

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

SÉRGIO COSMO FERREIRA NETO

**DIREITO À MORADIA E O SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH):
A supressão da cobertura do saldo residual pelo FCVS e suas implicações
jurídicas e sociais**

**Recife,
2013**

**DIREITO À MORADIA E O SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH):
A supressão da cobertura do saldo residual pelo FCVS e suas implicações
jurídicas e sociais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania.

Linha de Pesquisa: Jurisdição Constitucional, Democracia e Constitucionalização de Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Walber de Moura Agra.

F383d

Ferreira Neto, Sérgio Cosmo

Direito à moradia e o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) : a supressão da cobertura do saldo residual pelo FVCS e suas implicações jurídicas e sociais / Sérgio Cosmo Ferreira Neto ; orientador Walber de Moura Agra, 2013.

177, [8] f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2013.

1. Direitos fundamentais - Brasil. 2. Direito à moradia. 3. Sistema Financeiro da Habitação. I. Título.

CDU 372.47

SÉRGIO COSMO FERREIRA NETO

**DIREITO À MORADIA E O SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH):
A supressão da cobertura do saldo residual pelo FCVS e suas implicações
jurídicas e sociais**

Dissertação elaborada a ser submetida
ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de
Pernambuco para a obtenção do grau
de mestre.

Aprovada em _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Walber de Moura Agra – PPGD/UNICAP (Presidente)

Prof. Dr. João Paulo Fernandes Allain Teixeira – PPGD/UNICAP (Titular Interno)

Prof. Dr. Luiz Fernando Casagrande Pereira – PPGD/Universidade Positivo
(Titular Externo)

*Aos meus pais,
Vera e Edson,
e aos meus irmãos,
Erika e Edinho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ter a plena consciência de que sem ele nada poderia ter sido feito.

Aos meus pais, pela perseverança em priorizar a educação dos seus filhos, propiciando-lhes um horizonte mais amplo em suas vidas.

A Lidyanne, pelo incentivo e paciência, e por ter sido a pessoa que compartilhou minhas preocupações durante todo o decorrer do Mestrado.

Aos meus irmãos Erika e Edinho, sempre admirados pelo irmão caçula e inspiradores pela busca de cultura, estudo e de uma boa leitura.

Ao amigo, sócio e doutorando, Carlo Cosentino, pela troca de opinião e sugestões sempre bem vindas.

À minha colega de Mestrado (e eterna estagiária) Bertha Valois, como representante da 7ª Turma, sempre prestava todas as orientações sobre o Mestrado.

Ao meu orientador Walber de Moura Agra, por aperfeiçoar a pesquisa, contribuindo para que o trabalho fosse produzido da forma mais científica possível. Um Jurista com pensamentos bem consolidados sobre o Direito. Compartilhar de suas ideias consistiu em grande honra e responsabilidade.

A todos os colaboradores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICAP.

RESUMO

O estudo tem o escopo de examinar a política de moradia desenvolvida pelo Estado através da legislação atinente ao Sistema Financeiro de Habitação. A moradia, problema de envergadura mundial, constitui um dos direitos humanos universal, e, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi assim proclamado. No Brasil, o direito à moradia encontra-se dentre os direitos sociais fundamentais. Longe de existir um quadro favorável quanto à concretização desse objetivo, a política desenvolvida pelo Estado, através da legislação do Sistema Financeiro de Habitação, datada de 1964, alicerçada por institutos mais financeiros que sociais/habitacionais, vem gerando diversos problemas aos que dele se utiliza, ocasionando milhares de demandas judiciais. Dentre os temas mais sensíveis encontra-se a supressão da quitação do saldo devedor residual através do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS, fundo estatal garantidor do contrato. O exame buscará ser alicerçado na doutrina, legislação e jurisprudência, bem como na análise quantitativa que envolve o tema. O estudo visa contribuir na construção do diagnóstico deste problema que atinge milhares de indivíduos e afasta o acesso pleno ao direito à moradia, tudo sob o enfoque jurídico, no intento de fomentar a aplicação da pesquisa na solução dos embates jurídicos envolvidos com o tema, além de propiciar que as leis adotadas nas políticas habitacionais a serem desenvolvidas não gerem, como outrora, a massificação de demandas judiciais.

Palavras-Chave: Direito Fundamental. Direito à moradia. Sistema Financeiro de Habitação. FCVS.

ABSTRACT

The study has the scope to examine the housing policy developed by the State through legislation pertaining to the Housing Finance System. The housing, world-scale problem, is a universal human rights, and since 1948, with the Universal Declaration of Human Rights, was so proclaimed. In Brazil, the right to housing is among the fundamental social rights. Far from there a favorable situation to the achievement of this objective, the policy developed by the state through the law of the Housing Finance System, dated 1964, supported more by financial bases than social and housing bases, has led to several problems that uses its, resulting in thousands of lawsuits. Among the most sensitive issues is the elimination of the payment of residual debt through the Fund for Compensation of Salary Variations - FCVS, state fund guarantor of the contract. The examination will seek to be grounded in doctrine, law and jurisprudence, and through quantitative analysis that involves the issue. The study aims to contribute to the construction of diagnosis of this problem that affects thousands of individuals removing the full access to the right to housing. All under the legal approach with the intent to promote the application of research in solving the legal battles involved with the subject and to provide that the laws adopted in the next housing policies don't cause, as before, the mass of lawsuits.

Keywords: Fundamental Right. The right to housing. Housing Finance System. FCVS.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

BACEN – Banco Central

BNH – Banco Nacional de Habitação

CES – Coeficiente de Equiparação Salarial

CF – Constituição Federal

CMN – Conselho Monetário Nacional

DHESC – Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais

DL – Decreto Lei

EC – Emenda Constitucional

FCVS – Fundo de Compensação de Variação Salarial

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Inc. - Inciso

IPC – Índice de Preços ao Consumidor

Min – Ministro

Org. – Organizador

ONU – Organização das Nações Unidas

ORTN – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional

OTN – Obrigações do Tesouro Nacional

p. – página

PES – Plano de Equivalência Salarial

PIB – Produto Interno Bruto

Pnad – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios

RC – Resolução do Conselho

RE – Recurso extraordinário

REsp – Recurso especial

SBPE – Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo

SFH – Sistema Financeiro de Habitação

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco

UPC – Unidade Padrão de Capital

USP – Universidade de São Paulo

LISTA DE TABELAS

- Tabela 1 – Déficit Habitacional em Relação aos Domicílios Particulares Permanentes por Situação do Domicílio segundo Regiões Geográficas, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas do Brasil – 2008p.23**
- Tabela 2 – Critérios de Inadequação dos Domicílios Urbanos Duráveis segundo Regiões Geográficas e Regiões Metropolitanas – Brasil – 2008.....p. 24**
- Tabela 3 – Domicílios Vagos em Condições de Serem Ocupados ou em Construção/ Reforma de Percentual em relação aos Domicílios Particulares Permanentes, por Situação de Domicílio, segundo Regiões Geográficas, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas (RMs) – Brasil – 2008p. 32**
- Tabela 4 – Distribuição do crédito imobiliário em relação ao PIB.....p. 118**

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1: DÉFICIT HABITACIONAL URBANO POR FAIXAS DE RENDA MÉDIA FAMILIAR MENSAL, EM SALÁRIOS MÍNIMOS – BRASIL – 2008p. 27

FIGURA 2: PROGRAMAS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO – CONTRATAÇÃO.....p. 29

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 MORADIA: CONCEITO E PANORAMA ATUAL	18
1.1 Conceito de moradia	19
1.2 O déficit habitacional.....	21
1.3 Moradias inadequadas	24
1.4 Nível econômico-financeiro da população atingida pelo déficit habitacional ..	27
1.5 O crescimento do crédito imobiliário	29
2 ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DIREITO À MORADIA: ANÁLISE QUANTO SEU CARÁTER HUMANO	34
2.1 Os direitos humanos como suporte jurídico das normas	34
2.2 Pacto Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (DHESC).....	43
2.3 A indivisibilidade dos Direitos Humanos	47
2.4 A dignidade da pessoa como fundamento do direito à moradia	53
3 O SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH) E FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS (FCVS) – ANÁLISE DAS NORMAS	62
3.1 Lei 4.380 de 21 de agosto de 1964 - Criação e Finalidade do SFH.....	62
3.2 O Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS) – Responsabilização de quitação do saldo devedor residual	65
3.2.1 Planos originários do SFH.....	65
3.2.2 O PES (Plano de Equivalência Salarial) e o CES (Coeficiente de Equiparação Salarial) – Tentativa de minização do impacto sobre FCVS.....	68
3.2.3 O desvirtuamento do FCVS – A assunção de obrigações não relacionadas com a sua finalidade.....	71
3.2.4 A transformação da finalidade da obrigação do FCVS	73
4 CONSEQUÊNCIAS DA SUPRESSÃO DO FCVS NA COBERTURA DO SALDO DEVEDOR RESIDUAL – EXAME QUANTITATIVO E JURISPRUDENCIAL DA MATÉRIA	77
4.1 Análise quantitativa dos contratos habitacionais sem cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS	77
4.2 O entendimento do STJ sobre a responsabilidade do saldo devedor residual nos contratos sem cobertura do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS).....	79
5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – O DIREITO À MORADIA E CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO	84
6 DIREITO SOCIAL À MORADIA – NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA IMEDIATA	91

6.1 A eficácia imediata dos direitos sociais em nosso ordenamento jurídico com base no suporte teórico de José Afonso da Silva.....	91
6.2 A crítica de Virgílio Afonso da Silva à teoria de José Afonso da Silva	95
6.3 O perigo da legislação-álibi e a Emenda Constitucional 26/2000	97
7 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL	102
7.1 A promessa do modelo constitucional liberal e a crise na concretização dos direitos sociais.....	102
7.1.1 Formação de um Estado Democrático de Direito.....	102
7.1.2 Constituição Brasileira de 1988 – O salário como garantidor do direito à moradia e a influencia liberal	113
7.1.3 A moradia como produto de mercado	118
7.2 A fundamentalidade dos direitos sociais	123
7.3 O Princípio da Proibição de Retrocesso Social.....	131
8 FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VALORES SALARIAIS – ANÁLISE ACERCA DA SUA SUPRESSÃO	141
8.1 Supressão do FCVS e a violação do princípio da proibição de retrocesso social.....	141
8.2 O FCVS e a Justiça distributiva.....	147
9 A FORÇA NORMATIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO – APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS CONTRATO DO SFH, SEM PREVISÃO DO FCVS	158
10 CONCLUSÃO.....	167
REFERÊNCIAS.....	171
APÊNDICE 1 - ANÁLISE QUANTITATIVA DO SALDO DEVEDOR RESIDUAL.....	178

INTRODUÇÃO

A moradia representa bem indissociável do indivíduo. Desde o nascimento até a morte, o local em que se habita representa valor indiscutível do sujeito. Em regra, não se vive ao relento. Todos necessitam de local para morar. E mais, todos necessitam de lugar com condições mínimas para habitar e não qualquer local.

No entanto, embora configure necessidade básica de modo a garantir a própria dignidade da pessoa humana, a moradia não é alcançada por todos. Fatores sociais, jurídicos, políticos e econômicos os mais diversos são a causa para o não atingimento.

Ao Estado, no entanto, cabe a promoção da moradia adequada, na medida em que os fatores acima destacados são aflorados dentro de um sistema social-jurídico-político-econômico posto aos cidadãos pelo Estado constituído, de maneira que o modelo que se vive não é algo escolhido de forma vontuária, mas sim um “produto” posto e imposto através de formas de poder as mais diversas possíveis.

Partindo-se do pressuposto de que cabe ao Estado promover as políticas habitacionais e garantir a efetividade do direito à moradia, intrigante fato jurídico e social extrai-se do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), que representou um marco legislativo histórico relacionado à habitação no Brasil.

A Lei 4.380/64, que criou o SFH, tem como objetivo expresso o alcance da moradia pela população, sobretudo a de menor poder aquisitivo. O raciocínio do SFH é de que, através de financiamento bancário, as pessoas adquiram sua moradia.

Ocorre, todavia, que milhares de ações desaguaram no Poder Judiciário, em virtude da impossibilidade da quitação dos empréstimos contraídos por milhares de mutuários que se valeram do SFH (essas dívidas foram apelidadas de “impagáveis”). As decisões judiciais, no entanto, não vêm alterando o cenário dos mutuários, que mantêm situação jurídica de extrema fragilidade, na medida em que, diante da impossibilidade da quitação, o imóvel por eles adquirido (e colocado como garantia do contrato de empréstimo) é fruto de retomada pelo agente financeiro que proporcionou a aquisição.

O quadro posto é então o seguinte: o direito à moradia é previsto constitucionalmente como direito social fundamental; a Lei 4.380/64 foi recepcionada por nossa Carta Magna; milhares de pessoas que se valeram do SFH não conseguem quitar suas dívidas, apesar de seguirem a legislação estatal;

milhares de ações encontram-se em tramitação no Poder Judiciário e as decisões judiciais não conseguem garantir o direito à moradia dos indivíduos.

Diante desse problema jurídico retratado, que atinge o direito à moradia, tão intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, é que pretenderá o presente trabalho recair suas pesquisas.

A teoria da eficácia e aplicabilidade imediata da Constituição sobreleva a força normativa da Constituição, de maneira que a norma inserta no corpo constitucional poderia ser invocada sem depender de produção legislativa infraconstitucional. Ademais, as normas programáticas, poderiam ser invocadas como normas de direção a ser obrigatoriamente seguidas pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. Seguindo-se a teoria em tela, o direito à moradia, como regra inserida no rol dos direitos sociais previstos na Constituição, teria força jurídica para ser invocado para salvaguardar o indivíduo em relação ao fato jurídico e social supradependido.

Uma teoria dos direitos sociais, com princípios nucleares próprios, tais como: da proibição ao retrocesso, do mínimo existencial, da solidariedade, da justiça distributiva, em conjunto com uma teoria da Constituição, cuja eficácia normativa se impusesse, serviria de suporte para proteger os indivíduos do advento nefasto de perderem suas casas e terem violado o seu direito à moradia.

Como o estudo não tem a pretensão de abordar todas as questões envoltas aos direitos sociais e nem tampouco as questões políticas e econômicas existentes no tocante à moradia, tratou de demarcar o seu objeto: O Sistema Financeiro de Habitação e as consequências jurídicas decorrentes da supressão da cobertura do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS) na quitação dos contratos habitacionais.

O objetivo do estudo é analisar a aplicabilidade da norma constitucional e do princípio da proibição de retrocesso social de maneira a garantir a cobertura do FCVS nos contratos habitacionais, evitando-se a violação ao direito à moradia aos indivíduos.

A pesquisa pode trazer impacto positivo aos indivíduos, na medida em que, pode-se iniciar a construção de uma tese jurídica que dê suporte à resolução de problema, cujo tratamento terá que ser dado pelo judiciário.

Muito embora haja, atualmente, uma bibliografia vinculada à teoria dos direitos sociais, é notória a negligência da doutrina jurídico-social na abordagem

deste tema. Dentre os grandes desafios enfrentados durante a pesquisa, destacam-se: reunir uma bibliografia que tratasse do SFH e colocá-la frente a frente com a doutrina jurídica tradicional, a fim de demonstrar sua obsolescência, em prol de uma teoria jurídica dos direitos sociais que pudesse ser invocada em relação ao direito à moradia como norma constitucional com eficácia e aplicabilidade imediata.

O estudo encontra-se dividido em nove capítulos e os seus conteúdos distribuídos da seguinte maneira:

O primeiro apresenta-se com o título *Moradia – Conceito e panorama atual*. Nele objetiva-se delinear inicialmente qual o conceito jurídico de moradia que interessa à presente pesquisa. Em momento seguinte, o capítulo esboçará o contexto hodierno que envolve a moradia em nosso país, com demonstrações estatísticas de alguns institutos de pesquisa, sobretudo do censo de 2010 do IBGE. Serão apresentados os números do déficit habitacional e do quantitativo existente de moradias inadequadas nas mais diversas regiões. Além disso, buscar-se-á verificar qual o nível econômico-financeiro da população atingida pela ausência de moradia digna, e, por fim, o crescimento do crédito habitacional, de maneira a demonstrar o avanço do setor imobiliário, apesar do permanente déficit da moradia à população de baixa renda.

O segundo capítulo intitulado *Elementos estruturantes do direito à moradia: análise quanto seu caráter humano* terá como finalidade analisar a natureza jurídica do direito à moradia. De modo a tornar mais didático o estudo. O capítulo encontra-se dividido em quatro partes: a primeira, dedicada aos direitos humanos, como suporte jurídico das demais normas; a segunda e a terceira apontam para a indivisibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais dos civis e políticos; por fim, na quarta parte, o estudo verifica a dignidade da pessoa humana como fundamento do direito à moradia.

Na primeira parte, será examinado o modo que os direitos humanos se estruturam hodiernamente, para servirem de suporte normativo para as demais normas. Serão analisadas suas mutações axiológicas, até que se encontrem os fundamentos dos direitos humanos hodiernos. O estudo analisa a concepção historicista dos direitos humanos defendida por nomes como de Peres Luño e Norberto Bobbio, que defende para os direitos humanos uma teoria do *consensus omnium gentium* (que expressa que um valor é tão mais fundado quanto mais é aceito), trazendo ainda as lições de Costa Douzinas sobre os direitos humanos.

Na segunda e terceira parte, depois de enraizados os aspectos fundantes dos direitos humanos, a análise passará ao conteúdo desses direitos humanos, no intento de verificar se os direitos sociais inserem-se no conteúdo dos direitos humanos. Trazem-se para o estudo as concepções de indivisibilidade dos direitos humanos defendidas por nomes como Hector Gros Espiell, Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

Na última parte será examinado o direito à moradia e seu fundamento ligado à dignidade da pessoa humana, sob o prisma kantiano, enquanto direito à autonomia e à autodeterminação da pessoa. Além da contribuição de Sarlet e Piovesan, serão trazidos os pensamentos de Sérgio Nunes Iglesias, bem como será demonstrada a relevância internacional do direito à moradia.

O terceiro capítulo terá como objetivo descrever a evolução da legislação do Sistema Financeiro de Habitação. No primeiro tópico deste capítulo será identificado o objetivo da criação do SFH e as principais características da legislação aplicável, sobretudo no tocante à prestação e ao saldo devedor dos contratos habitacionais. No item subsequente, explicar-se-á a finalidade do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS), apontando sua gênese, mutação de finalidade, e supressão da cobertura do fundo para quitar o saldo devedor residual dos contratos regidos pelo SFH.

O quarto capítulo terá o escopo de apontar as consequências advindas da responsabilização do cidadão em relação à quitação do saldo residual, em face da referida supressão da cobertura do FCVS. No primeiro tópico, será demonstrado quantitativamente o impacto financeiro que representa para o indivíduo o novo regramento dado pela legislação do SFH. No segundo item do capítulo, será relatado o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça (Tribunal Superior onde deságuam as discussões sobre o tema) quanto à legalidade da responsabilização do mutuário para quitar o saldo residual, de modo a se perceber como a jurisprudência do tema relacionado ao SFH é tratado de maneira individual-contratual, sem que se observe a dimensão social da questão envolvida.

No quinto capítulo, ainda na esteira da análise jurisprudencial, será examinado o tratamento dado pelo STF em relação ao direito à moradia. Para tanto será analisado case acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato do aluguel. Verificar-se-á aí o confronto de pensamentos dos Ministros do STF à época do julgamento e a concepção individualista da tese vencedora.

O sexto capítulo terá como objetivo demarcar o marco teórico, atrelado à dogmática jurídica defendida, mais precisamente acerca da eficácia imediata dos direitos sociais insertos na Constituição. A Teoria da eficácia e aplicabilidade imediata da Constituição sob a perspectiva de José Afonso da Silva é apresentada, a fim de servir de suporte de investigação para imersão do direito à moradia previsto constitucionalmente em face da legislação infraconstitucional do Sistema Financeiro de Habitação. Ainda nesta quarta parte, traz-se o contraponto de Virgílio Afonso da Silva à teoria de José Afonso da Silva, sobretudo à classificação da eficácia das normas constitucionais em plena, contida e limitada. Na última parte do sexto capítulo será analisada a Emenda nº 26/2000, que inseriu a moradia dentre o catálogo dos direitos sociais de nossa Carta Magna, sob a perspectiva da Constituição Simbólica de Marcelo Neves.

O sétimo capítulo terá como objetivo explicar o princípio da proibição de retrocesso social. Para tanto, serão apresentadas as conclusões de autores como Ingo Sarlet e Dimitri Dimoulis acerca da fundamentalidade dos direitos sociais na concepção hodierna do Estado Democrático de Direito, além da contribuição Robert Alexy no tocante ao sopesamento entre princípios insculpidos na Constituição.

No primeiro tópico serão examinados os fatores que contribuem para a ausência de concretização do direito à moradia. Serão demonstradas as lições de Walber Agra e Lênio Streck quanto à base do nosso Estado Democrático e Social de Direito e a crise dos direitos sociais, apesar de estarem elevados à condição de fundamentais. Será verificada a influência em nosso ordenamento jurídico dos ideais liberais e quais as consequências no tangente aos direitos sociais e, em consequência, ao direito à moradia.

Ainda no sétimo capítulo será verificado o papel do salário mínimo, enquanto elemento constitucional definido como responsável pelo alcance dos direitos sociais e quais as implicações decorrentes da ideia do trabalho como garantidor do direito à moradia. Dando sequência ao estudo, será examinada a mercantilização da moradia, destacando-se a influência negativa do fator mercadológico no tocante ao direito à moradia e à crítica da relatora da ONU Raquel Rolnik em relação à expansão do crédito imobiliário como propulsor do alcance à habitação.

No capítulo oitavo será demonstrado que a supressão da cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS violou o princípio da proibição ao retrocesso social, na medida em que substrato social envolto no contrato foi afastado sem que

houvesse a devida compensação. Ainda será abordada a ausência de uma justiça distributiva no tocante ao Sistema Financeiro de Habitação. Serão apontados os pensamentos de Ricardo Castilho arrimados no paradigma kantiano do dever de reconhecimento recíproco movido pela razão de maneira a servir também no tangente à dignidade da pessoa humana, como suporte para uma justiça distributiva.

No nono e último capítulo será examinada a possibilidade de aplicar a teoria defendida por José Afonso da Silva acerca da eficácia imediata da norma constitucional em conjunto com princípios informadores do direito social, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Será demonstrado em tópico próprio do nono capítulo, que o direito à moradia, enquanto norma prevista na Constituição, em conjunto com o princípio da proibição ao retrocesso pode ser aplicado de maneira imediata, a fim de que não seja violado o direito à moradia de milhares de indivíduos que utilizaram do SFH para aquisição de sua habitação. A demonstração implica em avanço indiscutível na forma de interpretar a supressão da cobertura do FCVS sobre os contrato do SFH, posto que é defendida a construção de uma hermenêutica atrelada à tutela dos direitos sociais, através de princípios próprios que sirvam de suporte para a interpretação das querelas dos direitos sociais, além de partir de uma concepção constitucionalista em que os direitos sociais fundamentais ganham força normativa e aplicação imediata.

Trata-se de um trabalho aberto e submetido à crítica, como convém a um estudo acadêmico, mas que pretende prosseguir a linha de pesquisa desenvolvida por esse Programa de Pós-graduação: problematizar, desconstruir e formular novos pressupostos para a jurisdição dos Direitos Humanos.

Representa também a preocupação e os compromissos do seu autor em ver construída uma teoria dos direitos sociais que seja utilizada nas relações jurídicas atreladas ao direito à moradia, desgarrando-se os aplicadores do direito das concepções individuais, tão corrente em sua veias, de maneira que a jurisdição dos direitos sociais possa emancipar-se e produzir novos paradigmas para sua forma de interpretação.

Espera, por fim, que prevaleça o direito à moradia, enquanto condição para a própria dignidade da pessoa humana, como direito constitucional imediatamente aplicável, a fim de que as desigualdades sociais sejam cada vez menores, e, melhores sejam as condições de vida propiciadas a todos.

1 MORADIA: CONCEITO E PANORAMA ATUAL

O presente trabalho possui como objeto de fundo o direito à moradia e como objeto imediato o Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Pretende-se, ao estudar o tema, desvelar os principais motivos para o hiato existente entre a vontade declarada pela norma e aquilo por ela concretizado – sua eficácia. Quais os motivos e influências determinantes que culminam na ineficácia do SFH para a concretização do direito à moradia e quais alternativas, no âmbito da ciência jurídica, poderiam ser adotadas, de modo a minorar o *gap* então existente.

Para tanto, longo caminho será percorrido.

Revela-se, pois, imprescindível que, antes do exame propriamente dito dos aspectos envolvidos à ciência jurídica atrelada à matéria, que seja contextualizado o problema da moradia. Qual o panorama da moradia em nossa sociedade atual? É mister, na verificação de qualquer tema, que o pesquisador possua noção da envergadura daquilo que se estuda.

A pesquisa em tela alcançará qual universo de pessoas? Qual o tamanho do problema objeto do estudo dentro da sociedade hodierna? Tais aspectos irão demonstrar, inclusive, a dimensão e importância da pesquisa que se pretende promover.

Desse modo, indispensável, neste primeiro capítulo, que seja realizada uma abordagem quantitativa acerca do panorama nacional no tocante à temática que cerca a moradia. Não será, portanto, analisado neste momento o direito à moradia, mas sim a moradia (ou ausência dela) enquanto fato social e a sua realidade atual.

Para tanto, serão utilizados, no decorrer do capítulo, dados obtidos através das pesquisas engendradas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, sobretudo daqueles constantes no censo realizado em 2010; da Fundação João Pinheiro – no estudo Déficit Habitacional no Brasil; da Caixa Econômica Federal; e dos Relatórios da ONU. Ademais, serão extraídos indicadores constantes do Relatório Final da III Conferência das Cidades – “Moradia Digna para Todos”.

Com base nos dados fornecidos pelos documentos acima mencionados, será extraído um raio-x do cenário nacional no tangente à moradia. Através dos dados e índices das pesquisas produzidas pelos institutos referidos preteritamente, verificar-se-ão diversas características relacionadas à problemática da habitação. Inúmeros pontos das pesquisas analisadas se interrelacionam, havendo uma interseção

(acoplamentos entre os dados) que será enfatizada no decorrer do presente trabalho, sobretudo no que toca à produção do legislador em face dos dados apresentados.

Não é ocioso referir que os censos do IBGE e os relatórios de pesquisas das demais entidades servem de elemento fulcral para a adoção das políticas públicas. Com base nos dados divulgados as entidades governamentais mensuram o tamanho do problema social em análise e formulam seus programas de fomento social. Ademais, as pesquisas servem de supedâneo para aferir o grau de investimento necessário para a concretização dos programas a serem lançados.

1.1 Conceito de moradia

A moradia pode ser entendida por diversos prismas. Como lar, é o local em que as primeiras relações familiares ocorrem. Como patrimônio, é objeto de demonstração de riqueza. Como desejo, é o bem material que mais causa ansiedade em sua obtenção: “o sonho da casa própria”.

Dadas as várias facetas que podem ser forjadas da palavra moradia, buscar-se-á, neste capítulo, especificar qual o conceito de moradia que convém ser utilizado no decorrer do presente estudo.

De pronto, destaca-se que não haverá aqui diferenciação entre moradia e habitação, sendo utilizado no decorrer do trabalho conceito mais amplo de moradia. A opção surge, sobretudo, em decorrência da pesquisa percorrer o Sistema Financeiro de Habitação. Assim, para que não houvesse choque de interpretações sobre o que estaria o SFH e o estudo a referir-se, optou-se por não ser feita qualquer diferenciação.

A moradia não se confunde com a propriedade, portanto, no caso da presente pesquisa, não será dada importância ao tema relacionado à função social da propriedade, a fim de que não sejam confundidas as relações jurídicas em estudo.

Ressalte-se que o direito subjetivo à moradia pode até ser realizado com a propriedade, mas indubitavelmente não se confundem. Enquanto a propriedade está vinculada ao aspecto patrimonial, a moradia está atrelada à pessoa, enquanto sujeito com personalidade jurídica com capacidade para adquirir direitos. Compartilhando da posição, Sérgio Iglesias explica:

O bem da *moradia* é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, *moradia* é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial.

[...]

Dessa forma, a moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo ser humano, notadamente em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.

(SOUZA, 2008, p. 44)

Ressalta, portanto, o autor o aspecto da personalidade do homem ligada intrinsecamente à moradia do indivíduo, como direito a ele inato, não podendo dele dissociar-se.

A definição acima propicia um conteúdo axiomático da moradia, na medida em que posiciona esta como elemento definidor da própria personalidade do homem, influenciando em sua autodeterminação e na sua maneira de desenvolver-se.

Canotilho (1991), em estudo acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais, enfatiza a diferenciação entre o direito subjetivo e individual do direito à moradia e a sua dimensão como direito programático a vincular o Estado de forma institucional a realizar planos que concretizem o mencionado direito. Ensina o autor:

Quando se afirma que o direito à habitação é um direito do cidadão estamos a acentuar o caráter individual do direito; quando afirmamos que para assegurar o direito à habitação incumbe ao Estado programar e executar uma política de habitação inserida em planos de urbanização [...] estamos a salientar a dimensão institucional de um direito (CANOTILHO, 1991, p. 184).

Ingo Sarlet, também distingue o direito à moradia do direito à propriedade, apontando que os objetos jurídicos deles decorrentes não possuem similitude, e, por conseguinte, apresentam proteções jurídicas diversas. Pontua Sarlet:

Na definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre, ainda em caráter preliminar, distingui-lo do direito de propriedade (e do direito à propriedade). Muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, para além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias – assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-lo – é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objetos próprios (SARLET, 2009, p. 22).

O STF, em *case* acerca da penhorabilidade ou não do bem imóvel dado pelo fiador como garantia em contrato de aluguel (que será melhor abordado em tópico próprio), compactuou dos entendimentos acima assinalados, considerando que o

direito à moradia não se confunde, em absoluto, com o direito de propriedade, bem como que se encontra intimamente ligado à pessoa humana. O voto vencedor, do Ministro Relator Cezar Peluso, apresenta as passagens seguintes, que traduzem o pensamento da cômte constitucional:

A regra constitucional enuncia *direito social*, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana.

[...]

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel* (STF, 2006).

Arrimados, portanto, nas premissas acima estabelecidas, enfatiza-se que a moradia, enquanto objeto de pesquisa do presente trabalho, será considerado como direito subjetivo inerente à personalidade e à dignidade do homem.

1.2 O déficit habitacional

Importante, inicialmente, destacar que as pesquisas relacionadas à moradia buscam não apenas avaliar de forma quantitativa o desfalque habitacional existente, de modo a possibilitar a estimativa quanto à necessidade de novas unidades habitacionais, mas também examinam a condição de habitabilidade mínima que envolve a moradia.

Tal aspecto revela considerável evolução nas pesquisas relacionadas ao tema, posto que diversas políticas públicas, como por exemplo, as sanitárias, a de abastecimento de água, a de energia, encontram-se imbricadas, de sorte que a promoção de melhorias destas irão reverberar naquela. Assim, a questão da moradia não pode se restringir apenas ao caráter quantitativo, ou seja, ao déficit de unidades habitacionais a construir, na medida em que as adoções de políticas complementares e recorrentes (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2011) é que proverão às condições básicas de habitabilidade do cidadão.

A Fundação João Pinheiro, em seu relatório denominado “Déficit Habitacional no Brasil”, para o Ministério das Cidades, apresenta dados estatísticos atrelados às duas vertentes acima especificadas. A primeira, relacionada ao déficit habitacional propriamente dito, em que são apresentados os resultados concernentes à necessidade de construção de novas moradias para a solução de problemas sociais

e específicos de habitação detectado em certo momento. A segunda, tangente ao que denomina de “inadequação de moradias”, em que exhibe parâmetros qualitativos acerca destas, não mais relacionado ao estoque habitacional, mas sim aos aspectos internos da habitação.

O exame qualitativo abordado pela pesquisa da Fundação João Pinheiro atinge 5 itens: adensamento excessivo de moradores em domicílios próprios; carência de serviços de infraestrutura (energia elétrica, abastecimento de água, esgotamento sanitário e coleta de lixo); inadequação fundiária urbana, inexistência de unidade sanitária domiciliar exclusiva; cobertura inadequada (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2011, p.17).

Percebe-se, pois, que o exame realizado pelo aludido instituto vai além da demonstração do hiato habitacional concernente à ausência de unidades habitacionais suficientes para a população. Elegendo itens básicos indispensáveis para uma moradia digna, a pesquisa apresenta em qual nível de habitabilidade a população vive.

A abordagem de um núcleo de requisitos mínimos de habitabilidade permite que se mensurem diversas políticas interdependentes que se estreitam com o problema da moradia.

Desta forma, o atingimento de níveis básicos de habitabilidade podem ser alcançados com o avanço de programas não relacionados à construção e fornecimento de casas, mas sim com um catálogo de direitos outros que propiciarão condições dignas aos moradores, permitindo maior inclusão socioeconômica dessa população.

As favelas, os cortiços, enfim, os mais variados assentamentos urbanos e fundiários, sofrem com questões não necessariamente ligadas à inexistência do local para morar. O *gap* no tangente aos requisitos indispensáveis à moradia dignamente adequada distancia e marginaliza a população desses aglomerados urbanos, que, nada obstante possua uma habitação, é excluída da sociedade, de modo que não há uma integração entre as classes sociais.

Com base no parâmetro quantitativo, o relatório da Fundação João Pinheiro - Déficit Habitacional – apresenta tabela extraída do IBGE (2009), referente ao de 2008, cujos resultados seguem:

Tabela 1 – Déficit Habitacional em Relação aos Domicílios Particulares Permanentes por Situação do Domicílio segundo Regiões Geográficas, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas do Brasil – 2008

DÉFICIT HABITACIONAL (1) E PERCENTUAL EM RELAÇÃO AOS DOMICÍLIOS PARTICULARES PERMANENTES POR SITUAÇÃO DO DOMICÍLIO, SEGUNDO REGIÕES GEOGRÁFICAS, UNIDADES DA FEDERAÇÃO E REGIÕES METROPOLITANAS (RMs) - BRASIL - 2008

ESPECIFICAÇÃO	DÉFICIT HABITACIONAL VALORES ABSOLUTOS				PERCENTUAL EM RELAÇÃO AOS DOMICÍLIOS PARTICULARES PERMANENTES			
	TOTAL	URBANO		Rural	TOTAL	URBANO		Rural
		Total	Rural de extensão urbana			Total	Rural de extensão urbana	
Norte	555.130	448.072	2.510	107.058	13,8	14,2	10,4	12,4
Rondônia	31.229	29.609	2.025	1.620	6,9	8,5	10,3	1,5
Acre	19.584	17.370	-	2.214	10,5	11,4	-	6,4
Amazonas	132.224	120.363	285	11.861	17,1	18,7	20,0	9,2
Roraima	13.969	13.333	-	636	12,0	13,8	-	3,1
Pará	284.166	217.408	200	66.758	14,7	14,8	6,7	14,1
<i>RM Belém</i>	<i>83.909</i>	<i>82.713</i>	<i>200</i>	<i>1.196</i>	<i>14,9</i>	<i>15,0</i>	<i>6,7</i>	<i>10,0</i>
Amapá	14.277	13.223	-	1.054	8,7	8,2	-	31,8
Tocantins	59.681	36.766	-	22.915	15,8	13,0	-	24,0
Nordeste	1.946.735	1.305.628	11.085	641.107	13,0	11,7	13,4	16,8
Maranhão	434.750	204.632	3.513	230.118	26,9	17,6	26,7	51,0
Piauí	124.047	71.358	-	52.689	14,2	12,8	-	16,5
Ceará	276.915	186.670	-	90.245	11,7	10,0	-	17,6
<i>RM Fortaleza</i>	<i>103.979</i>	<i>101.266</i>	<i>-</i>	<i>2.713</i>	<i>10,4</i>	<i>10,4</i>	<i>-</i>	<i>10,1</i>
Rio Grande do Norte	104.190	78.261	4.242	25.929	11,7	11,5	16,4	12,6
Paraíba	104.699	87.746	-	16.953	9,6	10,1	-	7,8
Pernambuco	263.958	214.182	1.088	49.776	10,6	10,8	3,5	10,0
<i>RM Recife</i>	<i>125.254</i>	<i>123.891</i>	<i>-</i>	<i>1.363</i>	<i>11,2</i>	<i>11,4</i>	<i>-</i>	<i>5,7</i>
Alagoas	85.780	63.353	2.242	22.427	9,7	10,2	17,4	8,6
Sergipe	66.492	57.606	-	8.886	11,7	12,2	-	9,5
Bahia	485.904	341.820	-	144.084	11,5	11,5	-	11,5
<i>RM Salvador</i>	<i>116.014</i>	<i>114.524</i>	<i>-</i>	<i>1.490</i>	<i>10,1</i>	<i>10,2</i>	<i>-</i>	<i>7,5</i>
Sudeste	2.046.312	1.969.424	10.612	76.888	8,1	8,3	6,5	4,5
Minas Gerais	474.427	437.401	-	37.026	7,8	8,3	-	4,4
<i>RM Belo Horizonte</i>	<i>115.689</i>	<i>115.278</i>	<i>-</i>	<i>411</i>	<i>7,3</i>	<i>7,4</i>	<i>-</i>	<i>2,4</i>
Espírito Santo	84.868	77.717	-	7.151	8,0	8,9	-	3,9
Rio de Janeiro	426.518	420.853	2.929	5.665	8,1	8,3	14,0	3,8
<i>RM Rio de Janeiro</i>	<i>320.091</i>	<i>318.818</i>	<i>-</i>	<i>1.273</i>	<i>8,2</i>	<i>8,3</i>	<i>-</i>	<i>4,4</i>
São Paulo	1.060.499	1.033.453	7.683	27.046	8,2	8,4	5,4	5,0
<i>RM São Paulo</i>	<i>510.326</i>	<i>504.403</i>	<i>5.923</i>	<i>5.923</i>	<i>8,2</i>	<i>8,3</i>	<i>4,5</i>	<i>5,4</i>
Sul	580.893	519.080	1.668	61.813	6,5	6,9	23,5	4,2
Paraná	213.157	192.726	1.668	20.431	6,3	6,6	23,5	4,2
<i>RM Curitiba</i>	<i>64.635</i>	<i>61.716</i>	<i>1.668</i>	<i>2.919</i>	<i>6,3</i>	<i>6,5</i>	<i>23,5</i>	<i>3,6</i>
Santa Catarina	140.770	123.747	-	17.023	7,2	7,6	-	5,3
Rio Grande do Sul	226.966	202.607	-	24.359	6,2	6,8	-	3,7
<i>RM Porto Alegre</i>	<i>97.133</i>	<i>93.713</i>	<i>-</i>	<i>3.420</i>	<i>7,0</i>	<i>7,2</i>	<i>-</i>	<i>4,3</i>
Centro-Oeste	417.240	387.628	2.024	29.612	9,8	10,4	32,1	5,6
Mato Grosso do Sul	77.206	66.309	-	10.897	10,6	10,6	-	11,0
Mato Grosso	73.376	60.245	-	13.131	8,0	8,2	-	6,9
Goiás	162.762	158.526	-	4.236	8,8	9,6	-	2,0
Distrito Federal	103.896	102.548	2.024	1.348	13,9	14,4	32,1	3,9
Brasil	5.546.310	4.629.832	27.899	916.478	9,6	9,4	9,8	11,0
<i>Total das RMs</i>	<i>1.537.030</i>	<i>1.516.322</i>	<i>7.791</i>	<i>20.708</i>	<i>8,6</i>	<i>8,7</i>	<i>5,5</i>	<i>5,2</i>
<i>Demais áreas</i>	<i>4.009.280</i>	<i>3.113.510</i>	<i>20.108</i>	<i>895.770</i>	<i>10,1</i>	<i>9,8</i>	<i>14,2</i>	<i>11,2</i>

Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), 2008

Elaboração: Centro de Estatística e Informações / Fundação João Pinheiro

Nota: (1) No cálculo do déficit habitacional o componente coabitação familiar inclui apenas as famílias conviventes que declararam intenção de constituir novo domicílio.

Da análise da tabela, revela-se que o déficit habitacional nacional corresponde a um percentual de 9,6% (nove inteiros e seis décimos por cento) em relação aos domicílios particulares permanentes.

Em números absolutos, segundo as conclusões que se extrai da tabela suso transcrita, há um déficit habitacional na ordem de 5.546.310 (cinco milhões, quinhentos e quarenta e seis mil e trezentos e dez) unidades habitacionais, dos quais 4.629.832 (quatro milhões, seiscentos e vinte e nove mil oitocentos e trinta e dois) referem-se à área urbana e apenas 27.899 (vinte e sete mil, oitocentos e noventa e nove) são atinentes à área rural.

Conclui-se, ainda, que as regiões metropolitanas (grandes centros urbanos) são as mais atingidas pelo déficit habitacional, destacando-se um hiato de 1.537.030 (um milhão quinhentos e trinta e sete mil e trinta) unidades habitacionais.

Os números apresentados pela pesquisa da Fundação João Pinheiro demonstram a dimensão do problema habitacional no Brasil, revelando, ainda, pontos cruciais, como o alarmante déficit nas regiões urbanas, mais desenvolvidas.

Os grandes centros econômicos e de poder, locais onde são geradas as maiores riquezas e onde são tomadas as decisões mais importantes para a população, são os que apresentam o maior número de pessoas sem moradia ou com moradia indigna, sobretudo localizadas nas favelas e nos mais diversos aglomerados urbanos, aspecto este que será abordado mais adiante.

1.3 Moradias inadequadas

No que toca à qualidade da habitação, os números apresentados pela Fundação João Pinheiro, com base em um núcleo mínimo de itens indispensáveis para uma moradia digna, também impressionam, conforme tabela abaixo:

Tabela 2 – Critérios de Inadequação dos Domicílios Urbanos Duráveis segundo Regiões Geográficas e Regiões Metropolitanas – Brasil – 2008

CRITÉRIOS DE INADEQUAÇÃO DOS DOMICÍLIOS URBANOS DURÁVEIS (1), SEGUNDO REGIÕES GEOGRÁFICAS E REGIÕES METROPOLITANAS (RMs) - BRASIL - 2008

ESPECIFICAÇÃO	INADEQUAÇÃO FUNDIÁRIA	DOMICÍLIO SEM BANHEIRO	CARÊNCIA DE INFRAESTRUTURA	ADENSAMENTO EXCESSIVO	COBERTURA INADEQUADA
Norte	61 978	186 252	1 627 757	210 573	85 931
Nordeste	336 407	337 414	3 861 874	341 019	72 791
Sudeste	967 493	147 697	2 152 417	693 888	199 889
Sul	252 224	84 471	1 509 211	110 964	229 059
Centro-Oeste	74 414	44 584	1 797 425	77 669	12 914
Brasil	1.692.516	800.418	10.948.684	1.434.113	600.584
<i>Total das RMs</i>	1 025 316	199 753	2 386 271	639 426	147 021

Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), 2008.

Elaboração: Centro de Estatística e Informações / Fundação João Pinheiro.

Nota: (1) Apenas domicílios duráveis, ou seja, não são considerados os improvisados e os rústicos, sendo excluídos também os cômodos, por se constituírem parcela do déficit habitacional. Inclui, além dos domicílios urbanos, os rurais de extensão urbana.

Verifica-se da tabela supra que não é somente a ausência de unidades habitacionais o dado relevante a ser considerado em relação ao problema da moradia. Aliado ao déficit de mais de 5 milhões unidade habitacionais (como apresentado pelo referido instituto), revela-se um índice de moradia com carência de infraestrutura na ordem de 10.948.684 (dez milhões novecentos e quarenta e oito mil e seiscentos e oitenta e quatro).

Não é ocioso enfatizar que o próprio contexto histórico contribuiu para a aparição de diversos aglomerados urbanos, sem a devida infra-estrutura. Em decorrência da Revolução Industrial, iniciou-se no Brasil, desde a época final do período do Império, um significativo deslocamento populacional. A atividade agrária foi dando espaço às manifestações da indústria e ao trabalho assalariado.

Nada obstante, tais centros industriais não comportavam (e não comportam) e não possuíam (e não possuem) um planejamento adequado de ocupação territorial. A população advinda do campo passou a viver em habitações inadequadas, sem as mínimas condições de uma moradia digna. Os cortiços e favelas são uma consequência dessa ocupação desordenada. Celso Marcelo de Oliveira explica:

As primeiras manifestações de preocupação governamental com a questão da habitação remontam ao período final do Império. O país era eminentemente agrário e a população rural constituída, em grande parte, por escravos e seus descendentes. O deslocamento para atividades produtivas de parte dos capitais anteriormente destinados ao financiamento do tráfico de escravos e o êxito da lavoura cafeeira, na metade do século, também atuaram como elementos propulsores do estabelecimento de pequenas indústrias e de investimentos estrangeiros na infra-estrutura, que contribuíram para aumentar a população urbana e as necessidades habitacionais nas cidades.

A construção de habitações coletivas urbanas, com instalações sanitárias insuficientes e precárias, constituiu uma primeira resposta do capital rentista ao incremento da demanda habitacional. A preocupação com a questão habitacional no antigo Distrito Federal se acentuou com a proclamação da República. A primeira intervenção governamental no setor urbano se concretizaria na presidência de Rodrigues Alves (1910/1914), com o empenho do governo federal em melhorar as condições de saneamento da capital da República e que deu ensejo a um grande programa de renovação do centro do Rio de Janeiro (OLIVEIRA, 2004, p. 33-34)

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – divulgou no decorrer do ano de 2011 o Censo Brasileiro mais atualizado, referente ao ano de 2010. Os primeiros resultados definitivos, divulgados em novembro de 2010, apontaram uma **população formada por 190 milhões, 732 mil e 694 pessoas**¹.

Segundo os dados apresentados pelo IBGE – censo 2010 – o Brasil possui 84,4% (oitenta e quatro inteiros e quatro décimos por cento) da população vivendo em ambiente interurbano (IBGE, 2011, p. 37).

Dentre os principias tópicos fruto do censo brasileiro de 2010 encontra-se o relacionado aos “aglomerados subnormais”. Referida expressão, utilizada pelo IBGE, refere-se ao conjunto constituído por, no mínimo, 51 unidades habitacionais

¹ Disponível em <http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/censo2010/d\\default.shtm>.

(barracos, casas etc.) ocupadas ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular), dispostas, em geral, de forma desordenada e densa, e carentes, em sua maioria, de serviços públicos essenciais. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2011).

De acordo com as pesquisas do IBGE:

Em 2010, 6% da população do País (11 425 644 pessoas) morava em aglomerados subnormais, distribuída em 3 224 524 domicílios particulares ocupados (5,6% do Brasil). Os domicílios se concentram na Região Sudeste (49,8%), com destaque para o Estado de São Paulo, que congregava 23,2% dos domicílios do País, e o Rio de Janeiro, com 19,1%. Os estados da Região Nordeste tinham 28,7% do total (9,4% na Bahia e 7,9% em Pernambuco). A Região Norte reunia 14,4%, sendo 10,1% no Estado do Pará. Na Região sul (5,3%) e Centro-Oeste (1,8%), a ocorrência era menor (IBGE, 2011, p. 37).

Os números apresentados demonstram a extensão do problema habitacional, que atinge todas as regiões do território brasileiro. Paradoxalmente, o estado de São Paulo, que é o mais desenvolvido economicamente, possui também o maior número desses aglomerados subnormais.

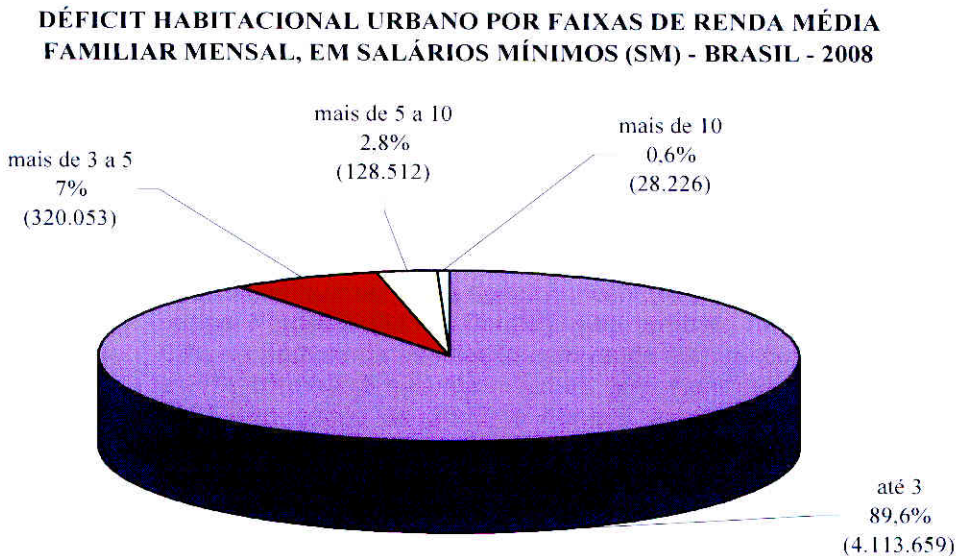
Ao mesmo tempo, tal dado nos induz à mesma conclusão enfatizada em linhas pretéritas quanto ao processo desordenado de ocupação das áreas urbanas, desencadeada pela modernização e industrialização das grandes cidades. Em que pese a necessidade de mão-de-obra decorrente da grande concentração de indústrias, a cidade não se encontra planejada para o tamanho da população, ocasionando na ocupação contínua e permanente de espaços periféricos sem qualquer critério ou intervenção estatal, no tangente às condições mínimas de habitabilidade.

Inexiste uma pauta de discussões definida, de modo a servir de vetor para produção legiferante com direcionamento legalmente programado. As leis espaciais sobre a habitação e os programas governamentais regulamentados por cada ente da federação não são produzidos de maneira integrativa e complementar. A questão das condições mínimas de habitabilidade não é fruto de projetos consistentes, mas sim tratados de maneira episódica e fragmentada. Não há uma simbiose entre os projetos governamentais relacionados com o déficit da habitação e a inadequação das moradias existentes nas periferias.

1.4 Nível econômico-financeiro da população atingida pelo déficit habitacional

O déficit habitacional nacional, como já apresentado anteriormente pelo Censo do IBGE, exibe números percentuais e absolutos alarmantes, atingindo significativa parcela de sua sociedade hodierna. Para melhor visualização do problema da habitação, de modo que seja demonstrada a fração populacional que sofre com o vácuo da moradia, afigura-se de grande relevo o exame do nível financeiro e econômico dessa população marginal, que vive sob condições de moradias subumanas.

Dados da pesquisa realizada pela Fundação João Pinheiro referente ao mapa do nível econômico-financeiro da população atingida pelo déficit habitacional, extraída do estudo Déficit Habitacional no Brasil, manifesta acentuado percentual do déficit da moradia para a população com renda média de até 3 salários mínimos mensal. 89,6% das pessoas sem moradia situam-se dentro deste patamar salarial:



Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) - 2008.

Elaboração: Centro de Estatística e Informações / Fundação João Pinheiro

Nota: Inclusive rural de extensão urbana; exclusive sem declaração de renda.

FIGURA 1: DÉFICIT HABITACIONAL URBANO POR FAIXAS DE RENDA MÉDIA FAMILIAR MENSAL, EM SALÁRIOS MÍNIMOS – BRASIL – 2008

FONTE: IBGE, 2008

Por mais evidente que seja a conclusão extraída da tabela, de que há conexão entre o nível financeiro da população e a ausência de moradia, essa evidência, essa dedução lógica, parece estar embutida em nossa mente de maneira

tão enraizada que tal silogismo é extraído de maneira quase imediata, como se entendêssemos ou ao menos aceitássemos, que, havendo a premissa negativa referente ao desenvolvimento econômico do cidadão, ato contínuo haveria respectiva condição subumana.

Na medida em que a explicação deduzida do binômio ausência de capital e possibilidade de moradia indigna andam de mãos dadas, percebe-se uma letargia do Poder Público e da própria sociedade. Bem conveniente o raciocínio, posto que se imputa a culpa da marginalidade ao próprio cidadão afastado da forma social adequada. Ao Estado cabe programar e à sociedade lamentar!!! Será que é somente isso? Enquanto parcela da população habita em locais que ofendem a dignidade da pessoa humana, o Estado democrático-social de direito e a população financeiramente privilegiada não possuem responsabilidade por isso?

Por hora, o que se pretende analisar é o quadro fático que envolve o tema da moradia, de modo a propiciar uma maior visualização do problema.

Neste diapasão, é de se destacar que não houve grande alteração no raio-x do nível econômico-financeiro da população atingida pelo déficit habitacional. A III Conferência das Cidades - Moradia Digna para Todos -, realizada em novembro de 2001, apresenta em seu relatório final resultados semelhantes:

Projeções do déficit habitacional apresentados no Relatório Nacional Brasileiro para a Conferência de Istambul + 5 apontam um montante de 5,6 milhões de novas moradias como déficit quantitativo, que refere-se a domicílios improvisados ou rústicos ou ainda aqueles em que ocorre coabitação familiar. Esse déficit concentra-se em áreas urbanas (71%) e na região Nordeste (45%). Concentra-se também na população mais pobre: 63% na parcela da população com renda mensal de até 3 salários mínimos e 85% com até 5 salários mínimos. Isso significa que, se confirmado pelo IBGE, no censo de 2000, o número médio de 5 pessoas por família, aproximadamente 28 milhões de brasileiros literalmente precisam de casa para morar. Em paralelo, o déficit qualitativo atinge 13 milhões de moradias, consideradas inadequadas pela carência ou insuficiência de infra-estrutura básica, sendo que, cerca de 76% dos domicílios inadequados por carência de infra-estrutura, são habitados por famílias com renda mensal de até 5 salários mínimos (CONFERÊNCIA DAS CIDADES, 2001).

Os dados apresentados pela III Conferência das Cidades em 2001 e pelo IBGE em 2008, através de sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) demonstram situações similares. No entanto, os números trazidos pelo IBGE são ainda mais alarmantes, observando-se neles um percentual ainda maior do déficit habitacional recaindo sobre a população com menor poder econômico e financeiro.

1.5 O crescimento do crédito imobiliário

Os principais programas governamentais ligados à habitação são em sua maioria atrelados à obtenção de crédito para aquisição da moradia.

O Sistema Financeiro de Habitação (SFH), criado através da Lei 4.380/64, recepcionada por nossa Carta Magna, representou marco histórico no tocante ao crédito imobiliário, na medida em que o seu objetivo precípuo consistia no acesso à moradia aos menos favorecidos, através de financiamento com parâmetros específicos à aquisição de habitação.

Programas mais recentes como o Minha Casa, Minha Vida também possuem o mesmo raciocínio: concessão de crédito, para obtenção de moradia.

Segundo dados extraídos da Caixa Econômica Federal, houve no decorrer dos últimos anos aumento acelerado do número de contratações relacionadas aos programas de crédito imobiliário. O quadro abaixo, obtido do portal <http://www.caixa.gov.br>, da Caixa Econômica federal, demonstra este crescimento:

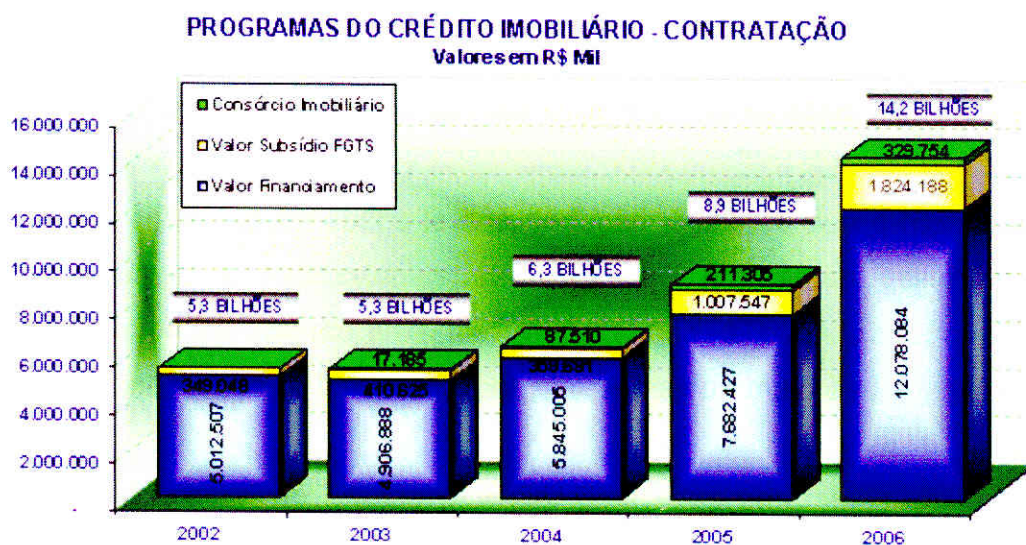


FIGURA 2: PROGRAMAS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO – CONTRATAÇÃO

FONTE: <http://www.caixa.gov.br>

Infere-se da tabela que de 2002 a 2006 mais do que dobrou a quantidade de dinheiro emprestado por meio dos programas de crédito imobiliário, indo dos 5,3 bilhões no ano de 2002 para 14,2 bilhões no ano de 2006. Somando-se os valores

descritos em cada ano, chega-se ao montante de 40 bilhões de reais destinados ao financiamento imobiliário, somente no período entre 2002 e 2006.

Injetaram-se, nesses cinco anos, 40 bilhões de reais no mercado imobiliário. As instituições financeiras emprestaram aos bilhões, com a perspectiva de serem bem remunerados pelo capital emprestado. As construtoras, incorporadoras e corretoras de imóveis foram as agraciadas com os valores que foram destinados nas compras dos imóveis.

Assim, o dinheiro nunca pousou na mão do particular, mas sim foi transferido das instituições bancárias para os principais agentes produtores de imóveis.

As financeiras lucram com os empréstimos firmados; as construtoras lucram com a venda dos imóveis; e a população se endivida por longo prazo.

Ponto importante de análise é o cotejo entre os dados acima apresentado alusivos ao déficit habitacional por renda média familiar e o numerário utilizado nos programas de crédito imobiliário.

Apesar de ter havido aumento vertiginoso do dinheiro emprestado pelas instituições bancárias, em decorrência dos diversos programas governamentais atinentes ao crédito imobiliário, que totalizaram a importância de 40 bilhões de reais entre 2002 e 2006, o déficit habitacional, em 2008, segundo o IBGE, concentra-se na população com menor renda familiar – 89,6% nas famílias com renda de 1 a 3 salários mínimos.

Esse confronto de dados leva à dedução lógica de que o montante utilizado nos financiamentos habitacionais atrelados aos programas governamentais de combate ao déficit de moradia não é destinado à parcela da população que exatamente necessita do programa por apresentar os maiores índices de moradias indignas.

Ou seja, além do Estado propiciar com seus programas de habitação que haja uma deságua de dinheiro, que saem dos Bancos para as Construtoras, lastreados, sobretudo pelo Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), não atinge exatamente a população que vive sob condições subumanas.

Daí mantém-se inalterado o cenário urbano, que permanece com a proliferação e manutenção das favelas e demais aglomerados subnormais. A III Conferência das Cidades: “Moradia digna para todos” apresentou em seus relatórios a mesma conclusão:

No período 1995-2001, o FGTS aplicou R\$ 15,2 bilhões em financiamentos habitacionais. Do total de recursos, R\$ 7,5 bilhões foram aplicados no Programa Carta de Crédito Individual, financiando cerca de 423 mil habitações. No programa Carta de Crédito associativo foram aplicados R\$ 3,5 bilhões, financiando aproximadamente 166 mil habitações. No Programa Material de Construção foram aplicados R\$ 2,3 bilhões, beneficiando perto de 420 mil famílias. No Programa de Arrendamento Residencial foram empregados pouco mais de 960 milhões, beneficiando 49 mil famílias. No Programa Pró-Moradia foram empregados cerca de R\$ 870 milhões, beneficiando apenas 1.339 famílias.

Essas aplicações, no entanto, não enfrentaram o déficit habitacional, pois as regras existentes praticamente tornam inviáveis quaisquer financiamentos à população em que mais se concentra o déficit. No ano de 2001, até novembro, as contratações com recursos de FGTS voltadas a família com renda de até 1 salário mínimo apenas 0,05% do orçamento do Fundo; as contratações voltadas a famílias com renda entre 1 e 2 salários mínimos, 0,88% e as contratações voltadas a famílias com renda entre 2 e 3 salários mínimos, 3,02%. Cabe observar que a faixa de renda até 3 salários mínimos concentra mais de 65% do chamado déficit quantitativo (CONFERÊNCIA DAS CIDADES, 2011).

Não se está afirmando aqui que os valores usados nas contratações de crédito imobiliário não serviram para que diversas famílias obtivessem sua moradia, mas sim que essas famílias não faziam e não fazem parte da faixa da população que mais necessita de programas subvencionais do governo, de modo a conquistar moradia com condições mínimas de habitabilidade.

Ademais, a obtenção de crédito, através dos programas de incentivo de crédito desenvolvidas pelo Estado, por todas as classes sociais, inclusive às que já possuem moradias luxuosas, apenas proporciona a especulação imobiliária, de modo que o valor que deveria ser destinado às famílias com problemas de moradia indigna, serve apenas como meio para se auferir lucro mediante a compra e venda de imóveis entre particulares.

O mercado imobiliário agradece. No entanto, o problema habitacional não é combatido. A realidade nua e crua é que os programas não atingem o fim a que se propõem e os mais beneficiados continuam sendo os mais afortunados, não havendo contribuição eficaz no tangente à luta contra a desigualdade social e promoção de moradia digna para todos.

Engrandecendo o tema sob análise, dado de grande relevo refere-se ao quantitativo de domicílios vagos em condições de serem ocupados. Segundo dados do IBGE, conforme tabela que segue, existe um total de 7.202.038 (sete milhões, duzentos e dois mil e trinta e oito) moradia dignas construídas ou em construções, sem que haja qualquer cidadão as habitando.

Tabela 3 – Domicílios Vagos em Condições de Serem Ocupados ou em Construção/ Reforma de Percentual em relação aos Domicílios Particulares Permanentes, por Situação de Domicílio, segundo Regiões Geográficas, Unidades da Federação e Regiões Metropolitanas (RMs) – Brasil – 2008

DOMICÍLIOS VAGOS EM CONDIÇÕES DE SEREM OCUPADOS OU EM CONSTRUÇÃO/REFORMA (1) E PERCENTUAL EM RELAÇÃO AOS DOMICÍLIOS PARTICULARES PERMANENTES, POR SITUAÇÃO DE DOMICÍLIO, SEGUNDO REGIÕES GEOGRÁFICAS, UNIDADES DA FEDERAÇÃO E REGIÕES METROPOLITANAS (RMs) - BRASIL - 2008

ESPECIFICAÇÃO	DOMICÍLIOS VAGOS			PERCENTUAL EM RELAÇÃO AO TOTAL DOS DOMICÍLIOS PARTICULARES PERMANENTES		
	Total	Urbano	Rural	Total	Urbano	Rural
Norte	506.158	356.410	149.748	12,6	11,3	17,4
Rondônia	70.041	47.733	22.308	15,5	13,8	21,3
Acre	19.740	13.688	6.052	10,6	9,0	17,5
Amazonas	88.248	55.035	33.213	11,4	8,5	25,9
Roraima	14.968	9.695	5.273	12,8	10,1	25,9
Pará	254.247	182.380	71.867	13,1	12,4	15,2
<i>RM Belém</i>	<i>56.805</i>	<i>55.606</i>	<i>1.199</i>	<i>10,1</i>	<i>10,2</i>	<i>8,0</i>
Amapá	21.245	20.875	370	12,9	12,9	11,2
Tocantins	37.669	27.004	10.665	10,0	9,6	11,2
Nordeste	2.091.877	1.242.191	849.686	14,0	11,1	22,3
Maranhão	146.673	95.731	50.942	9,1	8,2	11,3
Piauí	118.548	51.041	67.507	13,5	9,2	21,1
Ceará	328.405	204.007	124.398	13,8	11,0	24,3
<i>RM Fortaleza</i>	<i>97.656</i>	<i>91.551</i>	<i>6.105</i>	<i>9,8</i>	<i>9,4</i>	<i>22,7</i>
Rio Grande do Norte	102.779	57.994	44.785	11,6	8,5	21,7
Paraíba	131.622	66.804	64.818	12,1	7,7	29,9
Pernambuco	326.080	205.003	121.077	13,1	10,3	24,3
<i>RM Recife</i>	<i>105.245</i>	<i>102.744</i>	<i>2.501</i>	<i>9,4</i>	<i>9,4</i>	<i>10,5</i>
Alagoas	140.725	90.264	50.461	15,9	14,5	19,4
Sergipe	70.761	47.392	23.369	12,5	10,0	25,0
Bahia	726.284	423.955	302.329	17,2	14,2	24,2
<i>RM Salvador</i>	<i>144.370</i>	<i>140.890</i>	<i>3.480</i>	<i>12,6</i>	<i>12,5</i>	<i>17,5</i>
Sudeste	3.078.854	2.527.983	550.871	12,2	10,7	32,3
Minas Gerais	863.283	585.877	277.406	14,1	11,1	33,2
<i>RM Belo Horizonte</i>	<i>170.669</i>	<i>168.206</i>	<i>2.463</i>	<i>10,8</i>	<i>10,8</i>	<i>14,6</i>
Espírito Santo	145.886	99.165	46.721	13,8	11,4	25,7
Rio de Janeiro	731.849	673.189	58.660	13,9	13,2	39,1
<i>RM Rio de Janeiro</i>	<i>474.076</i>	<i>463.259</i>	<i>10.817</i>	<i>12,2</i>	<i>12,0</i>	<i>37,8</i>
São Paulo	1.337.836	1.169.752	168.084	10,4	9,5	31,2
<i>RM São Paulo</i>	<i>640.626</i>	<i>624.833</i>	<i>15.793</i>	<i>10,3</i>	<i>10,5</i>	<i>6,5</i>
Sul	973.231	698.045	275.186	10,8	9,3	18,8
Paraná	398.654	265.831	132.823	11,8	9,2	27,4
<i>RM Curitiba</i>	<i>76.311</i>	<i>60.882</i>	<i>15.429</i>	<i>7,4</i>	<i>6,4</i>	<i>17,6</i>
Santa Catarina	187.910	140.767	47.143	9,6	8,6	14,7
Rio Grande do Sul	386.667	291.447	95.220	10,6	9,7	14,5
<i>RM Porto Alegre</i>	<i>136.576</i>	<i>126.316</i>	<i>10.260</i>	<i>9,9</i>	<i>9,7</i>	<i>13,0</i>
Centro-Oeste	551.918	410.011	141.907	13,0	11,0	26,8
Mato Grosso do Sul	98.381	71.607	26.774	13,6	11,4	27,1
Mato Grosso	143.273	93.841	49.432	15,5	12,8	26,0
Goiás	278.557	214.655	63.902	15,0	13,0	30,8
Distrito Federal	31.707	29.908	1.799	4,3	4,2	5,3
Brasil	7.202.038	5.234.640	1.967.398	12,5	10,6	23,5
<i>Total das RMs</i>	<i>1.902.334</i>	<i>1.834.287</i>	<i>68.047</i>	<i>11,7</i>	<i>11,6</i>	<i>13,0</i>
Demais áreas	5.299.704	3.400.353	1.899.351	12,9	10,2	24,2

Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), 2008.

Elaboração: Centro de Estatística e Informações / Fundação João Pinheiro

Nota: (1) Não inclui os domicílios em ruínas e os de uso ocasional

No item 1.1, alusivo ao déficit habitacional, informou-se o quantitativo pelo IBGE de 5.546.310 (cinco milhões quinhentos e quarenta e seis mil e trezentos e dez) unidades habitacionais referente ao hiato da moradia. Ou seja, o índice de

domicílios vagos superam em mais de um milhão o número deficitário atinente às moradias sem o mínimo básico de condições dignas de habitabilidade.

Se realizado o confronto entre os domicílios desocupados e as habitações necessárias para o combate ao déficit da moradia, chegar-se-ia à conclusão de que existe local digno para toda a população nacional. Sob a visão apenas deste cotejo, haveria motivos suficientes para comemorar, posto que o problema não estaria relacionado à ausência da moradia. Outro, no entanto, seria o enfoque: a forma como os domicílios estão distribuídos.

O paradoxo entre o nível de deficiência de moradia e a quantidade de domicílios desocupados desvela uma desigualdade latente no que toca ao problema habitacional.

Se mais de sete milhões de domicílios estão vazios, significa que existe uma multiplicidade de moradia sob a propriedade de quem já as possui. Os imóveis passam a fazer parte do acervo patrimonial e são objetos de investimentos, a fim de proporcionar ganhos financeiros através da especulação imobiliária.

Alavancado pela alta dos preços e pelos programas de crédito, o mercado imobiliário alcança níveis jamais vistos, sendo produto de aplicações das classes economicamente desenvolvidas. A moradia é transformada em mercadoria, gerando lucratividade às construtoras, às instituições bancárias e às classes sociais com maior poder aquisitivo.

Em detrimento disto, o problema da habitação permanece dente os mais eminentes nos diversos centros urbanos, que sofrem com o aumento de sua população, e dos aglomerados subnormais.

2 ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DIREITO À MORADIA: ANÁLISE QUANTO SEU CARÁTER HUMANO

O capítulo anterior possuiu como objetivo precípua aferir e demonstrar o problema da moradia no cenário hodierno nacional, através de dados concretos retirados dos trabalhos engendrados pelos institutos de pesquisas. Não houve a preocupação quanto ao direito à moradia, mas sim ao tema da moradia, enquanto fato social.

Neste capítulo, já alicerçado sobre a dimensão do problema habitacional que rodeia nossa sociedade, será estudado o direito à moradia enquanto direito social humano e fundamental.

Serão abordadas as bases teóricas que contemplam a moradia como um dos direitos consagrados como direito humano universal. Quais os fundamentos de base jurídica e axiológica que elevam a moradia a esta condição?

Para tanto, analisar-se-ão, inicialmente, os fundamentos para uma teoria dos direitos humanos e fundamentais. Somente depois de firmados os elementos constitutivos dos direitos humanos, é que se passará à verificação da moradia em face desta concepção humanista.

2.1 Os direitos humanos como suporte jurídico das normas

Quando se procura o fundamento de uma norma, perseguem-se as justificativas que a tornam aceita na sociedade. Essa aceitabilidade pode ser enfrentada sob vários vieses. Fala-se em justiça da norma, como também sobre validade da norma ou sobre a eficácia da norma.

Aspectos axiomáticos, levando-se em conta o valor produzido pela norma, em face, sobretudo, de preceitos éticos e morais, ou a observância ao caráter sistêmico da norma, dentro de um arcabouço jurídico com hierarquia e subordinação previamente estabelecidas são parâmetros que impulsionam o exame do fundamento da norma.

A pergunta de fundo, neste momento, refere-se ao que fundamenta o direito humano. Por que o direito humano deve ser aceito na sociedade?

Sem que se queira encontrar um fundamento absoluto para o direito, pois nos dizeres do próprio Bobbio “essa ilusão já não é mais possível hoje” (BOBBIO, 2004,

p. 17), revela-se importante, no entanto, e, no mínimo, que sejam desvelados os principais fundamentos para uma teoria dos direitos humanos.

O jusnaturalismo e juspositivismo sempre realizaram um confronto árduo em busca de uma melhor explicação acerca do fundamento da norma jurídica.

Numa apertada síntese, os jusnaturalistas defendem a existência de um direito natural acima da lei escrita, de validade inquestionável, e, portanto, de observância obrigatória. Se a norma não se afigura em consonância com a natureza das coisas, outra não é a conclusão, senão de que se trata de uma norma injusta e, por conseguinte, inválida.

Bobbio afirma: “Poderíamos definir a corrente do direito natural como aquela corrente de pensamento jurídico segundo a qual a lei, para ser lei, deve ser conforme a justiça. Uma lei não conforme à justiça non est lex sad corruptio legis” (BOBBIO, 2010, p. 47).

Para Bobbio o direito natural teria predileção pelo exame da justiça como modo para sustentar a validade da norma. Norma válida seria norma justa e assente com a natureza das coisas.

Fazendo referência à Gustav Radbruch, Nobberto Bobbio informa que o citado jurista formula o seguinte ensinamento acerca dessa doutrina:

Quando uma lei nega conscientemente a vontade da justiça, por exemplo, concede arbitrariamente ou recusa os direitos do homem, falta nela a validade [...] também os juristas devem encontrar a coragem de lhe recusar o caráter jurídico (RADBRUCH, 1950 *apud* BOBBIO, 2010, p. 47).

A Idade Moderna apresenta como uma das suas características a repulsa à herança teocêntrica da Idade Média. A ideia do homem no centro do universo (antropocentrismo) e o racionalismo dominam o pensamento dos filósofos modernos. Montesquieu, filósofo moderno, ensina:

Antes de todas estas leis, estão as leis da natureza, assim chamadas porque derivam unicamente da constituição de nosso ser. Para bem conhecê-las, deve-se considerar um homem antes do estabelecimento das sociedades. As leis da natureza serão aquelas que receberia em tal estado. (MONTESQUIEU, 2005, p. 13-14).

O filósofo francês sustenta a existência de um direito além daquele positivado. Nada obstante, sua fonte de inspiração está dissociada do atributo divino. Apresenta, assim, como supedâneo o próprio ser humano.

A origem do direito natural, segundo o filósofo moderno, é o homem. Ainda que inexistisse algum Deus ou alguma sociedade, ainda assim haveria direitos que

se constituiriam, apenas e tão somente, em decorrência da própria existência humana e de sua razão.

Esse deslocamento de foco ocorrido na Idade Moderna retira a feição objetiva, anteriormente emprestada ao Direito Natural, com supedâneo na natureza (teoria clássica) ou em um elemento divino (Idade Média), entregando-se a um caráter subjetivo, cujo suporte corresponderá à razão humana.

Costa Douzinas, citando o célebre jurista espanhol Grócio, ensina:

Porém, ao apelar à lei para corresponder à natureza racional do homem, ele finalmente abandonou as tradições clássica e cristã do Direito Natural. A natureza, percebida exclusivamente como um universo físico, acabou radicalmente separada da humanidade; ela foi esvaziada dos fins e propósitos dos clássicos ou da lama animista dos medievais e ficou sem valor ou espírito de significado, uma força ameaçadora e hostil. O direito, não mais objetivamente dado da natureza ou no mandamento do desígnio de Deus, segue a razão humana e se torna subjetivo e racional. O lícito por natureza transforma-se em direitos individuais (DOUZINAS, 2009, p. 77).

O elemento objetivo – natureza clássica ou a divindade medieval – conduz o olhar para tais pedras fundamentais. Já existe, por mais metafísicos que sejam tais elementos, um arcabouço axiomático nele contido, seja ligada à ética aristotélica, seja ligada à moral cristã.

A Modernidade, ao dar predileção ao indivíduo e ao racionalismo, enquanto modo de se atingir à verdade, caminhará para uma positivação do Direito Natural. Os direitos subjetivos do indivíduo irão emergir através da produção legislativa, que, de forma soberana, ditará quais os direitos a serem seguidos. Não é mais a natureza, nem a divindade, que serão o objeto da observação, mas o direito posto racionalmente pelo legislador. Douzinas acrescenta:

Conforme Hobbes havia previsto de forma precisa, a consequência política mais importante da positivação dos direitos naturais foi o surgimento do Leviatã legislativo.

[...]

As origens de todo o Direito Moderno, que, por definição, é direito posto, podem ser traçadas neste espelhamento: o positivismo, a alegação de que a lei válida é criada exclusivamente por atos de vontade do Estado, é a essência inescapável da modernidade jurídica, a imagem-espelho da alegação de que o indivíduo legisla os fins e os objetivos de sua ação e organiza seu plano de vida por meio de atos de escolha soberanos (DOUZINAS, 2009, p. 122).

O positivismo jurídico, em contraponto ao jusnaturalismo, encontra o suporte de validade da norma dentro do próprio sistema jurídico. Os ideais iluministas estão presentes na teoria juspositivista, tendo Thomas Hobbes como seu precursor.

A modernidade possui dentre suas características o racionalismo. Afastar-se dos fundamentos metafísicos, cuja demonstração não pudesse ser objetivada de maneira científica, é um dos pilares da modernidade. Apenas aquilo que é cientificamente comprovado é que tem significância. A certeza absoluta, através de métodos racionais, dá lugar ao verossímil.

Não que se esteja dizendo aqui que a certeza é de fato alcançada, mas sim que, somente o que é dotado de comprovação, mediante o uso de métodos passíveis de demonstração, que segue a uma mesma conclusão, é que é tido como verdadeiro.

Os métodos matemáticos são, portanto, sobrelevados durante o decorrer da Idade Moderna.

Com o Direito não foi diferente. Para o juspositivistas, o direito não poderia ter como fundamento fatores transcendentais, cuja comprovação não pudesse ser demonstrável através de modelos matemáticos. Faltava-se a cientificidade tão desejada pelos racionalistas.

A teoria pura do direito, de Hans Kelsen, sintetiza o pensamento juspositivista. As respostas jurídicas devem ser dadas a partir de demonstrações endógenas, dentro do próprio sistema de normas. Separa-se o que é jurídico, do que é moral. Kelsen ressalta:

O objetivo da Teoria pura do Direito é livrar, desligar totalmente o conceito de norma jurídica do conceito de norma moral da qual se origina, e assegurar a legalidade do direito também perante a lei moral (KELSEN, 2011, p. 85).

O suporte de validade da norma recai sobre o direito positivado, escalonando-se as normas de forma hierárquica, de modo que a superior representa o fundamento da inferior, até se chegar à norma fundamental, como suporte maior de validade do ordenamento jurídico. Kelsen, através da ideia de norma fundamental, alicerça sua Teoria Pura do Direito, e baliza o sistema jurídico positivado:

A Teoria Pura do Direito opera com essa norma jurídica fundamental como se fora uma situação hipotética. Sob a suposição de que ela vale, vale também o ordenamento jurídico sob o qual repousa. Confere ao ato do primeiro legislador e, por isso, a todos os demais atos que repousam no ordenamento jurídico, o sentido de 'dever ser', aquele sentido específico em que a condição jurídica está ligada à consequência jurídica, na proposição jurídica; e a proposição jurídica é a forma típica em que o material jurídico positivo inteiro deve apresentar-se (KELSEN, 2011, p. 125).

A teoria juspositivista vai expandir-se durante toda a Idade Moderna. E, apesar de possuir temperamentos, permitirá ao Estado Moderno (sobretudo ocidental) conceber toda uma produção legislativa, cujo suporte de validade não estará atrelado a concepções abstratas. Nem a natureza, nem Deus serão fundamento para as regras postas.

O desejo da Modernidade em romper com a cultura medieval desembocará em um dos pilares da modernidade – o racionalismo. A vontade de cientificar tudo, inclusive o direito, dará ao Estado um suporte de validade da norma por ele editada. A vontade de demonstrar algo mediante a adoção de métodos dedutíveis proporcionará ao Estado a criação de um sistema jurídico positivo, cuja importância é a validade da norma. Bobbio ensina:

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Se para um jusnaturalista clássico tem – mas seria melhor dizer, deveria ter – valor de comando somente o que é justo, para a doutrina oposta só é justo o que é comando, e pelo fato de ser comando. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma só é justa enquanto válida (BOBBIO, 2010, p. 50-51).

A doutrina hobbesiana, vinculada à teoria contratualista, ainda que sob a influência do jusnaturalismo, procurará explicar a mutação do indivíduo em face da passagem do estado da natureza para o estado civil. Segundo a teoria, o homem, ao decidir agrupar-se em uma sociedade, entrega seus direitos naturais ao soberano, a quem compete ditar as regras deste grupo e decidir o que é ou não justo.

Para o positivismo jurídico, aquilo que se encontra convencionalizado, através de um procedimento formalmente válido, é que possuirá o condão de determinar os caminhos a serem seguidos pelos indivíduos, consubstanciando-se numa concepção convencional da moral. Acerca da teoria contratualista de Tomas Hobbes, Norberto Bobbio ensina:

No estado de natureza, como cada um se abandona aos próprios instintos, e como não existem leis que atribuam a cada um o que é seu, cada um tem direito a todas as coisas (*ius in omnia*), mas a guerra de todos contra todos. O estado de natureza é aquele estado sobre o qual a única coisa que se pode dizer é que é intolerável e que é preciso sair dele.

[...]

Na passagem do estado da natureza para o estado civil, os indivíduos, transmitindo todos os seus direitos naturais ao soberano, transmitem-lhe também o direito de decidir o que é justo ou injusto; e, portanto, a partir do momento em que o estado civil é constituído, não existe outro critério do justo ou do injusto a não ser a vontade do soberano. Essa doutrina hobbesiana está ligada à concepção da mera convencionalidade dos valores morais e, portanto, também da justiça, segundo a qual não existe um justo por natureza, mas apenas um justo por convenção (e também por

esse aspecto a doutrina hobbesiana é a antítese da doutrina jusnaturalista). (BOBBIO, 2010, p. 52).

O fundamento maior do direito não mais se encontra inserido na natureza ou em uma entidade divina, mas atrelado à razão humana, que através de uma convenção decide viver em sociedade e seguir as regras impostas pelo poder soberano.

O afastamento de um conteúdo axiomático representará, no entanto, um preço muito caro ao positivismo jurídico.

A partir do momento que o justo é a norma válida, e a norma válida corresponde ao que é ditado pelo legislador soberanamente constituído, em conformidade com regras sistêmicas, sem que exista um vetor axiológico pré-constituído, condicionante do direito posto, o direito poderá ditar regras válidas no tocante ao caráter formal, mesmo que sejam justificadoras de um holocausto.

Essa fragilidade do positivismo jurídico, tão sentida em decorrência das grandes Guerras Mundiais, é que fará emergir uma nova concepção e fundamentação do direito ligado aos direitos humanos, até então insípida naquelas oportunidades, como bem salientado por Hannah Arendt ao informar que os direitos humanos “havia sido invocados de modo bastante negligente, para defender certos indivíduos contra o poder crescente do Estado e para atenuar a insegurança social (causada pela Revolução Industrial)” (ARENDR, 1989, p. 326).

Compactuando do mesmo pensamento, Alan Dershowitz, pontua:

A experiência demonstra que a lei natural como outras ficções legais pode ser, e tem sido, usada para justificar muitos males. Em teoria, ela também pode ser usada para neutralizar os males, mas as experiências do século XX levantam sérias preocupações sobre a utilidade real da lei natural, especialmente em tempos de crise. Essa história do século inclui alguns dos piores abusos dos direitos humanos já cometidos pelos governos, incluindo o Holocausto, a inanição deliberada dos ucranianos, os massacres dos cambojanos, o genocídio contra os armênios, e outros. Esses eventos cataclísmicos desafiou teorias convencionais da religião, direito e moral, especialmente aqueles com base em divino ou lei da natureza, mas também aqueles com base na lei positiva. Como poderia um interveniente, onisciente, onipotente e bom Deus ter permitido o Holocausto? É da natureza dos seres humanos ficarem silentes quando uns milhões de civis inocentes, incluindo crianças, são assassinados? Por que a Igreja Católica, que afirma que o manto da lei natural, fez tão pouco para evitar o genocídio? Como pode tantos grandes pensadores – de Heidegger a Heisenberg – terem admitido a moralidade do nazismo? (DERSHOWITZ, 2004, p. 72-73, tradução nossa)².

² Original: Experience demonstrates that the natural law like other legal fictions, can be, and has been, used to justify many evils. In theory it can also be used to counteract evils, but the experiences of the twentieth century raise serious concerns about the actual utility of natural law, especially during times

O holocausto e as atrocidades cometidas pela Alemanha de Hitler irão colocar em cheque o positivismo jurídico. Na medida em que as regras postas não possuíam um suporte de validade axiomático, e, portanto, não estavam a ela subordinada como fonte de inspiração, todos os crimes que foram cometidos durante a Segunda Grande Guerra ocorreram sob os auspícios da lei, cuja validade e conseqüente justiça cingia-se ao caráter formal da norma.

Se o justo não é o que emerge da natureza das coisas, nem tampouco de Deus, restou evidenciado, com o genocídio aos Judeus, que o justo também não correspondia ao que era ditado pela lei positivamente válida, ou sob outro prisma, apenas da razão humana do legislador.

Com o término da Segunda Grande Guerra, o Mundo passou a ficar dividido em dois grandes blocos: os dos Países capitalistas e os dos Países socialistas, marcando-se o início do que fora denominado de “Guerra Fria”.

Nesse período a Declaração Universal dos Direitos dos Homens representará uma nova concepção atinente ao fundamento das normas jurídicas e de um novo direcionamento dos Direitos Humanos contemporâneo.

Costas Douzinas preceitua que:

O caminho entre o desaparecimento dos direitos naturais no século XIX e início do século XX e os recentes pronunciamentos do triunfo final dos direitos humanos passa por duas guerras mundiais, um imenso número de conflitos locais e inumeráveis atrocidades e desastres humanitários. E é iluminado pelas chamas do Holocausto (DOUZINAS, 2009, p. 126).

A reunião de diversos países do globo terrestre em prol de aceitar um complexo de regras, cuja pretensão é o de atingir todos os países, através de um convencionamento entre eles, representa um desafio que somente o tempo e história se encarregarão de mostrar.

of crisis. That century's history includes some of the worst abuses of human rights ever committed by governments, including the Holocaust, the deliberate starvation of Ukrainians, the massacres by and of Cambodians, the genocide against Armenians, and others. These cataclysmic events challenged conventional theories of religion, law, and morality, especially those based on divine or nature law, but also those based on positive law. How could an intervening, omniscient, omnipotent, and good God have permitted the Holocaust? Is it in the nature of human beings to stand silently by a millions of innocent civilians, including children, are murdered? Why did the Catholic Church, which claims the mantle of natural law, do so little to prevent genocide? How could so many great thinkers – from Heidegger to Heisenberg – have accepted the morality of Nazism?

Os Direitos Humanos não se confundem com o Direito Natural que encontra o seu suporte de validade na natureza ou na divindade, nem possui a pretensão de corresponder a um direito posto e impositivo.

Os Direitos Humanos possuem um conteúdo axiomático atrelado à dignidade da pessoa humana, como condição para se adquirir uma vida adequada em sociedade. João Batista Herkenhoff ensina:

A luta por direitos históricos e a luta por direitos que assumiram peso político, na atualidade, não se excluem. Pelo contrário, são lutas que se acrescentam e que se enriquecem reciprocamente.

Quando se quer que a tortura acabe, luta-se pela dignidade humana.

Quando se pede que os deficientes sejam ouvidos, luta-se pela dignidade humana.

Quando se deseja que o homossexual seja respeitado, luta-se pela dignidade humana.

Quando se pleiteia pelos Direitos dos Povos, luta-se pela dignidade humana. Quando se grita para que vigorem princípios de Justiça, no plano das relações internacionais, de modo que sejam superadas as estruturas escravizadoras dos povos pobres da Terra, luta-se pela dignidade humana.

A luta pela dignidade humana é uma luta única e solidária. Apenas assume aspectos particulares em face de situações específicas. (HERKENHOFF, 1997, p.17-18).

Outrossim, os Direitos Humanos possuem uma faceta positivista universal, na medida em que não deixa de expedir regras positivadas. No entanto, os Países, através da aceitação dos Tratados internacionais e demais institutos jurídicos vinculados à Organização das Nações Unidas (ONU) irão convencionar tais normas e, portanto, acatá-las dentro do seio do ordenamento jurídico pátrio.

Sobre o desenvolvimento natural dos Direitos Humanos, Bobbio explica:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais (BOBBIO, 2004, p. 30).

Costas Douzinas, apesar de suas críticas aos Direitos Humanos, procede análise acurada sobre o tema, demonstrando a transformação que hodiernamente ocorre no tangente à base teórica do direito:

Nessa metamorfose mais recente do naturalismo, a humanidade, ou civilização, foi substituída pela natureza humana, os franceses da *Déclaration* foram ampliados até abranger toda a humanidade, instituições internacionais e elaboradores de leis substituíram o legislador divino ou o

contrato social, e convenções e tratados internacionais tornaram-se a Constituição acima das constituições e o Direito por trás das leis. Um processo sem fim de elaboração de leis internacionais e humanitárias foi desencadeado, com o objetivo de proteger as pessoas de suposta afirmações de sua soberania. Parafraseando Nietzsche, se Deus, a fonte da lei natural, está morto, ele foi substituído pelo Direito Internacional.

A condição mais elevada dos direitos humanos é vista como o resultado da sua universalização jurídica, do triunfo da universalidade da humanidade. A lei dirige-se a todos os Estados e a todas as pessoas humanas *qua* humanas e declara suas prerrogativas de fazerem parte do patrimônio da humanidade, que substitui a natureza humana como a base teórica dos direitos (DOUZINAS, 2009, p. 128).

O grande triunfo dessa transformação da base teórica do direito é a factibilidade que dela se deflui. Não obstante o tom irônico sentido nos dizeres de Douzinas, vemos em Bobbio um defensor obstinado em relação aos Direitos Humanos.

O pensamento de Bobbio é conduzido em um caminho mais pragmático acerca dos acontecimentos. Para ele, o consenso geral vem em substituição a um fundamento metafísico, reduzido a um dado da natureza ou um entidade divina, ou de um fundamento formal, reduzido numa sistematização endógena do direito.

Revela-se, pois, um aspecto historicista do direito, vinculado no consenso presente acerca da aceitabilidade da norma, em dado tempo e espaço. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos emerge-se um conteúdo axiomático universal e internacionalmente acolhido, mediante o consenso entre inúmeras nações.

Pérez Luño conceitua os direitos humanos também arrimados ao caráter histórico. Para o jurista, são os direitos humanos:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (PEREZ LUÑO, 1979, p. 43).

Sobre a teoria do *consensus omnium gentium*, mister a leitura e ensinamento do mestre Bobbio:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*.

[...]

O terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível

ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova da história até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. Os velhos jusnaturalistas desconfiavam – e não estavam inteiramente errados – do consenso geral como fundamento do direito, já que esse consenso era difícil de comprovar. Seria necessário buscar sua expressão documental através da inquieta e obscura história das nações, como tentaria fazê-lo Giambattista Vico. Mas agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estado, mas de indivíduos livres e iguais (BOBBIO, 2004, p. 26-27).

Independentemente de como sejam entendidas as normas que são elaboradas pelas organizações internacionais, se boas ou ruins, justas ou injustas, ocidentais ou não, emerge-se, no entanto, um fator consensual acerca das bases teóricas do direito. Cançado Trindade acrescenta:

A experiência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos tem revelado, em diferentes momentos históricos, o consenso quanto à universalidade dos direitos humanos, mais além das diferenças quanto à concepção doutrinárias e ideológicas e particularidades culturais. Foi, assim, possível, alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós-guerra; foi igualmente possível, em plena guerra fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos em votação à qual concorreram países tanto ocidentais quanto socialistas, com regimes socioeconômicos antagônicos, sem falar no chamado Terceiro Mundo. Em meio a tantos antagonismos da época, foi possível afirmar a indivisibilidade de todos os direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 18-19).

Se antes os Estados possuíam apenas suas normas internas, criadas sob os auspícios da moral ou da lei, esses prismas passaram a não ser mais absolutos. As Nações não obtiveram o fim pretendido pelo Direito – a paz social. Aliás, muito pelo contrário. Duas Grandes Guerras advieram, e, a luz acesa após as perversidades cometidas no tocante a uma nova base teórica do direito iniciou-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo consenso representa a mola propulsora para que as normas sejam universalmente válidas.

2.2 Pacto Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (DHESC)

Após a Segunda Grande Guerra, dois blocos econômicos de poder firmaram-se sobre o globo terrestre. De um lado, liderados pela União Soviética, o bloco socialista. Do outro, liderados pelos Estados Unidos, o bloco liberal/capitalista.

Os ideais liberais propugnavam a liberdade como o bem maior a ser defendido. Tratava-se, pois, de uma concepção voltada, sobretudo, contra a intervenção do Estado. O individualismo estava presente, de modo que caberia a estes a realização de seus anseios sem a necessidade de uma produção estatal específica que os beneficiasse. Havia, por conseguinte, uma proteção do liberalismo em relação aos direitos civis e políticos, como expoentes maiores da garantia à liberdade.

Os ideias socialistas possuíam como bandeira a igualdade. Os países do bloco socialista, ou que, ao menos, se diziam socialistas, pretendiam a instalação do comunismo. Existia, pois, o anseio pelos direitos sociais, de maneira que não houvesse a divisão entre classes sociais, nem a exploração do proletariado. Os direitos sociais, sobretudo os do trabalho, eram os mais protegidos pelas concepções teóricas socialistas.

Em meio a esta divisão de pensamento, os direitos consagrados com a Declaração Universal de Direitos Humanos, como salientado pelo professor Jaime Benvenuto:

[...] unge à condição de 'inalienáveis', direitos humanos tanto civis e políticos, como econômicos, sociais e culturais que visam estabelecer um padrão mínimo de sociabilidade e respeito aos cidadãos, por meio de um instrumento internacional civilizatório. Ao estabelecer igual valor aos direitos humanos civis e políticos e aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a Declaração Universal de Direitos Humanos conjuga os valores da liberdade (liberalismo) e da igualdade (socialismo).

A Declaração Universal de Direitos Humanos representa, como vemos, uma síntese da superação da dicotomia entre liberalismo e socialismo em torno da primazia dos direitos humanos, pelo que adota a idéia contemporânea da indivisibilidade dos direitos humanos. Em termos práticos, significa o reconhecimento de que 'sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação (BENVENUTO, 2001, p. 26-27-28).

Alavancados pelos acontecimentos nefastos decorrentes da Segunda Grande Guerra, os países de ambos os blocos de poder aceitaram a produção de um documento internacional em que existissem em seu seio a reunião de direitos com concepções ideológicas ligadas a cada um dos blocos políticos. A Declaração

Universal de Direitos Humanos contemplou, pois, tanto os ideais de liberdade, tão bem defendidos pelos países do bloco capitalista, como também os ideais de igualdade, tão bem defendidos pelo bloco socialista.

Não obstante, a guerra fria instaurada após o advento da Segunda Guerra e o fortalecimento de cada bloco econômico propiciaram que suas ideologias fossem cada vez mais defendidas, sobretudo, de modo a alcançar um número maiores de seguidores e de Estados adeptos à cada concepção ideológica.

A cisão do Mundo em duas esferas de pensamentos, com estruturas políticas e de governos díspares influenciou sobremaneira a produção de outros documentos internacionais, com o objetivo de contemplar os anseios de ambos.

João Batista Herkenhoff assevera que o bloco socialista, em decorrência de uma maior predileção na Declaração Universal de Direitos Humanos pelos ideais de liberdade, passou a vê-la com certa desconfiança, cuja correção desenfreou a edição do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Uma das restrições apresentadas por alguns países socialistas quando da edição da 'Declaração Universal dos Direitos Humanos' foi o caráter individualista do texto.

A reserva procede. O documento não apenas é centrado nos 'direitos individuais', como também silencia quanto ao direito coletivo dos povos.

A ONU procurou corrigir o desvio, em documentos posteriores. Assim, é que, no âmbito desse organismo internacional, dois Pactos da maior importância, posteriores à 'Declaração Universal dos Direitos Humanos', consagraram expressamente os Direitos dos Povos:

a) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

b) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Ambos são de 1966 (HERKENHOFF, 1997, p.83).

A edição de dois Pactos Internacionais com duas esferas distintas de direitos (uma atrelada aos direitos civis e políticos e outra vinculada aos direitos econômicos, sociais e culturais), apesar de não possuir o condão de colocá-los em contraponto, demonstrou que os pensamentos emergentes após a Segunda Guerra Mundial partiam de paradigmas diferentes, cuja proteção representaria objeto de vontade de cada bloco econômico. O Professor Jaime Benvenuto ensina:

Fortaleceu-se, pouco a pouco, a idéia de constituição de um Pacto Internacional de Direitos Humanos destinado a detalhar os direitos, assim como estabelecer mecanismos de exigibilidade em nível internacional. Fato que não logrou sucesso face aos efeitos da guerra fria nos trabalhos de elaboração do instrumento, que, posteriormente, veio a se dividir em dois: O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Longe de demonstrar a fragilidade da idéia de indivisibilidade dos direitos humanos, o estabelecimento de dois pactos distintos para os direitos humanos demonstra o impacto negativo da

divisão do mundo em dois blocos econômicos aferrados a suas ideologias herméticas, e contra os pressupostos da razão (BENVENUTO, 2001, p. 29).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais nasceu, por conseguinte, imerso a essa divisão ideológica. Divisão ideológica esta cujas concepções possuem seus vetores apontados para a liberdade e a igualdade, que se interrelacionam entre si.

Independentemente, no entanto, da corrente política a que estão ligados os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram consagrados pela Organização das Nações Unidas como Direitos Humanos, cuja dignidade da pessoa humana configura o fundamento para a declaração de direitos como tais.

O preâmbulo do Pacto de direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui a seguinte redação:

Preâmbulo

Os Estados Membros no presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

Acordam o seguinte: (ONU, 1966)

Verifica-se, portanto, que o reconhecimento da dignidade da pessoa constitui (inalienável e igual para todos), segundo o documento, o fundamento da liberdade, justiça e da paz o mundo. Há, no documento, um profundo sentimento de união entre os ideais de igualdade e liberdade, consagrando-se no pacto, dentre outros, os seguintes direitos:

- a livre iniciativa ao trabalho, com remuneração justa e com igual valor para trabalhos de iguais;
- a greve;
- a sindicalização;

- a previdência social;
- a alimentação;
- **a moradia;**
- a educação;
- a participação do processo cultural;
- o desfrute do progresso científico.

O catálogo de direitos constantes no pacto, que não são exaustivos, demonstra a preocupação dos Direitos Humanos com os direitos econômicos, sociais e culturais, entendendo que apenas como o gozo de tais direitos é que se atingirá a plenitude dos direitos civis e políticos, e vice-versa. Trata-se, pois, de um sentimento de harmonização entre igualdade e liberdade. O jurista português Jorge Miranda explica:

Tudo está na tensão dialética e na harmonização à procura de liberdade e igualdade.

Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade (MIRANDA, 2011, Vol. I, p. 509).

Constata-se, pois, que os Direitos Humanos, enquanto concepção teórica atrelada a um fundamento histórico do consenso, cujo conteúdo axiológico primeiro é a dignidade da pessoa humana, consagrou, através do Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos e Sociais, os direitos sociais, dentre eles o da moradia, como necessários à construção desta dignidade.

Os Direitos Humanos, alicerçado pelo consenso entre as nações, preceitua ainda que os direitos de liberdade (civis e políticos) estariam numa simbiose com os direitos de igualdade (econômicos, sociais e culturais), de maneira que um não encontraria sua plenitude sem o respeito ao outro, emergindo, por conseguinte, uma indivisibilidade desses direitos, cujo ponto será analisado no tópico a seguir.

2.3 A indivisibilidade dos Direitos Humanos

Para se entender a teoria que defende a indivisibilidade dos Direitos Humanos, importante que haja uma visitação à teoria geracional, de pensamento inverso, que propaga uma divisibilidade desses direitos, dividindo-os em gerações, que se sucedem na medida em que o antecedente era conquistado.

Bobbio afirma:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder ao Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado (BOBBIO, 2004, p. 32).

Para Bobbio, os direitos humanos passaram por um desenvolvimento histórico, possuindo uma estreita ligação com o momento em que a sociedade encontrava-se. Assim, em razão da opressão que se operou durante o período medieval, outro não seria o anseio senão o direito à liberdade, de modo a contrapor-se ao Estado absoluto. Conquistada a liberdade, natural que os membros da sociedade intencionassem participar cada vez mais das decisões a serem tomadas, postulando por um adensamento dos seus direitos políticos. A próxima geração de direitos que se sucederia seria a dos direitos sociais, cujo surgimento representaria um grau de exigência desse cidadão livre e politizado, que exigiria do Estado prestações positivas para seu bem-estar social.

T. H. Marshall, sociólogo britânico, ao analisar o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra, seguiu o mesmo pensamento ideológico acerca da geração dos direitos:

Até o momento, meu objetivo se resumiu em traçar o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra até o fim do século XIX. Com esta finalidade, dividi a cidadania em três elementos: civil, político e social. Tentei demonstrar que os direitos civis surgiram em primeiro lugar e se estabeleceram de modo um tanto semelhante à forma moderna que assumiram antes da entrada em vigor da primeira Lei de Reforma, em 1832. Os direitos políticos se seguiram aos civis, e a ampliação deles foi uma das principais características do século XIX, embora o princípio da cidadania política universal não tenha sido reconhecido senão em 1918. Os direitos sociais, por outro lado, quase que desapareceram no século XVIII e princípio do XIX. O ressurgimento destes começou com o desenvolvimento da educação primária pública, mas não foi senão no século XX que eles atingiram um

plano de igualdade com os outros dois elementos da cidadania. (MARSHALL, 2002, 23).

Sobre a teoria das gerações do direito, Elísio Augusto Velloso Bastos pontifica:

Foi Karel Vasak, em 1977, quem elaborou a teoria da tríplice geração dos direitos humanos, fazendo alusão ao lema que ficou notabilizado com a Revolução Francesa: *liberte, égalité e fraternité*.

Os Direitos de Primeira Geração (civis e políticos) serviram para tutelar a liberdade, sendo, consoante o próprio Vask, direitos negativos, isto é, direitos de opor-se ao Estado, no sentido de que para serem efetivados bastaria o Estado não fazer nada para interferir na liberdade individual.

Os Direitos de Segunda Geração (sociais, culturais e econômicos), que exigiam, para sua efetivação, uma prestação positiva do Estado, serviriam para tutelar a igualdade e os de Terceira, para tutelar a solidariedade.

A doutrina, então, passou a reproduzir a teoria sem realizar, todavia, uma melhor reflexão (VASAK, 1977 *apud* BASTOS, 2011, Vol. I, p. 257-258).

Como assinalado, a doutrina passou a difundir a teoria geracional do direito de maneira bastante eloquente. Os efeitos didáticos de tal concepção são evidentes, no entanto, enraíza-se uma concepção de que os primeiros direitos seriam aqueles ligados à liberdade, havendo uma predileção destes em detrimento aos demais. Os direitos econômicos, sociais e culturais estariam subjacentes aos civis e políticos.

A concepção geracional, nada obstante presente uma razão histórica, ocasiona um pensamento dicotômico entre os direitos ditos de liberdade (de primeira geração) e os de igualdade (de segunda geração ou de terceira geração). Bobbio, chamando de “liberdade” os direitos garantidos sem a intervenção estatal e de “poderes” os que necessitam de uma intervenção do Estado, realiza a seguinte análise:

Quando digo que os direitos do homem constituem uma categoria heterogênea, refiro-me ao fato de que – desde quando passaram a ser considerados como direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais – a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concebida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros. Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres

Esclareço dizendo que chamo de ‘liberdades’ os direitos que são garantidos quando o Estado não intervém; e de ‘poderes’ os direitos que exigem uma intervenção do Estado para sua efetivação. Pois bem: liberdades e poderes, com frequência, não são – como se crê – complementares, mas incompatíveis (BOBBIO, 2004, p. 42).

Destaca-se em Bobbio, na passagem acima, uma visão pós-moderna da sociedade hodierna, apresentando um viés pessimista acerca da compatibilidade entre os direitos econômicos, sociais e culturais com os de civis e políticos.

Essa dissociação e falta de completude dos direitos, entretanto, não se coaduna aos ideais dos Direitos Humanos, nem tampouco é aceito por toda doutrina.

As críticas à teoria geracional recaem, sobretudo, na percepção cronológica dada ao direito. O direito não seria sucedido com o passar do tempo, suplantando o antecedente. Para diversos filósofos, os direitos não apresentariam gerações, mas sim dimensões, existindo uma íntima correlação entre eles. Os direitos humanos, na visão dimensional, não se substituiriam, mas sim se expandiriam e estariam todos ligados ao mesmo vetor axiológico consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Acerca da crítica à teoria geracional, Elísio Augusto Barros explica:

Em verdade o manejo da teoria das gerações não pode ser feito sem que se deixe claro que não há nenhuma relação de prevalência ou superioridade entre as gerações. Tratam-se de caminhos para alcançar e efetivar a dignidade humana, pelo que cada geração tutela bens de vida essenciais ao homem.

O devido processo legal não é mais ou menos relevante que o direito à moradia, tratando-se, ambos, de esferas de proteção diferentes para a dignidade humana, pelo que deve causar a mesma frustração ou indignação à violação de um ou de outro. Como lembra Cançado Trindade, em regra, pode identificar-se uma condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata de direito individual ou político, mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salário, de renda, e assim por diante.

Ademais, como visam tutelar a dignidade humana, são contínuos, no sentido de que evidentemente, os direitos inerentes às gerações posteriores não anulam, muito embora possam restringir, os direitos pertencentes às gerações anteriores (BASTOS, 2011, Vol. I, p. 258-259).

Sobre o caráter dimensional dos direitos humanos, André Ramos Tavares aponta advir da própria natureza humana:

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar-se em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos (TAVARES, 2002, p. 357-358).

Ingo Sarlet, que também adota o conceito de dimensão de direito, pontifica que os postulados relacionados às dimensões não deveriam estar atrelados apenas à liberdade, à igualdade e à fraternidade, mas sim e, sobretudo, à vida e à dignidade da pessoa humana:

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões. Todavia, tenho para mim que esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007, p. 66).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos afastou o entendimento ligado às gerações, consagrando em seu texto a indivisibilidade dos direitos. Nessa perspectiva, não há falar em sucessão de direitos ou na suplantação destes. Os direitos humanos possuem seu fundamento axiológico atrelado à dignidade da pessoa humana, havendo uma complementação e interação entre eles. Não existe a plenitude dos direitos civis e políticos sem a plenitude dos direitos econômicos, sociais e culturais, e vice-versa.

Um cordão umbilical liga os direitos, que se encontram em extremos opostos, mas unidos e inseparáveis. A tensão existe, de modo que a prevalência entre um deles acarreta o prejuízo do outro (Bobbio, por exemplo, os entende incompatíveis). No entanto, o equilíbrio entre eles, na visão contemporânea dos Direitos Humanos, é quem propiciará o verdadeiro gozo de todos os direitos, sejam os civis e políticos, sejam os econômicos, sociais e culturais, de modo a minorar as tensões existentes neste elo umbilical inquebrantável.

Hector Gros Espiell, analisando a indivisibilidade dos direitos humanos, ensina:

Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirmam definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral da ONU em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia Geral da ONU, adotada em

16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução 32/130) (GROS, 1986, p. 16-17).

Cançado Trindade, examinando a contribuição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não olvida em asseverar a importância da tese propagada na Proclamação de Teerã, alusiva à concepção indivisível dos direitos Humanos:

Ponderou a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam, no entanto, pôr em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo assim atenção contínua (parágrafo 18). Mais do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor: 'Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível.

Esta asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos – propugnada pela Declaração Universal de 1948 mas minimizada no transcorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos – constitui a nosso ver a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração de tese de inter-relação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/130 de 1977 da Assembleia Geral das Nações Unidas e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma Assembleia Geral – tese essa que desfruta de aceitação virtualmente universal (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 18-19).

Flávia Piovesan leciona que a Declaração Universal dos Direitos Humanos irá surdir a concepção contemporânea de direitos humanos, de caráter universal e indivisível, com total interdependência entre eles:

Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução destes direitos. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (BASTOS, 2011, Vol. I, p. 258-259).

Ideologicamente, ao menos, na visão hodierna dos Direitos Humanos, os direitos sociais possuem o mesmo grau de relevância dos direitos civis e políticos. E mais, encontram-se interrelacionados e interdependentes, com mesma carga

valorativa vinculada à dignidade humana, de modo que não há a realização de um sem a garantia do outro, e vice-versa, impondo-se um caráter indivisível do direito.

2.4 A dignidade da pessoa como fundamento do direito à moradia

O axioma dos Direitos Humanos consiste na dignidade da pessoa humana. Critério de cunho eminentemente subjetivo, na medida em que não se pode mensurar a dignidade do indivíduo. Um determinado fato pode ser considerado indigno para uma pessoa, e não o ser considerado para outra. Revela-se, pois, ao mesmo tempo, um caráter pluralista da dignidade humana, posto que todas as pessoas irão valorar as situações ao seu redor, bem como um caráter intersubjetivo, na medida em que cada um valorará a sua própria maneira a dignidade.

O presente estudo, não busca discutir as concepções existentes no tangente à dignidade da pessoa humana. Desta forma, considerar-se-á a dignidade da pessoa humana sob o prisma kantiano, enquanto direito à autonomia e à autodeterminação da pessoa. Ingo Sarlet aponta que o aludido critério continua sendo o da posição majoritária da doutrina:

Verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa) (SARLET, 2009, p. 22).

Do mesmo pensamento compactua Flávia Piovesan. Em ensaio acerca dos Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana, apontou Piovesan que a visão contemporânea, iniciada com o Pós-Guerra, fez renascer a concepção ética e moral do direito, de modo a reencontrar-se com um vetor axiológico como núcleo de fundamentação. O pensamento kantiano acerca da dignidade humana, cujo conteúdo alicerça-se na autonomia e na capacidade de autodeterminação servirá como guia para uma concepção acerca do princípio da dignidade humana. Leciona Piovesan em seu artigo:

Esta é a vertente contemporânea do Direito do Pós-Guerra, tanto no âmbito internacional, como no âmbito local. Ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge o repúdio à idéia de um ordenamento jurídico divorciado de valores éticos. Intenta-se a reaproximação da ética e do Direito e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente, do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as idéias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas e, em geral qualquer espécie racional, devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado

para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso, são chamados 'coisa', substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados de 'pessoas', porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Deste modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a idéia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais. Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: 'Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal' (PIOVESAN, 2011, Vol. I, p. 320 e 321).

O princípio da dignidade da pessoa humana consiste no fundamento nuclear dos direitos fundamentais e humanos, sob o prisma da autonomia e autodeterminação. A partir desses axiomas teóricos é que se produzirá um catálogo de direitos que se identificarão com os postulados atinentes aos direitos humanos e fundamentais.

Assentado neste pensamento é que se investigará se o direito à moradia corresponde a um direito humano e fundamental. A indagação primeira consiste no seguinte: o direito à moradia (digna) revela-se indispensável para que o ser humano possua condições de exercer, em sua plenitude, sua autonomia e possa se autodeterminar?

Para Ingo Sarlet:

Tanto em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos dispensável, dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais da sua fundamentação. Aliás, provavelmente é ao direito à moradia – bem mais do que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço da liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida (SARLET 2011, Vol. II, p. 695 e 696).

Segundo a inteligência de Sarlet, o direito à moradia é inquestionavelmente um direito humano fundamental, na medida em que indispensável para condicionar uma vida digna à pessoa.

Seria, de fato, de causar estranheza se, de uma análise detida sobre a condição humana, fosse entendido que sem sua moradia pudesse o homem desenvolver-se de forma minimamente satisfatória.

Mesmo as etnias de menor desenvolvimento intelectual, social e econômico buscam uma morada.

Nos dias hodiernos, seja nas grandes metrópoles, seja nas pequenas cidades rurais, consiste a moradia no local em que a autonomia e o direito de autodeterminação do indivíduo se inicia. Os laços familiares são ali plantados, a educação é promovida, os primeiros cuidados são sentidos e a proteção e a segurança da pessoa são ali depositados. As primeiras relações sociais são ali praticadas. Em meio ao seu lar é que o indivíduo desenvolve a si. O caráter do ser humano é, sobretudo, determinado também em decorrência da sua morada.

Da sua moradia o homem sai para o “mundo”, produzindo suas tantas outras relações sociais. No entanto, o homem sai e volta todos os dias para sua “caverna”.

O direito à moradia revela-se como fragmento do próprio direito à vida. Sem àquela improvável o exercício desta. Sem que o homem detenha um local para sua morada, resta impraticável a criação da sua identidade, mormente enquanto indivíduo integrante de uma sociedade.

A exclusão social e a marginalização tornam-se, pois, evidentes, fazendo eclodir uma ausência de direção pela vontade do próprio ser humano, emergindo uma incapacidade de autodeterminação. Perde-se a autonomia do ser humano dentro da sociedade em que atua.

O direito à moradia afetará diversos direitos fundamentais, como a própria liberdade, entendendo-se esta em conformidade com o pensamento kantiano. O direito à moradia digna consiste num direito de base, servido de sustentação ao desenvolvimento e exercício de outros.

Sérgio Iglesias Nunes Souza, realizando estudo profundo sobre o tema, concluirá que a moradia consubstancia-se em condição *sine qua non* para a própria existência do homem:

O tema moradia tem sido objeto de questionamento tanto no campo jurídico-econômico como no sociopolítico. Análise da temática se dá em diversos ramos da ciência, pelo fato de a moradia ser uma necessidade do homem tão essencial como a vida, sendo condição *sine qua non* para uma existência humana digna (SOUZA, 2008, p. 21).

Iglesias, no intento de demonstrar a fundamentalidade do direito à moradia, em seu aspecto material, investigará se estão presentes as principais características intrínsecas atinentes aos direitos fundamentais: inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

A resposta é positiva. Por óbvio, não pode o indivíduo dispor do seu direito à moradia, no máximo poderia o cidadão dispor de bem imóvel (objeto) que possui, sem, contudo, isso representar qualquer alienação da titularidade do direito à moradia. É que o direito à moradia é inerente à própria personalidade do indivíduo, sendo impensável a sua dissociação. Ensina Sergio Iglesias Nunes de Souza sobre o tema:

Há uma possibilidade de uma variação do exercício do direito de moradia quanto a determinado bem ou local, mas jamais tal direito poderia ser considerado alienável. Este (direito) não recai sobre o objeto, mas no bem (moradia), pertencente à personalidade do indivíduo, e é neste contexto que o direito à moradia torna-se inerente a cada ser humano, e daí surge a sua inalienabilidade (SOUZA, 2008, p. 116).

O mesmo raciocínio se aplica à imprescritibilidade do direito, na medida em que pode ele ser invocado enquanto vida tiver o indivíduo. Inserindo-se a moradia como direito inerente à personalidade do ser, não haverá, *in casu*, direito de cunho patrimonial a ser tutelado pela prescrição, podendo ser invocado o direito à moradia por toda a existência do indivíduo. Tendo-se como base o estudo realizado por Sérgio Iglesias Nunes de Souza, veja-se sua lição:

Em relação a estes não se verificam requisitos que importem em sua prescrição, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis, já que a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge o exercício dos direitos de caráter patrimonial, mas não a exigibilidade dos direitos personalíssimos extrapatrimoniais, ainda que individualizados. É de certa notoriedade que o direito à moradia se exerce sem a necessidade de uma intercorrência temporal e jamais prescreve, apenas extingue-se com a morte de cada ser humano (SOUZA, 2008, p. 116).

Por fim, no tangente à irrenunciabilidade, observa-se que sendo o direito à vida indisponível, e, pensando-se a vida de forma digna, com os meios indispensáveis para a sua concretização, outra não é a conclusão que se tem, senão, de que a moradia estaria dentre os direitos necessários à construção dessa dignidade. É impensável vida digna sem moradia. Novamente, traz-se o ensinamento de Sérgio Iglesias Nunes de Souza:

Como direito humano fundamental deve ser interpretado como possibilidade de viver de modo adequado com a condição humana, ou seja, com direito à alimentação, ao vestuário, à assistência médico-odontológica, à educação,

cultura, ao lazer e demais condições vitais, conforme pontifica Alexandre de Moraes. Ora, se a moradia pressupõe condições de vida digna, teriam os favelados, os que dormem embaixo de viadutos e pontes direito à proteção ou não? Quais as formas de transformar esse direito formal de todos em direito efetivo? Como primeira resposta pensamos, entre outras formas, que um dos meios para transformar esse direito formal em direito efetivo é o reconhecimento do Estado do caráter irrenunciável do direito à moradia por cada indivíduo (SOUZA, 2008, p. 117).

No tangente ao aspecto formal, o direito à moradia, desde 1948, foi declarado direito humano universal pela da Declaração Universal dos Direitos Humanos. De acordo com o artigo XXV da Declaração:

Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle (ONU, 1948).

Analisando-se, portanto, a partir do que fora relatado em tópico antecedente, acerca do caráter convencional dos Direitos Humanos, que resulta num arcabouço normativo de consenso, extrai-se que as nações, ao incluírem a moradia na Declaração, reconheceram a fundamentalidade deste direito, enquanto condicionante para uma vida digna do indivíduo.

O Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, ratificou o já contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estatuidando em seu artigo 11 que “os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida” (ONU, 1966).

Problema de envergadura mundial, presente nas diversas partes do Globo, independentemente da forma de Estado ou de governo ou mesmo do nível econômico-financeiro do Estado, o direito à moradia restou reconhecido nos principais documentos internacionais, de vertente universal.

A Organização das Nações Unidas – ONU –, em 1978, fixou em Nairobi, Quênia, a sede do UN-Habitat – Programa das Nações Unidas para os assentamentos humanos. O UN-Habitat desempenha tarefas de ordem prática, em que são realizadas atividades relacionadas à moradia junto às diversas comunidades espalhadas no Globo terrestre, de modo a fomentar o desenvolvimento sustentável das cidades. Dois importantes documentos foram

elaborados pela ONU, em conferências sobre o tema atinente à moradia: a Agenda Habitat I (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, em 1976) e a Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, em 1996). As Agendas consubstanciam-se em plataformas de princípios que devem desaguar em ações de ordem prática a serem adotadas pelos signatários do documento, cuja aprovação é realizada pelo consenso dos diversos países integrantes, que se comprometem em implantar, monitorar e avaliar os seus resultados.

O Direito à moradia encontra-se sob o manto dos mecanismos de sistema global de proteção dos direitos humanos da ONU. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, convencionalmente instituído pelos países integrantes das Nações Unidas, possui dentre suas funções examinar a implementação do Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos e Sociais, realizando o monitoramento dos tratados de direitos humanos.

As Relatorias, mecanismos extraconvencionais de proteção aos direitos humanos, criadas por resoluções da ONU, realizam a investigação de situações concretas, inclusive, no local, elaborando Relatórios com diversas recomendações acerca do tema examinado. Atualmente, a relatora especial sobre a Moradia Adequada é a brasileira Raquel Rolnik, que contribuiu para a presente pesquisa, com a indicação de Relatórios atinentes ao tema.

Sobre a importância das Relatorias, o Professor Jayme Benvenuto destaca:

Em termos gerais, aos relatores especiais, representantes especiais ou *expert* independentes são atribuídos os poderes de investigar situações de direitos humanos, através de visitas *in loco*, receber denúncias ou comunicações, e oferecer recomendações de como solucioná-las. São, assim, uma contribuição, no plano internacional, para que os países consigam implementar seus compromissos com os direitos humanos, resultado da ratificação de instrumentos internacionais e dos seus próprios instrumentos nacionais (constituições, leis ordinárias, programas e planos de direitos humanos) de proteção dos direitos humanos.

Embora sejam considerados mecanismos extraconvencionais da ONU, os relatores especiais são os '*experts* em missão' previstos na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, de 1946, instrumento que, de alguma forma, respalda convencionalmente a sua ação. (BENVENUTO, 2002, p. 59)

Afastando-se do campo internacional e partindo-se para a investigação do direito à moradia no âmbito do direito pátrio, verificar-se-á que, desde o início da vigência da Magna Carta, o direito à moradia insere-se dentre os direitos sociais fundamentais. O Título II da nossa Constituição é o atinente aos direitos e garantias

fundamentais, inserindo-se, dentre os seus capítulos, os deveres e direitos individuais e dos direitos sociais.

No capítulo destinado aos direitos sociais, o artigo 7º da Constituição prevê que, dentre os direitos do trabalhador, encontra-se o do:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (BRASIL, 1988).

Defendendo-se a concepção jus-positiva de que o direito fundamental, para ser assim declarado, necessita constar em norma de envergadura constitucional, não haveria, ao menos quanto ao aspecto formal, qualquer dúvida acerca da inserção da moradia como um dos direitos fundamentais desde o nascedouro da nossa Carta cidadã, na medida em que formalmente inserida no Título da Constituição que rege os direitos fundamentais.

Há na norma acima transcrita uma feição subjetiva outorgada à moradia enquanto direito do trabalhador. No entanto, a Constituição irá alocar a moradia, também, dentre os deveres materiais dos entes da Federação. É, por conseguinte, nos dizeres da nossa Carta Maior, especificamente em seu artigo 23, inciso IX, competência da União, dos Estados e dos Municípios: "IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (BRASIL, 1988).

Encerra-se, por conseguinte, da leitura da Constituição Federal, um caráter dúplice que é dotado o direito à moradia, tanto como um direito subjetivo do cidadão, como um dever imputado ao Estado, como promovedor das políticas públicas e sociais desenvolvidas em todas as esferas estatais.

Analisando-se os dois dispositivos constitucionais, constata-se que o primeiro consagra o direito à moradia ao cidadão, sem, entretanto, informar quem seria o destinatário da obrigação. No segundo, atribui-se aos entes federativos a obrigação de promover à moradia, sem indicar os contemplados.

No entanto, outro ponto de relevo, no tangente ao acervo do direito à moradia no âmbito da norma constitucional, refere-se ao regramento firmado entre indivíduos, no tocante à usucapião urbana. Pela dição do artigo 183, da Constituição Federal, deflui-se que a utilização do imóvel objeto da usucapião para a moradia é condição *sine qua non* para a sua concessão. Ao impor a utilização da moradia

como principal requisito, além do tempo, para aquisição de propriedade urbana de pequeno tamanho, elevou, a Constituição, indubitavelmente, a importância da moradia para os seus cidadãos, enfatizando seu caráter essencial e fundamental para a construção de um viver dignamente.

Ademais, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana foi consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como um dos fundamentos do Estado Brasileiro. Tal aspecto, se levado em consideração, como afirmado alhures, que não há como dissociar a moradia adequada e a vida digna do cidadão, já seria suficiente para compreender o direito à moradia como direito formalmente insculpido em nossa Magna Carta, vez que, caso contrário, seria o equivalente a entender que uma vida digna pudesse ser exercida sem uma moradia adequada, o que se afiguraria incompreensível.

Ingo Sarlet explica:

Para além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, da CF/1988), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade. Neste contexto, vale lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do Conselho Constitucional (Decisão 94-359, de 19.01.1995), reconhecendo que a possibilidade de toda a pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional (SARLET, 2011, Vol. II, p. 692).

Nada obstante, se qualquer dúvida, no que tange ao fundamento formal, pairasse, a Emenda Constitucional 26/2000, de 14 de fevereiro de 2000, a superou, ao inserir textualmente o direito à moradia, na redação do artigo 6º, da Constituição Federal, passando a ter, naquela data, o seguinte conteúdo:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

A inserção do direito à moradia no rol dos direitos sociais fundamentais, capitulados no artigo 6º da Constituição da República, apesar de não ser o sustentáculo (mormente de origem) para a concepção da moradia como direito fundamental, na medida em que tal característica se infere mediante a análise tanto axiológica, quanto lógico-sistemática da Carta Magna, representa, no entanto,

reconhecimento ainda maior de sua proteção e garantia, inserindo-se no arcabolo normativo constitucional de forma expressa.

3 O SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH) E FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS (FCVS) – ANÁLISE DAS NORMAS

3.1 Lei 4.380 de 21 de agosto de 1964 - Criação e Finalidade do SFH

No início dos anos 1960, a população dos grandes centros urbanos, influenciada pelo reflexo do processo migratório dos trabalhadores, que continuamente passavam do campo para a cidade, apresentava uma população operária que, desprovida de inserção social, ocupavam a região periférica de forma desordenada em diversos aglomerados subnormais, tais como os mocambos e as favelas.

Cidades como Recife e Rio de Janeiro apresentavam um quantitativo populacional alarmante vivendo em condições subhumanas, que fazia emergir, em consequência, a necessidade de um programa destinado à aquisição de moradia para a população de baixa renda.

Acrescente-se que a própria escassez da moradia à época elevava sobremaneira o valor do imóvel (que já se afigura como bem de elevada importância financeira), o que dificultava os cidadãos a adquirirem sua moradia, através de recursos próprios suficientes para pagamento do imóvel à vista.

A inexistência de mecanismos normativos que fomentasse o empréstimo habitacional fazia por não atrair investidores para lastrear os financiamentos para aquisição da casa própria, dada a insegurança envolta na operação. A inflação que deteriorava o capital mutuado, sem que houvesse instrumentos legais de sua recomposição monetária, afastava o investidor, em decorrência do risco advindo desse tipo de negócio jurídico.

O Estado idealizou, assim, um sistema normativo-financeiro de maneira a proporcionar o fomento da moradia. Previu-se, portanto, na legislação a correção monetária atinente aos contratos de financiamento habitacional, o que alavancaria o interesse de investidores na aplicação do dinheiro em empréstimos para a construção e aquisição de imóveis habitacionais.

Criou-se, através da Lei 4.380/64, o Banco Nacional de Habitação (BNH) – para estimular a construção de imóveis – e o Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

A fonte de recursos do SFH seria o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE). Estimulou-se a formação da poupança, cujo lastro da remuneração e correção dada aos poupadores seria a contrapartida oportunizada com a criação do SFH. Os montantes pagos pelos mutuários a título de correção monetária e juros garantiriam a remuneração das cadernetas de poupança com juros legais de 0,5% ao mês.

Celso Marcelo de Oliveira, ao realizar estudo acerca da historicidade envolta à criação do Sistema Financeiro de Habitação, explica:

O diagnóstico que serviu de base ao Plano do Governo de Jânio Quadros (1961) era mais do que sombrio:

No Recife, a despeito da ação do Serviço Social contra o Mocambo, o número de mocambos passara de 45.000, em 1940 para 100.000, em 1960; no Rio de Janeiro, a população favelada passara de 7% para 38% da população total, entre 1950 e 1960. Para uma população urbana de 18 milhões de habitantes, estimava-se um déficit habitacional de 2.000.000 de moradias. Neste contexto, o índice de preços do item habitação, no Rio de Janeiro e em São Paulo, mais do que duplicou o custo de vida em geral, entre 1948 e 1960.

[...]

A justificativa para a criação do Sistema Financeiro de Habitação foi baseada nos dados estatísticos coletados no ano de 1964, quando se constatou que a população brasileira (38,3 milhões de habitantes), somente 50% tinha acesso à água potável e cerca de 25% sem acesso ao esgoto sanitário, estando o Brasil em penúltimo lugar na América Latina.

O Sistema Financeiro da Habitação é um segmento especializado do Sistema Financeiro Nacional, criado pela Lei 4.380/64, no contexto das reformas bancária e de mercado de capitais. Por essa Lei foi instituída correção monetária e o Banco Nacional da Habitação, que se tornou o órgão central orientador e disciplinador da habitação no País.

Em 1964, através da Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, foi criado o Sistema Financeiro da Habitação, para estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento para aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda vinculada à variação de seus salários, não excedendo a variação do salário mínimo, objetivando inclusive o combate às desigualdades socioeconômicas dentre as regiões menos desenvolvidas do país (OLIVEIRA, 2004. p. 55-56).

Engendrou-se todo um sistema financeiro de estímulo tanto à poupança, quanto à construção e aquisição de moradia pelos cidadãos. O financiamento habitacional servia de lastro para a poupança, incentivava o investimento na construção civil e proporcionava o acesso ao financiamento habitacional.

A engenharia financeira desenvolvida para o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) objetivava propiciar com o novo modelo o empréstimo para

aquisição da moradia para o cidadão de forma individualizada. No entanto, como sistema que era, foi pensado de forma coordenada, de maneira que a fonte de recursos utilizada (SBPE e posteriormente também o FGTS) fosse realimentada, a fim de que o uso do SFH se desse de modo continuado pela população.

O cidadão que utilizasse do capital emprestado teria como obrigação devolver o montante para a mesma fonte de recursos, com aplicação de correção monetária, juros e demais parâmetros contratuais pré-definidos pela legislação produzida pelo SFH.

A legislação do Sistema Financeiro de Habitação, a princípio, deriva de delegação expressa na Lei 4.380/64 ao Banco Nacional da Habitação (BNH), para legislar e disciplinar a aplicação dos recursos do referido Sistema, de modo a atender às necessidades sociais para as quais fora criado, até sua extinção em 24/11/1986 por meio do Decreto-Lei 2.291/86.

O Decreto-Lei acima, ao tempo que extinguiu o BNH, transferiu as responsabilidades e prerrogativas que lhe foram conferidas pela Lei 4.380/64 à Caixa Econômica Federal, enquanto Administradora do FCVS, e, ao CMN e Banco Central do Brasil (BACEN) no tocante à regulamentação normativa do SFH. Assim, após a edição do Decreto-Lei supracitado o CMN e BACEN passaram a deter a competência legislativa atinente ao SFH, inclusive no tocante aos parâmetros do contrato habitacional firmado entre o agente financeiro e o cidadão (mutuário).

O texto da Lei 4.380/64 apresenta um escopo social evidente, fundando um plexo normativo com a criação de um sistema financeiro próprio voltado à construção de moradia à população carente.

Segundo o seu artigo 4º, os recursos advindos do Sistema Financeiro de Habitação teriam emprego prioritário na eliminação dos aglomerados subnormais:

Art. 4º Terão prioridade na aplicação dos recursos:

I - a construção de conjuntos habitacionais destinados à eliminação de favelas, mocambos e outras aglomerações em condições sub-humanas de habitação (BRASIL, 1964).

Prevê ainda a Lei 4.380/64, em seu artigo 8º, que o SFH destina-se à construção e aquisição da moradia para as classes menos favorecidas economicamente: “Art. 8º O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado” (BRASIL, 1964).

Em seu artigo 9º, a Lei 4.380/64 reforça que o SFH tem como objeto a residência do indivíduo, vedando que os recursos financeiros sejam utilizados para fim diverso:

Art. 9º Todas as aplicações do sistema, terão por objeto, fundamentalmente a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma (BRASIL, 1964).

As leis que surgiram no decorrer do SFH (Lei 8.177/91, 8.692/93, etc.) tiveram, em princípio, o objetivo de aperfeiçoar o sistema, levando em conta, sobretudo, os percalços e modificações econômicas e financeiras do País e de sua população.

Nada obstante todo o arcabouço jurídico do SFH, vinculando a produção de moradia a uma ótica financeira, em que se pensa na fonte de recursos para a construção das habitações, bem como nos mais diversos parâmetros matemático-financeiros de modo a viabilizar o sistema, não houve, no decorrer do tempo, a efetividade em seu desiderato.

As favelas e os aglomerados subnormais continuam a olhos vistos. As condições de habitabilidade permanecem sem serem alcançadas como visto no capítulo 1. Os grandes centros urbanos possuem uma população vivendo sob condições subhumanas e sem moradia digna.

E mais, os percalços da economia nacional desencadearam um descompasso absoluto nos contratos realizados por milhares de pessoas que se utilizaram do SFH. Ou seja, mesmo aqueles que se valeram da Lei, amargaram dívidas “impagáveis” decorrentes dos diversos meandros financeiros envoltos ao contrato do SFH.

3.2 O Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS) – Responsabilização de quitação do saldo devedor residual

3.2.1 Planos originários do SFH

Os planos de financiamento originários do SFH, denominados de Plano A e Plano B, foram concebidos pela Instrução nº 5/66, do BNH.

No Plano A, a prestação mensal paga pelo cidadão não possuía o mesmo índice, nem periodicidade, igualmente aplicado ao saldo devedor (montante ainda devido em decorrência do empréstimo). As prestações eram reajustadas anualmente, enquanto o saldo devedor trimestralmente. O índice de reajuste das prestações seguia a variação do salário mínimo, já o do saldo devedor a ORTN.

O Plano B, ao contrário, possuía o compasso entre periodicidade e índice de reajuste. Tanto um como o outro eram reajustados trimestralmente pela variação da ORTN. Em virtude da forma como evoluía o contrato, ao seu final a dívida estar-se-ia quitada.

Já no Plano A, concebido para atender a população de baixa renda, na medida em que o financiamento destinava-se a habitações de até 75 salários mínimos, a inconsistência dos reajustes das prestações e do saldo devedor durante a evolução normal do contrato ocasionava a existência de saldo devedor residual ao final do prazo normal estabelecido na contratação.

Reconhecendo o descompasso, a Administração Pública, mais especificamente o extinto Banco Nacional de Habitação, através de Resolução do seu Conselho de Administrativa - RC nº 25/67 - criou o Fundo de Compensação de Variações Salariais, cuja finalidade, descrita em seu item 6 possui a seguinte redação: “6. Fica criado o Fundo de Compensação de Variações Salariais, com a finalidade de garantir limite de prazo para amortização da dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação” (BANCO NACIONAL DE HABITAÇÃO, 1967).

Outrossim, em virtude do Plano A ser mais atraente, em decorrência da forma de reajuste das prestações mensais pagas pelos mutuários (e da própria quitação do saldo devedor residual pelo FCVS), e, dada a pressão populacional, a RC nº 25/67 previu também o aumento de 75 salários mínimos para 500 salários mínimos o valor das unidades habitacionais que poderiam ser financiadas pelos mecanismos do SFH: “2. O plano A de reajustamento das prestações poderá ser aplicado nos financiamentos de habitações de valor até 500 salários mínimos” (BRASIL, 1967).

Criou-se ainda, através da RC nº 25/67 o Plano C, com características bem semelhantes ao Plano A, modificando apenas o momento em que o reajuste das prestações ocorreria. Previu-se no Plano C que esse reajuste se daria após o aumento da classe profissional do cidadão. Por óbvio, sendo observado o

descompasso dos reajustes das prestações e do saldo devedor também no Plano C ocasionava-se a aparição do saldo devedor residual no termo final do contrato.

O FCVS foi previsto, portanto, para fazer jus aos saldos devedores residuais decorrentes do Plano A e do Plano C, dada a engenharia financeira dos contratos que já previa a possibilidade da não quitação total do financiamento após o término do prazo contratual. A RC nº 25/67 previa:

7. Poderão se utilizar desse Fundo todos os financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação pelos planos A e C de reajustamento das prestações, através da entidade integrante desse sistema que o financia, obedecido o disposto nesta Resolução (BRASIL, 1967).

Luiz Fernando Rudge e Leslie Amendolara, em estudo realizado acerca dos financiamentos imobiliários, ensinam:

O FCVS foi criado para garantir ao financiado imobiliário o limite de prazo para amortização de sua dívida no SFH. Ao mesmo tempo, deveria assegurar aos financiadores a cobertura dos saldos devedores residuais de financiamentos realizados no âmbito do SFH, decorrentes de eventuais desajustes entre as formas de atualização das prestações e dos saldos devedores. A projeção matemática da viabilidade do FCVS pressupunha que as prestações seriam reajustados no mesmo nível dos saldo devedores, e que a inflação se manteria comportada ao longo do tempo. (RUDGE; AMENDOLARA, 1997, P. 32,33)

O Fundo de Compensação de Variações salariais – FCVS consiste, portanto, em um fundo estatal criado para servir o Sistema Financeiro de Habitação, tendo assumido papel singular nos contratos de mútuo firmados pelos agentes financeiros integrantes do SFH.

Explica Celso Marcelo de Oliveira:

O Fundo de Compensação de Variações Salariais foi criado pela Resolução nº 25/67, do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação, com a finalidade de garantir limite de prazo para amortização da dívida aos adquirentes de habitações financiadas pelo Sistema Financeiro de Habitação (OLIVEIRA, 2004. p. 215).

Com a cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS, o cidadão que contraísse um financiamento habitacional sob a égide da legislação do Sistema Financeiro de Habitação detinha o conhecimento de que, ao final da última prestação, eventual resíduo devedor seria de responsabilização do fundo estatal.

O agente financiador da habitação (BNH, Caixa, etc.) habilita o seu crédito junto ao FCVS que repassa o montante do saldo para a total liquidação do financiamento.

Portanto, caso inexistisse a liquidação por antecipação da dívida ou quitação voluntária do débito antes do encerramento do prazo contratual, **o saldo devedor passaria a ser responsabilidade exclusiva do FCVS.**

3.2.2 O PES (Plano de Equivalência Salarial) e o CES (Coeficiente de Equiparação Salarial) – Tentativa de minização do impacto sobre FCVS

Os Planos A e C, explicitados no item supra, foram modificados pela RC n° 36/69 que criou o Plano de Equivalência Salarial (PES), com parâmetros bem parecidos com os já existentes (houve, praticamente, a união deles). Nos moldes fixados pelo PES, as prestações seriam reajustadas anualmente em conformidade com a variação do salário mínimo. Já o saldo devedor continuaria com o reajuste pelo trimestre com índice fixado pela UPC/ORTN. O saldo residual final seria coberto pelo FCVS. Assevera Celso Marcelo de Oliveira:

No Plano de Equivalência Salarial, temos como característica fundamental que o mutualrio é responsável pelo pagamento das prestações no prazo contratado. O saldo residual no final do contrato é de responsabilidade do Fundo de Compensação de Variações Salariais. Destina-se somente aos mutuários finais, adquirentes de imóveis residenciais. (OLIVEIRA, 2004, p. 195)

Com a edição do DL n° 2164/84 foi implementado o PES/CP, cuja alteração mais significativa ocorreu em relação ao reajuste da prestação que passou a seguir a mesma variação do reajuste da categoria profissional do mutuário, conforme disciplinava o seu artigo 9°.

Posteriormente, o art. 9° do DL n° 2.164/84 foi revogado pela Lei 8.004/90, em seu artigo 22 (com as novas redações através do art. 1° da Lei n° 8.100/90 e art. 23° da Lei n° 8.177/91), determinando-se que as prestações fossem reajustadas pelo IPC, mantendo-se, no entanto, a relação entre a prestação e o salário calculados do ato da assinatura do contrato:

Art. 22. O art. 9.º, do Decreto-lei n. 2.164, de 19 de setembro de 1984, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 9.º As prestações mensais dos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano De Equivalência Salarial Por Categoria Profissional (PES/CP) serão reajustadas no mês seguinte ao que ocorrer a data-base da categoria profissional do mutuário, utilizando-se a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) apurada nas respectivas datas-base.

[...]

§ 5.º. A prestação mensal não excederá a relação prestação/salário verificada na data da assinatura do contrato, podendo ser solicitada a sua revisão a qualquer tempo. (BRASIL, 1984)

A inovação decorrente do Plano de Equivalência Salarial, em todas as suas modalidades, foi a implementação do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES), cuja finalidade era a de reduzir a inconsistência que se observava em decorrência da discrepância entre os reajustes aplicados às prestações (variação salarial, seja do mínimo, seja da categoria profissional) e os índices empregados sobre o saldo devedor, devido a diferença de índices e periodicidade de reajuste existentes entre os mesmos. José Maria Aragão ensina:

Para estabelecer uma equivalência de valores entre prestações de contratos assinados em diferentes meses do ano, criou-se o **Coeficiente de Equiparação Salarial – CES**, que era um multiplicador aplicado à prestação inicial refletindo a relação salário mínimo/UPC e que variava em função do mês de assinatura do contrato e da previsão de variação da ORTN até o próximo reajuste, o que equivalia a um prognóstico sobre a evolução futura da inflação. (ARAGÃO, 1999, p. 190)

O Coeficiente de Equiparação Salarial (CES) foi introduzido na sistemática dos contratos habitacionais do SFH através da RC nº 36/69, do extinto Banco Nacional de Habitação, cuja redação do seu item 3 expressa:

3. O valor inicial da prestação, no PES, será obtido pela multiplicação da prestação de amortização, juros e taxa calculada pelo Sistema Francês de juros compostos (Tabela Price), por um coeficiente de equiparação salarial.
3.1 - o coeficiente de equiparação salarial será fixado periodicamente pelo BNH (BRASIL, 1970).

A RC 36/69 dispõe que o Coeficiente de Equiparação Salarial será fixado periodicamente pelo BNH, tendo em vista: “(a) a relação vigente entre o valor do salário mínimo e o valor da UPC do BNH; e (b) o valor provável dessa relação, determinado com base em sua média móvel observada em prazo fixado pelo Conselho de Administração do BNH” (BRASIL, 1970).

Objetiva-se com a aplicação deste coeficiente na prestação suplantando a deficiência decorrente entre a diferença dos índices de reajustes – UPC e salário mínimo.

Com a incidência do CES, o valor da prestação aumentava proporcionalmente a relação entre o salário mínimo e a UPC, propiciando uma maior amortização do saldo devedor do contrato. Por conseguinte, eventual saldo devedor residual seria minimizado, e, por conseguinte, menor seria a cobertura pelo FCVS,

contribuindo-se, assim, para diminuir o impacto sentido sobre o fundo estatal.

Aragão ressalta:

O **CES**, na realidade, era um adicional à prestação, que se destinaria a reforçar o **FCVS**, ao qual caberia a responsabilidade de liquidar o saldo devedor ao final do prazo contratual, já que se dispensava a prorrogação do contrato, prevista no **Plano C**. (ARAGÃO, 1999, P. 190)

Desde sua criação, reiteradamente, vem sendo mantida a previsão de sua incidência no cálculo da prestação, abrangendo, portanto, quase a totalidade dos contratos habitacionais, com exceção dos firmados pelo Plano PCR da Lei nº 8.692/93, (ausência justificada diante da adoção do mesmo índice e periodicidade para o reajuste da prestação e do saldo devedor).

Resoluções posteriores editadas pela Administração Pública, através dos órgãos detentores da competência legiferante do SFH – BNH, e, posteriormente, o CMN e BACEN – no entanto, modificaram a sistemática do PES e do CES, passando este último a ser aplicado em percentual fixo, sem a correspondente relação entre o índice de reajuste do salário mínimo (das prestações) e do UPC (saldo devedor), conforme se constata das seguintes normas: RC 01/77 e RD 10/77 - R/BNH 04/79 - R/BNH 24/79 - R/BHN 158/82 - RD 18/84 - C. BACEN 1161/87 e 1214/87 - R. BACEN 1446/88 e C. BACEN 1278/88 - Lei 8692/93, C BACEN 1551/95 e Resolução BACEN 1980/93.

O subdimensionamento do CES reduziu a finalidade precípua de afastar o impacto financeiro que recaía sobre o FCVS, afetando, em consequência, o fundo estatal.

Nada obstante o conhecimento do Estado acerca das obrigações que se destinava ao FCVS, evidenciando-se a necessidade de que sua fonte de recursos aumentasse, bem como que a disparidade existente no binômio reajuste da prestação/reajuste do saldo devedor fosse diminuída, maculou-se o propósito concedido ao CES.

A alteração da sistemática do CES, em que pese evitar o aumento das prestações, ocasionava a menor amortização do saldo devedor. A consequência lógica do desvirtuamento do CES consistiu na maior assunção pelo FCVS das obrigações decorrentes dos financiamentos habitacionais, estando a Administração Pública ciente de tal realidade.

3.2.3 O desvirtuamento do FCVS – A assunção de obrigações não relacionadas com a sua finalidade

A própria denominação do FCVS – Fundo de Compensação de Variação Salarial – já enuncia, por si só, qual o desiderato relacionado ao fundo estatal, como já foi devidamente discorrido nos itens antecedentes.

Para o cumprimento de suas obrigações, cuidou o BNH, também através da RC nº 25/67, de garantir a fonte de recurso do FCVS. No item 9 da Resolução estabeleceu-se que os recursos do FCVS seriam constituídos pelo capital do próprio BNH, além de contribuição dos mutuários e dos rendimentos advindos de suas operações.

Com as alterações que se sucederam nos planos de financiamento, tal qual ocorreu com a implantação do PES e do CES, modificava-se a maneira de custeio do FCVS. Com o advento do coeficiente de equiparação salarial, o mutuário não mais necessitava contribuir para o fundo, já que, num primeiro momento, o CES corrigiria a distorção dos reajustes das prestações e do saldo devedor.

Quando o coeficiente passou a ser em percentual fixo, os cidadãos retornaram a colaborar com o FCVS, no entanto, em montantes menores do que os fixados pela RC nº 25/67.

Ainda na intenção de viabilizar o FCVS, a Administração Pública, através do Decreto-Lei 2.164/1984, passou a cobrar dos agentes financeiros que operassem pelo SFH a contribuição trimestral, cujo limite era de 0,025% dos saldos imobiliários concedidos.

É que, a partir da década de 1980, o BNH passou a conceder inúmeros benefícios aos detentores de contratos habitacional, envoltos nas crises econômicas e financeiras que desencadeavam sobre o país. A inflação e a falta do crescimento econômico, como havia ocorrido na década antecedente quando da era do denominado “milagre econômico”, ocasionaram desequilíbrio no financiamento habitacional.

Passou o governo, então, a editar normas para evitar a inadimplência e o próprio colapso do SFH. O FCVS, fundo criado para fim determinado, era sempre chamado para salvaguardar os contratos quando da edição das normas de socorro aos contratos, sem que fosse, no entanto, criada a correspondente fonte de recurso para as novas obrigações que se imputava ao FCVS.

Havia, portanto, a concessão de sucessivos subsídios aos mutuários, com consequente aceleração do débito destinado ao FCVS, alusivo ao saldo devedor residual. O contrato individualizado e originariamente previsto com base em determinadas condições atreladas ao cidadão, como, por exemplo, sua capacidade financeira, tinha, portanto, alteradas tais condições através de normas gerais concessivas de benefícios aos mutuários.

O agente financeiro não tinha prejuízo nos subsídios, posto que ao final do prazo contratual procedia à habilitação do seu crédito, correspondente ao saldo devedor residual, perante o FCVS.

Estado foi então assumindo para si responsabilidade relacionada ao financiamento habitacional, para que se mantivesse o acesso à moradia aos cidadãos, obrigação precípua de um Estado Democrático (e social) de Direito.

Dentre as normas editadas que afetaram negativamente o FCVS, destacam-se as seguintes:

- a) Decreto-Lei nº 2.065/83: editou norma reduzindo as obrigações do mutuário, imputando expressamente a responsabilização pela quitação do benefício ao FCVS;
- b) Decreto-Lei nº 2.164/84: concedeu subsídio de 10% a 25% aos mutuários, além de determinar que os contratos firmados a partir daquela data teriam os saldos devedores residuais ressarcidos pelo FCVS em parcela única;
- c) Decreto-Lei nº 2.291/86: concedeu a permissão de outro subsídio, bem como fixou em cinco anos o prazo de liquidação da dívida;
- d) Decreto-Lei nº 2.406/88: concedeu a permissão de mais um subsídio, bem como prorrogou para cinco anos o prazo de pagamento da dívida.
- e) Decreto-Lei nº 2.476/88: garantiu o equilíbrio do seguro habitacional do SFH em todo o território nacional.

Nada obstante as benesses sucessivamente concedidas ao logo do tempo, não foram criadas as respectivas fontes para cobrir os recursos orçamentários que daí decorreriam.

Ademais, o Decreto-Lei (DL) nº 2.476/88, conforme descrito acima, incluiu nova obrigação ao FCVS, que não detinha qualquer relação com a sua finalidade. Enquanto as demais regras que surgiam ao menos se relacionavam com a

sistemática financeira do contrato, implicando em alteração da prestação e do saldo devedor, o DL em tela fez surgir nova e onerosa responsabilidade ao FCVS, posto que teria por obrigação promover o pagamento dos prêmios do seguro habitacional, de cunho obrigatório, em todo o país.

Em síntese, a finalidade para a criação do Fundo de Compensação de Variação Salarial foi paulatinamente desvirtuada pelas legislações subsequentes, e as obrigações assumidas não se compatibilizavam com os recursos por ele auferidos. A Administração Pública, sob a justificativa de manter a viabilidade do sistema, imputava ao FCVS obrigações distintas de seu desiderato e sem contraprestação respectiva. O resultado lógico-matemático acarretado pelo discurso jurídico-político foi o endividamento do fundo estatal e a impossibilidade de suportar os encargos a ele destinados. Pontua Celso Marcelo de Oliveira: “Foram propiciados pelo governo federal o desvio de considerável montante nos recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais e que deveriam estar gerando a produção de milhares de moradias” (OLIVEIRA, 2004, p. 221).

3.2.4 A transformação da finalidade da obrigação do FCVS

O FCVS, como visto, foi idealizado para cobrir eventuais saldos residuais que persistissem após o término final do contrato habitacional. No decorrer do tempo, no entanto, foram dadas outras obrigações ao fundo estatal, impossibilitando-o de suportar a responsabilidade.

A Administração Pública, por ter imputado ao FCVS essas responsabilidades diversas da que fora formatada originariamente ao fundo, sobretudo em relação ao pagamento dos seguros obrigatórios habitacionais, sem criar fonte de custeio correspondente, passou a trilhar um caminho de desoneração do FCVS.

Não obstante, ao invés desta desoneração incidir sobre as obrigações alienígenas ao FCVS, que nada tinham em relação com a compensação da variação dos reajustes aplicados à prestação e ao saldo devedor, passou a Administração Pública a gradativamente desvencilhar o FCVS da responsabilidade precípua da sua idealização.

De início, o Decreto-Lei nº 2.349, de 29 de julho de 1987, realizando novo disciplinamento sobre o tema, dispôs sobre o limite do valor do financiamento para a

cobertura recair sobre o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS. O artigo 1º, do citado DL possuía a seguinte redação:

Art. 1º Os contratos com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação, firmados a partir da data da publicação do presente decreto-lei, somente poderão conter cláusula de cobertura de resíduos dos saldos devedores, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, quando o valor do financiamento não exceder do limite, fixado para esse fim, pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 2º Nos contratos sem cláusulas de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, observadas as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional. (BRASIL, 1987)

A norma encetada pelo Decreto-Lei afastou a responsabilização do FCVS pelo pagamento do saldo devedor residual existente ao final do contrato dos contratos de financiamento, cujo montante fosse superior ao limite estabelecido por regulamento expedido pelo Poder Executivo, por intermédio do Conselho Monetário Nacional - CMN.

Fixou o CMN, então, através da Res. BACEN nº 1446/88, item II, subitem “b” e item VII, subitem “a”, que a cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS apenas seria preservada no tangente aos contratos com valores de financiamentos até 2.500 OTN.

A mesma Resolução BACEN, em seu item VIII, alínea “a”, entabulou nova norma em relação à cobertura do FCVS, consignando expressamente que a partir de então os contratos de financiamento, sem cláusula de cobertura do FCVS, teriam como responsáveis pela assunção dos saldos devedores residuais os próprios cidadãos:

Item VIII – Estipular as seguintes condições para os financiamentos a que se refere a alínea “c” do item II:

a) sem cobertura do FCVS, sendo eventual saldo devedor, ao final dos prazos ajustados, de responsabilidade do mutuário, devendo tais fatos, obrigatoriamente, constar de cláusula do respectivo contrato (BACEN, 1988)

A partir, portanto, da norma editada pelo BACEN, uma nova realidade foi trazida ao Sistema Financeiro de Habitação. Por ato do Poder Executivo, na contramão do que havia sido feito durante todo o período de vigência do sistema, foi atribuída ao indivíduo que contratasse em consonância com as normas do SFH a responsabilidade pelo saldo devedor residual.

Como apresentado anteriormente, os Planos A, B, C, PES, etc. possuíam como preocupação equalizar de alguma forma o binômio prestação/saldo devedor, de modo que o descompasso existente entre os reajustes de tais eventos financeiros não inviabilizasse a movimentação de recursos e a contatação pelo SFH.

A idealização do FCVS foi exatamente com a finalidade de equalização dos Planos. Assim também foi a criação do CES, em conjunto com PES, para minimizar o montante que seria devido pela cobertura do FCVS ao final do prazo contratual.

O caminho que se trilhava em relação aos planos de financiamentos propriamente ditos era o de minorar ao máximo o saldo devedor residual, no intento de que o débito que recaísse sobre o FCVS fosse o menor possível.

No entanto, como destacado anteriormente, o frequente desvirtuamento do propósito do FCVS com a assunção de obrigações estranhas ao seu fim, que não tinham relação com a lógica dos planos de financiamentos, causou um ônus excessivo ao FCVS. Aponta Celso Marcelo de Oliveira:

Devemos expor que em conformidade com informações do Banco Central do Brasil, no mês de novembro de 2001, o rombo no Fundo de Compensação de Variações Salariais foi de R\$ 52,853 bilhões de reais, sendo que R\$ 17,046 referem-se aos agentes privados e R\$ 35,807 aos agentes públicos (OLIVEIRA, 2004, p. 219).

A Administração Pública, ao invés de buscar alternativas de fontes de recursos para cobrir as obrigações extraordinárias dadas ao FCVS, simplesmente resolveu destinar a carga da dívida final que se relacionasse com o plano de financiamento ao cidadão, que era quem se valia do SFH, em decorrência de todo o seu apelo social.

Mesmo tendo a Administração Pública o conhecimento das consequências advindas do descompasso entre os reajustes das prestações e saldo devedor e mantido esta fórmula de financiamento, não mais quis se responsabilizar pelo “filho” que ela mesma criou.

O FCVS, cuja criação tinha como escopo não penalizar, no final do contrato, o mutuário pela distorção entre as prestações e o saldo devedor (sem que se esqueça, obviamente, que a prestação em valores módicos era do interesse do mutuário), foi afastado da previsão contratual (fim precípua) e mantido em relação às obrigações extraordinárias que foi imputado ao fundo.

A tendência de imputar ao mutuário a responsabilização pelo saldo devedor residual persistiu nas legislações subsequentes, até que a Lei nº 8.692, de 28 de

julho de 1993, pôs “uma pá de cal” sobre o assunto, afastando qualquer possibilidade de cobertura pelo FCVS do saldo devedor residual, no tocante a qualquer contrato habitacional regido sob a égide da legislação do SFH, independentemente do valor financiado.

De forma singela, a regra encetada pelos artigos 6º e 29º, da Lei nº 8.692/93, ao passo que manteve a previsão de contratação do financiamento habitacional pelo Plano de Equivalência Salarial (PES), afastou definitivamente a cobertura do FCVS em relação às operações regidas pela lei.

Art. 6º Os contratos celebrados após a data de publicação desta lei, em conformidade com o Plano de Equivalência Salarial (PES), serão regidos pelo disposto nesta lei.

[...]

Art. 29 As operações regidas por esta lei não terão cobertura do Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Antes mesmo da edição da Lei 8.692, em 28 de julho de 1993, o Poder Executivo já havia expedido norma no mesmo sentido. A Resolução BACEN nº 1.980, de 30 de abril de 1993, do Conselho Monetário Nacional, estabelecia o mesmo regramento que foi seguido pela Lei 8.692/93 acerca da inexistência da cobertura pelo FCVS nos contratos habitacionais, sendo, no entanto, a Resolução menos singela que a Lei, posto que consignou expressamente que recairia sobre o mutuário a responsabilidade pelo pagamento do saldo devedor residual existente ao final do contrato:

Art. 5º. Os financiamentos no âmbito do SFH observarão as seguintes condições:

I - serão contratados em sistema de amortização e plano de reajuste escolhidos entre as partes;

II - terão previsão contratual de que eventual saldo devedor, ao final do prazo ajustado, será de responsabilidade do mutuário, podendo o prazo do financiamento ser prorrogado por período de até 50% (cinquenta por cento) daquele inicialmente pactuado;

III - terão contribuição ao Fundo de Assistência Habitacional (FUNDHAB);

IV - não contarão com cobertura do FCVS (BACEN, 1993).

Portanto, desde 1993 os contratos habitacionais firmados com base nas normas do SFH não mais possuem previsão da cobertura do FCVS em relação ao saldo devedor residual, fixando-se a partir de então a responsabilização do mutuário por tal obrigação.

4 CONSEQUÊNCIAS DA SUPRESSÃO DO FCVS NA COBERTURA DO SALDO DEVEDOR RESIDUAL – EXAME QUANTITATIVO E JURISPRUDENCIAL DA MATÉRIA

4.1 Análise quantitativa dos contratos habitacionais sem cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS

As consequências fáticas e sociais da escolha do Estado em retirar a sua cota de contribuição na aquisição da moradia aos cidadãos somente seria melhor sentida e vislumbrada após longos anos, na medida em que os contratos de financiamento habitacional possuem prazo de longa duração, geralmente de 180, 240 e 360 meses, ou seja, 15, 20 e 30 anos.

Um contrato, por exemplo, firmado no ano de 1993, com prazo contratual de 240 meses, terá seu saldo devedor residual, sem cobertura do FCVS e sob a responsabilização do mutuário, em 2013.

Essa realidade jurídico-social já é sentida pelos mutuários cujos contratos habitacionais decursaram os seus prazos normais.

De maneira a propiciar melhor visualização do problema buscar-se-á neste capítulo examinar de forma quantitativa as consequências factuais que decorreram da supressão da cobertura do FCVS nos contratos habitacionais.

A metodologia utilizada para tal quantificação foi a de coletar dados, junto ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, acerca dos montantes pecuniários envolvidos nas discussões sobre a ausência da cobertura do FCVS. Sendo certo que o Poder Judiciário Federal é o celeiro dos embates jurídicos existentes sobre o material, os dados colhidos na pesquisa retratariam, em números, a panorâmica factual do problema jurídico em estudo.

Seguindo o raciocínio aqui exposto, o exame, realizado em abril de 2013, buscou verificar qual a importância que o mutuário suportaria a título de saldo residual final. A pergunta da coleta dos dados consistia no seguinte: qual o valor que o indivíduo teria que pagar para quitar o saldo devedor residual?

Para responder à pergunta, foram analisados os acórdãos junto ao TRF da 5ª Região que discutiam sobre o assunto. Escolheu-se, assim, para ser pesquisado no sítio eletrônico do aludido Tribunal, o termo “saldo residual nulidade”. A escolha desse termo partiu do fato das demandas judiciais perseguirem, em sua maioria, a

anulação da cláusula contratual que prevê a responsabilidade do mutuário pela cobertura do saldo devedor residual.

Escolhido o termo, encontrou-se um total de 368 resultados. Com base, então, nesta amostragem de acórdãos realizou-se a apuração quantitativa do caso. O levantamento dos dados consistia em proceder à leitura da decisão, a fim de verificar se havia a indicação do valor discutido a título de saldo devedor residual e qual o seu montante.

O resultado da apuração, contida no apêndice I, foi o seguinte:

- 49 acórdãos não estavam disponíveis;
- 169 acórdãos não indicavam o valor discutido;
- 31 acórdãos versavam sobre matéria distinta;
- 124 acórdãos indicavam o valor discutido.

Prosseguindo a análise, foram separados os acórdãos que indicavam os valores discutidos, coletando-se os dados sobre o valor que o indivíduo teria que pagar para quitar o saldo devedor residual.

Para não nominar os envolvidos (apesar dos processos não correrem sob sigilo de justiça), optou-se por apresentar a coleta dos dados consignando-se, em colunas separadas, o número do processo judicial e o respectivo montante discutido a título de pagamento de saldo devedor residual.

Os resultados encontrados demonstraram o seguinte:

- as 124 decisões que indicavam o importe envolvido representam um total de R\$ 34.676.074,87 (trinta e quatro milhões, seiscentos e setenta e seis mil, setenta e quatro reais e oitenta e sete centavos);
- fazendo-se um média, chega-se ao importe de R\$ 279.645,77 (duzentos e setenta e nove mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e setenta e sete centavos);
- os valores dos saldos residuais variaram entre R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil) e R\$ 634.691,78 (seiscentos e trinta e quatro mil, seiscentos e noventa e um reais e setenta e oito centavos);

Outras verificações poderiam ter sido realizadas, como, por exemplo, a relação entre o valor financiado, o prazo e o saldo devedor residual, no entanto, o escopo da análise quantitativa proporcionada na pesquisa era o de **demonstrar a**

carga pecuniária que recaiu sobre o cidadão com a supressão da cobertura do Fundo de Compensação da Variação Salarial (FCVS), mesmo após este cidadão ter realizado o pagamento de todas as suas prestações.

O saldo devedor residual **não decorre da inadimplência do contrato de empréstimo. O valor é devido apesar do mutuário manter-se devidamente regularizado em suas obrigações mensais.**

Os números apurados demonstram uma situação factual alarmante, posto que a conclusão é de que há um endividamento da população que firmou o contrato habitacional sob a égide do SFH em valor desproporcional à condição financeira dessa população (sendo certo que o SFH tem como objetivo a aquisição da moradia para a população de baixa renda).

Não é ocioso destacar que o montante devido pelos mutuários a título de saldo devedor deveria retornar para sua fonte de recurso – o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE). A impossibilidade de quitação desses saldos devedores residuais resulta numa autofagia do próprio Sistema Financeiro de Habitação, na medida em que a própria previsão normativa, ao recair sobre o mutuário a responsabilidade do saldo residual, desencadeou a impossibilidade do retorno do montante emprestado, fazendo com que o SFH apenas se alimentasse dele mesmo (nem do FCVS, como antes, nem dos mutuários).

Ademais, os empréstimos habitacionais possuem previsão de ônus real recaindo sobre os imóveis objetos dos contratos. Encontram-se, portanto, as moradias adquiridas pelos indivíduos com registro de gravame hipotecário. Assim, o não pagamento do saldo devedor residual ocasiona a promoção da execução extrajudicial, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 70/66, que culmina na adjudicação do imóvel pelo credor hipotecário (na hipótese da não quitação) e a retirada do cidadão do imóvel por ele anteriormente adquirido.

4.2 O entendimento do STJ sobre a responsabilidade do saldo devedor residual nos contratos sem cobertura do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS)

Diante da obrigação vultosa, como visto no tópico anterior, os mutuários ingressaram com demandas judiciais contra os agentes financeiros postulando a

nulidade da cláusula que atribuem para o mutuário a responsabilidade da quitação do saldo devedor residual.

De modo a verificar a jurisprudência dominante atinente ao problema, a pesquisa analisará, neste capítulo, as decisões prolatadas no Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Tribunal Superior onde as ações são julgadas em última instância por discutirem Lei Federal).

A metodologia utilizada para o exame foi a de coletar dados (realizada em maio de 2013), junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verificando-se os julgamentos exarados no âmbito do STJ.

Verificou-se, de início, que o tema da responsabilidade do saldo devedor residual é travada junto à Terceira e à Quarta Turma, especializadas em direito privado.

Utilizando-se para a pesquisa o termo: “saldo residual”, encontrou-se na Terceira Turma o total de 18 documentos³. Procedendo à leitura das decisões, verificou-se que 10 correspondiam ao assunto tratado: cobertura do saldo residual pelo FCVS, e, 8 delas não possuíam relação com o tema.

Todos os 10 julgamentos colhidos na Terceira Turma entenderam que a responsabilidade pelo pagamento do saldo devedor residual, nos contratos sem cobertura do Fundo de Compensação de Variação Salarial, recaía sobre os mutuários.

Na Quarta Turma, utilizando o mesmo critério de pesquisa, foram encontrados 10 documentos⁴, dos quais, após análise, constatou-se que apenas 3 relacionavam-se com a temática, enquanto os demais versavam sobre assunto diverso.

Todos os 3 julgamentos da Quarta Turma imputaram ao mutuário a obrigação pela quitação do saldo devedor residual, nos contratos sem cobertura do FCVS.

De modo a sintetizar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à responsabilização pelo adimplemento do saldo devedor residual gerado pela previsão legal do descompasso entre os reajustes das prestações e os reajustes do

³ Todos os documentos encontram-se disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28saldo+residual%29+E+%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>.

⁴ Todos os documentos encontram-se disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28saldo+residual%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>.

saldo devedor, analisa-se o conteúdo do Recurso Especial nº 823.791/PE (um dos julgados colhidos na Terceira Turma), cuja ementa possui o seguinte teor:

RECURSO ESPECIAL - SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL (SFH) - CONTRATO DE FINANCIAMENTO SEM COBERTURA DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS (FCVS) - PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR RESIDUAL PELO MUTUÁRIO - CABIMENTO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário.

2. Tal entendimento não se limita aos contratos firmados após a Lei n. 8.692/93, mas se espraia para qualquer contrato de financiamento habitacional em que não se tenha pactuado expressamente a cobertura do FCVS.

3. Recurso especial provido (STF, 2008).

O voto do Relator do Recurso, Ministro Massami Uyeda, possui os seguintes excertos:

A celeuma instaurada no recurso especial centra-se em saber se, em contrato de financiamento imobiliário celebrado no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional – SFH – no ano de 1991, é ou não lícita a cláusula que carrega ao mutuário a responsabilidade pelo pagamento de eventual saldo devedor remanescente após o término do prazo de amortização ajustado.

[...]

O fato é que esse atrelamento do reajuste das prestações mensais a critérios diversos do aplicável ao reajuste do saldo devedor gerava, freqüentemente, um considerável montante ainda pendente de amortização ao fim do prazo contratual.

Por outro lado, antevendo esse saldo devedor residual, a Resolução n. 25, de 16.06.1967, do Conselho de Administração do extinto Banco Nacional da Habitação – BNH – instituiu o Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS –, o qual, em síntese, consiste em uma espécie de seguro destinado a cobrir esse valor eventualmente remanescente quando do término do contrato. Em contrapartida a essa garantia, cumpria ao mutuário desembolsar, mensalmente, além do valor das prestações mensais, uma contribuição destinada ao FCVS. Essa contribuição mensal do mutuário e o aporte de recursos do BNH alimentavam o FCVS.

Convém ressaltar que, ao longo do tempo, o FCVS imergiu em uma crise financeira notória, na medida em que os saldos residuais dos contratos de financiamento passaram a ser constantes e em valores expressivos.

Esse crescente solapamento do FCVS ensejou a edição de normas restritivas, entre as quais se destaca o DL 2.349/87. Com efeito, após esse decreto-lei, os contratos de financiamento não poderiam conter a cláusula de cobertura pelo FCVS, salvo se o valor mutuado fosse inferior ao que seria fixado pelo Conselho Monetário Nacional. Ademais, o referido diploma se apressou a afirmar o óbvio: *"nos contratos sem cláusula de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação"* (art. 2º).

Realmente, é evidente que os contratos sem adesão ao FCVS carregam aos mutuários o dever de suportar o saldo devedor residual.

Acresça-se, por oportuno, que a Lei n. 8.692, de 28 de julho de 1993, representou um marco nessa tendência de afastar dos contratos de financiamento a cobertura do FCVS, porquanto, em seu artigo 29, assentou, *in verbis*: *"As operações regidas por esta lei não terão cobertura do Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS)"*.

Essas considerações são relevantes para explicar o porquê de, nos contratos sem cobertura do FCVS, inexistir abuso ou ilegalidade na inserção de cláusulas que explicitem o que, há muito, já integra a lógica do SFH, a saber: o mutuário final deverá arcar com o saldo devedor residual.

De fato, ao associar a atualização das prestações mensais a modalidades de reajustes diferentes da incidente sobre o saldo devedor, a legislação objetivou, apenas, livrar o mutuário de suportar, nas prestações mensais, a repercussão financeira imediata decorrente das variações imprevisíveis da economia. Não buscou, jamais, brindar o mutuário com a redução final do custo do empréstimo.

Ao bônus de valer-se, por anos, de uma prestação mensal compatível com os reajustes salariais, segue-se o ônus de, ao cabo do contrato, arcar-se com o saldo devedor eventual remanescente. Realmente, desse encargo o SFH somente desonerou aqueles mutuários em cujo contrato houvesse a adesão ao FCVS e que, por isso, contribuíram mensalmente para esse fundo.

É essa sistemática que foi desenhada pela lei e pela vontade das partes, de maneira que se revela inviável que o Judiciário a remodele para, a qualquer pretexto, estender o benefício do FCVS aos mutuários que não contribuíram para esse fundo por terem celebrado contratos de financiamento sem a correspondente cláusula de garantia de cobertura.

A diferença de reajuste das prestações mensais em relação ao reajuste do saldo devedor implicou, na espécie, um saldo devedor residual, o qual **será de responsabilidade dos mutuários em razão da inexistência de previsão de cobertura do FCVS.** (STF, 2008, grifos nossos).

Da leitura do voto do Relator Massami Uyeda constata-se que o fundamento do julgado para a responsabilização do mutuário em quitar o saldo devedor residual consiste principalmente no fato de estar a obrigação prevista em cláusula contratual.

O acórdão expressa que houve vontade da parte em deliberadamente responsabilizar-se pelo pagamento do saldo devedor residual, e que o fez sob o aspício da lei.

No entender do julgamento houve um benefício dado ao mutuário durante anos, na medida em que sua prestação reajustava em consonância com a variação do seu salário, motivo pelo qual seria correto o encargo alusivo ao saldo devedor residual, ao final da contratação.

O tema da quitação do FCVS vem sendo tratado sistematicamente pelo STJ, na medida em que os contratos habitacionais aproximam-se dos seus prazos finais e a dívida do saldo devedor residual permanece sob a responsabilidade do cidadão.

Fazendo-se a leitura do julgamento, que não precisa ser sequer de forma acurada, constata-se que a argumentação desenvolvida não trata sobre o direito à moradia propriamente dito, mas sim acerca dos aspectos contratuais travadas entre particulares. A Terceira e Quarta Turmas do STJ lidam com demandas entre particulares, inclusive.

A moradia, enquanto direito humano, direito fundamental e direito social constitucionalmente previsto, entra no cenário da discussão apenas como um pano de fundo e não como protagonista do embate.

A jurisprudência produzida não debate sobre o bem maior protegido pelo Sistema Financeiro de Habitação – a moradia –, mas sim sobre validade ou não de cláusulas contratuais.

Tal fato tem como consequência a pouca inserção do poder judiciário no processo de judicialização das políticas públicas relacionada à moradia. A celeuma é contratual e não sobre o bem em proteção.

Não se verifica evolução no STJ na construção de um posicionamento definido sobre o direito à moradia. Não é formada uma hermenêutica jurídica, no seio do poder judiciário, em relação ao direito social à moradia. Não existe uma teoria jurídica definida em relação ao direito à moradia, não se conclui sobre quais princípios jurídicos devem ser sempre observados quando o assunto estiver ligado ao direito à moradia.

O direito à moradia passa à margem das discussões judiciais travadas no STJ. As teorias jurídicas relacionadas aos contratos e ao direito civil, tal como a vontade das partes em contratar e o *pacta sunt servanda*, são os assuntos que ganham o protagonismo da cena quando o tema é Sistema Financeiro de Habitação. O aspecto contratual e financeiro sobrepõe-se ao habitacional. O sistema parece ser bem mais “financeiro” que “habitação”. Não se entremostra diferente tal aspecto em relação ao tratamento dado quanto à responsabilidade do saldo devedor residual nos contratos sem cláusula de cobertura de FCVS.

A falta de uma judicialização sobre o direito à moradia contribui para a ausência de uma construção teórica da ciência do direito atinente à moradia. Emerge-se a importância de que a moradia passe a ser pauta de discussões mais aprofundadas, sobretudo no poder judiciário, fórum em que os temas ganham a linguagem do direito e onde é formulada a hermenêutica jurídica que é dada ao tema. Definir os princípios a serem seguidos quanto à aplicação do direito à moradia, servirá de vetor aos diversos atores sociais que desenvolvem políticas públicas atreladas à habitação, aspecto este que nos dias hodiernos ainda não foi conquistado.

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – O DIREITO À MORADIA E CASO DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, corte suprema em nosso ordenamento jurídico, não se depara continuamente com o tema relacionado à moradia, muito menos de forma geral, mas sim através de discussões espaciais, envolvendo direitos individuais. No concernente ao SFH, dada a feição contratual e infraconstitucional dada à matéria, as discussões acerca dos contratos do SFH, e, por conseguinte, da efetividade do próprio direito à moradia dentro desse sistema estatalmente implantada fica à margem do Supremo Tribunal Federal.

Dentre os temas tratados pelo STF atinente ao direito à moradia, destaca-se o embate desenvolvido no pleno do STF, no RE 407.688-8, sobre a impenhorabilidade, ou não, do bem de família dado em garantia pelo fiador, nos contratos de locação, após o advento da Emenda Constitucional (EC) 26/2000, que inseriu a moradia entre os direitos sociais catalogados no artigo 6º, da Constituição Federal.

Os 10 (dez) Ministros que se debruçaram à época na discussão foram os seguintes: Cezar Peluso (Relator); Eros Grau; Joaquim Barbosa; Carlos Ayres Britto; Gilmar Mendes; Ellen Gracie; Marcos Aurélio; Celso de Mello; Sepúlveda Pertence; Nelson Jobim.

Venceu o voto do Relator Cezar Peluso, que entendeu que a penhora do imóvel do fiador, no contrato de locação não afrontava o direito à moradia, insculpido no artigo 6º, da Magna Carta, trazendo a seguinte Ementa:

Ementa. FIADOR. Locador. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro d 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (STF, 2006)

Analisando-se os votos dos Ministros participantes da decisão, constata-se o embate travado sobre a eficácia e efetividade da norma constitucional, bem como

sobre o confronto da norma constitucional e a regra civilista atinente ao contrato de locação.

No voto vencedor do Relator Cezar Peluso defendeu-se que o direito à moradia consubstanciaria em direito prestacional, dependente de atividades desenvolvidas pelo Estado, através da adoção de políticas públicas, e, que, em consequência, inúmeras seriam as ações que poderiam ser delineadas pelo Estado de modo a atender os indivíduos no que toca a este direito social.

Asseverou, assim, Peluso que afastar a penhora do imóvel dado em garantia pelo fiador no contrato de fiança “romperia equilíbrio do Mercado” e serviria, segundo o entendimento do Relator, para dificultar a locação, o que, numa análise, prejudiciaria o próprio direito à moradia, constitucionalmente consagrado. Veja-se passagem do Voto do Relator:

A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, ‘independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas’, sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados ‘**direitos a prestação**, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos’. Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia.

[...]

Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do Mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia (STF, 2006).

Emerge-se, indubitavelmente, um viés acentuadamente atrelado ao aspecto civilista-privatista no voto do Ministro Cezar Peluso, atentando-se ao contrato entre partes, e, portanto, à dimensão individual do direito à moradia, do que o tratamento do tema de forma geral, plural, que envolve uma coletividade de pessoas. Preocupou-se, na análise, mais com a figura da fiança, do que do direito à moradia, garantido constitucionalmente.

Houve no voto uma divisão bem notada entre o aspecto público e o privado. No tangente ao aspecto público delineou-se o entendimento de que o direito consistiria basicamente num direito de prestação do Estado. Já no prisma privado, que se encontra em jogo o direito envolvido por particulares, o que vale é a regra de mercado, devendo prevalecer o que melhor configurar para ele, mesmo que desatenda, ao menos numa interpretação literal, ao comando constitucional.

Votaram de acordo com o Relator Cezar Peluso, os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marcos Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

Vale ainda ressaltar que, a fim de robustecer a penhorabilidade do bem, o Ministro Joaquim Barbosa enfatizou que, para ele, estariam em confronto dois direitos fundamentais: o direito social à moradia e o direito à liberdade, consubstanciada na faculdade de obrigar-se contratualmente por livre manifestação da vontade.

Entendeu o Ministro Joaquim Barbosa, sobrelevando o aspecto privatista contratual da relação jurídica em foco, que a vontade expressada na fiança, consistiria uma expressão da liberdade. Veja-se passagem do voto:

Mas a singularidade do presente caso reside no fato de que a suposta violação de um direito fundamental não se dá no bojo de um típica relação jurídica que se estabelece entre o titular do direito e um órgão estatal, mas, sim, numa relação entre particulares, tipicamente de direito privado.

[...]

Sustenta-se que essa penhora seria contrária ao disposto na Constituição federal, sobretudo após a Emenda Constitucional 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição.

Entendo, porém, que esse não deve ser o desenlace da questão. Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta.

É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria.

Por via de consequência, entendo que não há incompatibilidade entre o art 3º, VII, da Lei 8.009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade de penhora do bem de família em caso de fiança em contrato de locação, e a Constituição federal (STF, 2006).

Nada obstante o caráter irrenunciável do direito à moradia, concluiu o Ministro Joaquim Barbosa, que através de um contrato de locação realizado entre particulares, poderia ser este alvo de penhora, quando prestado fiança para este fim. Desvela-se do voto um enaltecer ao *pacta sunt servanda*, como expressão da liberdade, mesmo em aparente afronta ao direito fundamental da moradia.

Votaram contrariamente ao Relator, os Ministros Eros Grau, Carlos Aytes Britto e Celso de Mello, alicerçados, sobretudo, na força normativa da Constituição e da sua eficácia imediata.

O Ministro Eros Grau, em caloroso embate com o Relator Cezar Peluso, diagnosticou o problema ideológico assente ao tema, argumentando acerca da nocividade do entendimento enraizado em relação aos direitos sociais insertos em nossa Constituição como normas programáticas, que serviriam apenas como normas vetores aos poderes políticos, direcionando-se axiologicamente, impedindo, no entanto, uma maior densificação jurisdicional sobre o tema.

Destacou ainda o Ministro Eros Grau em seu voto, que, no seu sentir, a doutrina brasileira de direito público estaria indo em sentido contrário a evolução do direito privado que cada vez mais se constitucionaliza, ironizando que a doutrina constitucional brasileira estivesse sendo escrita pelos civilistas.

Os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante. E mais: já é mesmo tempo de abandonarmos o uso da expressão 'normas programáticas', que aparece nos autos, não no voto de Vossa Excelência, porque essa expressão porta em si vícios ideológicos perniciosos.

[...]

Diria, quase finalizando, que este não é o momento adequado para um discurso sobre os diferentes graus de intensidade vinculativa das normas constitucionais, mas insisto neste ponto: a Constituição do Brasil vincula o legislador.

Os constitucionalistas que negam essa vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma rica 'constitucionalização do direito civil'. Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina mais moderna de direito público é a produzida pelos civilistas.

[...]

Insisto na circunstância de que não houve a recepção, pela Emenda Constitucional n. 20, da Lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade. Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não há de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais (STF, 2006).

Emerge-se do voto do Ministro Eros Graus aspectos ideológicos evidentes que se contrapõem. Um, atinente ao viés privatista das relações sociais, desembocando-se numa concepção liberal, em que as relações desenvolvidas através dos contratos de locação não estariam a ferir a Constituição quando em risco o direito à moradia do fiador. O outro, vinculado a uma concepção normativa da Constitucional, contrapondo os direitos fundamentais, ligados sobretudo à dignidade da pessoa humana, às relações deflagradas pelos particulares que não condissessem com o núcleo substantivo inserto na norma constitucional, optando o