assim na insuficiência de recursos para fomentar os investimentos no cenário habitacional.

Durante os 37 anos de existência do Sistema Financeiro da Habitação, foram financiadas as aquisições de 6,8 milhões de moradias, novas em sua maioria. O ápice foi em 1980, quando foram construídas 627 mil habitações. Todavia, com as dificuldades enfrentadas pelo Sistema, a inflação e a síncope do FCVS, foram reduzindo-se os financiamentos paulatinamente, chegando a 150 mil unidades por ano no período compreendido entre os anos de 1983 e 1996.

Os agentes financeiros sofreram os efeitos causados pela instabilidade econômica da época, em razão de sua vinculação com os depósitos em cadernetas de poupança e os recursos do FGTS, que sofriam as variações dos ciclos econômicos. Atrelada a isso, havia a questão do descolamento de prazo entre ativos e passivos, os primeiros formados por fontes de curto prazo, enquanto os segundos eram compostos por fontes de longo prazo.

Assim, observa-se que, enquanto no período entre 1973 e 1980 os recursos do SFH eram responsáveis pela produção de 38% das unidades habitacionais, de 1981 a 1994 esse percentual caiu para 20%.

Com o Plano Real em 1994, veio a estabilidade da moeda, gerando uma expectativa otimista no setor imobiliário. Contudo, tais perspectivas não se confirmaram, pois, apesar de ter havido um aumento no número médio de moradias financiadas pelo SFH, em torno de 175 mil entre 1997 e 2000, isso não se refletiu em redução do déficit habitacional.¹⁴⁷

As instituições financeiras reduziram os valores destinados à concessão de crédito de longo prazo para aquisição de imóveis no país. Tal comportamento deveu-se principalmente aos elevados índices de inadimplência dos mutuários. Contudo, há um mínimo determinado por lei que essas instituições devem direcionar aos empréstimos habitacionais, atrelado aos valores captados por elas nos depósitos em cadernetas de poupança.¹⁴⁸

Observa-se também, nos últimos anos, um aumento da participação privada na atividade de concessão de crédito para aquisição de moradias e outros setores inerentes. A grande responsável pelo restante dos créditos segue sendo a Caixa Econômica Federal, a qual

¹⁴⁷ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 29.

¹⁴⁸ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 29.

oferece financiamentos com taxas de juros administradas, implicando o agravamento de sua situação patrimonial.¹⁴⁹

O cenário que se desenha desde o início desta década é o da predominância dos empréstimos concedidos pelas próprias incorporadoras, o que gera uma redução na capacidade de construção de novas unidades habitacionais. Tal escassez de investimentos resultou em um aumento do déficit habitacional.¹⁵⁰

2.5 O COOPERATIVISMO E O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

O Sistema Financeiro da Habitação e o cooperativismo possuem como característica comum a “*participação da sociedade, de forma a promover a institucionalização de ferramentas de gestão, capazes de dinamizar o processo político da habitação, absurdamente carente na segmentação social do país.*”¹⁵¹ Essa relação divide-se em duas fases: antes e depois da Constituição de 1988.

Relatam que o déficit habitacional no Brasil remonta à chegada dos imigrantes estrangeiros e ao êxodo rural, datados de 1900. Alie-se a isso a precariedade das habitações construídas na periferia, o surgimento de cortiços, com condições subumanas de ocupação, habitados por pessoas desprovidas de recursos financeiros.¹⁵²

A partir da promulgação da Constituição de 1988¹⁵³, as cooperativas passaram a ser de livre constituição, independentemente de interferência estatal para o seu funcionamento. Com a extinção do Banco Nacional da Habitação, elas assumiram um papel importante na política habitacional, concedendo empréstimos aos cooperados para a construção de suas moradias. Na década de 90, esta foi a principal maneira de oportunizar às pessoas de baixa renda a

¹⁴⁹ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 30.

¹⁵⁰ CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 34.

¹⁵¹ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas*. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 305.

¹⁵² NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas*. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 306.

¹⁵³ Art. 174: “*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*” (...) §2º “*A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.*”

aquisição da casa própria, em razão dos baixos custos e a não obtenção de altos lucros com as operações.¹⁵⁴

O público atingido pelo SFH passa a ser as classes A e B, com a exclusão das classes C e D dos programas de financiamento habitacional, por não atenderem aos requisitos cadastrais exigidos pela Caixa Econômica Federal, nem terem capacidade para adimplir as prestações contratadas.¹⁵⁵

O Banco Central do Brasil, talhado para regulamentar as atividades bancárias, assumiu a normatização do SFH, sem ter a preocupação com o caráter social exigido pelo Sistema. Isso fez com que as cooperativas habitacionais se desvinculassem do SFH e tornassem concorrentes dele.¹⁵⁶ Todavia, essas cooperativas não contavam com os recursos do Governo Federal, sendo calcadas na autogestão, e acabaram encontrando entraves no caminho, como o descaso dos órgãos públicos, o não reconhecimento de sua origem jurídica pelo Poder Judiciário e do seu principal objetivo pela sociedade civil: a mútua ajuda para a aquisição da moradia própria.

Assim, se, por um lado, as cooperativas não precisavam seguir as regras ditadas pela Caixa Econômica Federal para a concessão de financiamentos habitacionais, por outro, recebiam o mesmo tratamento dispensado às construtoras e incorporadoras, sendo consideradas como entidades que visavam à obtenção de lucro na sua atividade. Isso vinha prejudicando o cooperativismo habitacional no atingimento de seus objetivos, tendo em vista que as entidades não possuíam garantias para obterem financiamento de suas operações junto à CEF. A maneira que as cooperativas habitacionais tinham de garantir seus empreendimentos era pelo registro da incorporação imobiliária no Cartório de Registro de Imóveis.

Atualmente as cooperativas não adotam essa medida, que causa o aumento de suas despesas. Tal fato é uma das principais diferenças entre as cooperativas e as construtoras e incorporadoras.¹⁵⁷

¹⁵⁴ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 311.

¹⁵⁵ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 311.

¹⁵⁶ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 311.

¹⁵⁷ NISCOLO, Willian Kun, e PIKANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 312.

Todavia, sem a obtenção de uma linha de crédito, as cooperativas enfrentam dificuldades para alcançar aos cooperados recursos financeiros, com o objetivo de lhes proporcionar a aquisição de habitações em prazos menores. E a demora na entrega das moradias é um dos principais fatores que afastam as pessoas desse modelo de construção.

CONCLUSÃO

A presente monografia propôs-se a tratar do direito à moradia, um importante direito social, que só atingiu o *status* de direito fundamental a partir de sua inserção no artigo 6º da Constituição Brasileira, no ano 2000, por meio da Emenda Constitucional n.º 26.

Após analisar a natureza desse dispositivo constitucional, percebeu-se que, apesar de ser um direito fundamental, o direito à moradia é um direito social, ou seja, para ser concretizado, requer ações positivas do Estado. Contudo, nem sempre tais ações são efetivas, tendo em vista a restrição de recursos financeiros, ou seja, a reserva do possível.

Observou-se ainda que uma das políticas mais efetivas de que o Poder Público lançou mão com vistas a concretizá-lo foi a criação do Sistema Financeiro da Habitação em 1964. Esse Sistema tinha como objetivo facilitar a aquisição da casa própria para a população de baixa renda, pois nesse período houve um aumento na população urbana, decorrente do êxodo rural, e essas pessoas viviam em condições subumanas, precárias, pois não possuíam recursos para terem uma habitação adequada. Vale ressaltar que, embora o direito à moradia não assegure a aquisição de um imóvel mas a ocupação de um espaço para habitar, o SFH foi mais além, garantindo aquela parcela complementar do direito.

O Sistema Financeiro da Habitação enfrentou uma série de crises econômicas e sofreu várias alterações nas suas regras, com o objetivo de sanar os problemas que surgiam, seja por efeitos inflacionários, seja pelo mau uso de seus recursos.

O fato é que o SFH foi uma das primeiras medidas governamentais adotadas para tentar resolver o déficit habitacional. Além disso, também teve efeitos importantes no crescimento do mercado da construção civil. Contudo, ele sofreu inúmeras dificuldades nos períodos inflacionários, bem como foi vítima de inúmeras fraudes, mas, ainda assim, teve seus méritos.

O tema é importante e tem reflexos até hoje, pois é grande o número de pedidos de revisões contratuais, havendo, inclusive, varas federais especializadas para processar e julgar processos que envolvam questões habitacionais. Todavia, o direito à moradia passou a ser tratado como direito fundamental há apenas dez anos, e não foram produzidos muitos trabalhos doutrinários a respeito. Alguns desses poucos trabalhos são um tanto superficiais, até em razão de o assunto ser recente.

A despeito disso, o que se buscou foi demonstrar a importância desse novel direito fundamental e parte do que já foi feito para concretizá-lo, ainda quando era um direito social infraconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. 22. ed. atual. e ampl.

CANATO, Mônica Aparecida. *Contratos do sistema financeiro da habitação: a onerosidade anti-social*. In: *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*/ [org.] Claudia Lima Marques. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARNEIRO, Dionísio Dias. *Financiamento à Habitação e Instabilidade Econômica: experiências passadas, desafios e propostas para a ação futura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2007. 13. Ed.

INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo: Contratos do Sistema Financeiro da Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

NEUNER, Jörg. Direitos Humanos Sociais. In: *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. - Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. v. 1 t. 2

NISCOLO, Willian Kun, e PICANÇO, Regina Kerry. *Cooperativismo no Sistema Financeiro da Habitação*. In: Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas. Tomo II/ Guilherme Krueger, André Branco de Miranda (coordenadores) – Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais: Orçamento e a Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. 29. ed.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007