

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição**

**A POLÍTICA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À MORADIA: UM ENSAIO DE APLICAÇÃO DA
ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA**

ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS NEVES

Brasília
2012

ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS NEVES

A POLÍTICA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À MORADIA: UM ENSAIO DE APLICAÇÃO DA
ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília para obtenção de título de Mestre em
Direito. Área de concentração: Direito, Estado e
Constituição. Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de
Castro.

Brasília
2012

ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS NEVES

A POLÍTICA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À MORADIA: UM ENSAIO DE APLICAÇÃO DA
ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-graduação
em Direito da Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília para obtenção de título de Mestre em
Direito. Área de concentração: Direito, Estado e
Constituição. Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de
Castro.

Brasília, 5 de abril de 2012

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fabio Medina Osório

Prof. Dr. Valcir Gassen

RESUMO

O trabalho parte da constatação de que a dogmática jurídica atualmente predominante no Brasil assume uma concepção formalista que se afasta da realidade social, obscurecendo o operador do direito na compreensão do sofrimento humano em situações dramáticas de injustiça, como é o caso do problema da falta de moradia para pessoas carentes. É traçado o panorama geral pelo qual o direito à moradia é tratado pelo direito formalista no Brasil, percorrendo as principais características dogmáticas, o histórico de sua positivação no direito interno e externo e as controvérsias mais importantes sobre as quais os autores e a jurisprudência vêm se debruçando. Diante das limitações inerentes às abordagens de natureza formalista, o estudo apresenta os pressupostos básicos e os procedimentos da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), que será utilizada como alternativa crítica para caracterizar os aspectos empíricos da política habitacional brasileira, valendo-se, como instrumental complementar, de elaborações da área de estudos denominada Direito e Desenvolvimento. O presente estudo descreve a evolução da política habitacional brasileira, com enfoque especial na política de crédito imobiliário, percorrendo desde as iniciativas do período do império, passando pelo Sistema Financeiro da Habitação e sua crise sistêmica, os meios alternativos de superá-lo, até a política atual - o Programa “Minha Casa Minha Vida”, a última e mais ampla iniciativa governamental de intervenção no setor habitacional. O trabalho também focaliza articulações da política habitacional brasileira com os instrumentos jurídicos necessários à sua consecução, desenvolvendo os conteúdos de interesse público e privado dos contratos de crédito imobiliário e analisando as principais controvérsias atinentes a conteúdos das cláusulas monetárias que caracterizaram a implementação da política no setor, em especial na busca de mecanismos contratuais que incentivem a efetivação do direito à moradia. Articulando de forma empírica a disponibilidade de crédito imobiliário e a evolução do déficit habitacional, o trabalho traça um prognóstico sobre a política governamental em vista da efetivação do direito à moradia, identificando o restabelecimento do equilíbrio no sistema de disponibilidade de crédito que conjuga regras de livre mercado a quem tem disponibilidade financeira e subsídio estatal para o segmento de baixa renda, principal eixo da atual política governamental. Também são encontrados avanços no sentido de se consolidar estruturas institucionais que estimulam a participação social e a descentralização administrativa, que podem ter papel decisivo na melhoria das condições de vida da população mais necessitada.

Palavras-chave: Direito à moradia. Efetividade. Política habitacional brasileira. Crédito imobiliário. Programa “Minha Casa, Minha Vida”.

ABSTRACT

The starting point of this study is the observation that prevailing legal dogmatics in Brazil today takes a formalist conception that distances itself from social reality, obscuring for the operator of the law the understanding of the human suffering in dramatic situations of injustice, as is the case of lack of housing for poor people. A general picture is outlined of how formalist law in Brazil deals with the right to housing, covering the main dogmatic characteristics, the background of its positivation in internal and external law, and the most important controversies covered by Brazilian jurists and case law. While indicating the constraints that are inherent to the formalist approaches, the study presents the basic assumptions and the procedures of the Legal Analysis of Economic Policy (LAEP), which will be used as a critical alternative to characterize the empirical aspects of the Brazilian housing policy, making use of the field of study known as Law and Development as a complementary tool. This study describes the evolution of the Brazilian housing policy, with a special focus on the real estate credit policy, covering initiatives from the imperial period, to the Housing Finance System (Sistema Financeiro da Habitação) and its systemic crisis, the alternative means of overcoming it, to the current policy – the “Minha Casa Minha Vida” program, the most recent and broadest government intervention initiative in the housing sector. The study also focuses on the linkages between the Brazilian housing policy and the legal instruments needed for its implementation, developing the contents of public and private interest regarding the mortgage contracts and analyzing the main controversies surrounding the contents of the monetary clauses that characterize the implementation of the policy in the sector, particularly in search of contractual mechanisms that promote the fulfillment of the right to housing. By empirically linking the availability of real estate credit and the evolution of the housing deficit, the study makes a prognosis for the government policy in view of the fulfillment of the right to housing, identifying the reestablishment of the balance in the credit availability that combines free market rules for those who can afford it and state subsidies for the lower income population as the main focus of the current government policy. The study also identifies progress made toward the consolidation of institutional structures that encourage social participation and administrative decentralization, which may play a decisive role in improving the living conditions of the neediest segment of the population.

Keywords: Right to housing. Effectiveness. Brazilian housing policy. Real estate credit. “Minha Casa, Minha Vida” program.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DIREITO À MORADIA	12
2.1. Contextualização do tema.....	12
2.2. Questão preliminar: fronteiras entre o direito à moradia e direito de propriedade.....	18
2.3. Direito à moradia: abstrações da doutrina formalista	24
2.3.1. Direito à moradia e direito de habitação.....	24
2.3.2. Elementos teóricos da doutrina formalista	26
2.3.3. Características do direito à moradia	31
2.4. Direito à moradia: normas positivadas e sua análise formalista.....	35
2.4.1. Direito internacional	35
2.4.2. Direito comparado	43
2.4.3. Direito à moradia no Brasil.....	46
2.4.3.1. Positivação	46
2.4.3.2. Questões atuais abordadas pela doutrina e jurisprudência formalistas.....	50
2.5. Crítica à análise formalista do direito à moradia	60
3. PROPOSTA DE ANÁLISE JURÍDICA PARA SUPERACÃO DA DOGMÁTICA FORMALISTA.....	64
3.1. Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE).....	64
3.2. A abordagem do ‘Direito e Desenvolvimento’ (D&D)	72
3.2.1. Teoria da modernização.....	74
3.2.2. Teoria da dependência	78
3.2.3. Transição do Direito e Desenvolvimento	81
3.2.4. O Novo Direito e Desenvolvimento	84
3.3. Relações entre a AJPE e o D&D	86
4. POLÍTICA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO.....	91
4.1. Mercado imobiliário	91
4.2. Crédito imobiliário e política.....	97
4.3. Período do Império até meados do século XX	102
4.4. O Sistema Financeiro da Habitação (SFH).....	111
4.5. A crise do SFH e o vácuo institucional	123
4.6. O Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).....	130
4.7. A busca de novas alternativas.....	136

4.8.	Programa ‘Minha Casa Minha Vida’	143
4.9.	Análise empírica: PMCMV x direito à moradia.....	151
5.	ESTRUTURAS MONETÁRIAS DO CONTRATO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO	159
5.1.	Correção monetária.....	163
5.2.	Sistema de amortização	177
5.3.	Taxa de juros.....	182
6.	CONCLUSÕES.....	186
	REFERÊNCIAS	192
	ANEXO: LEIS E ATOS NORMATIVOS	199

1. INTRODUÇÃO

Na madrugada do dia 8 de novembro de 2011, dez prédios abandonados na cidade de São Paulo, sendo a maioria no centro, foram ocupados por cerca de 2,7 mil integrantes de movimentos sem-teto, em uma ação planejada há dois meses que está sendo considerada a maior da história de São Paulo. Os manifestantes (pessoas que moram em cortiços, favelas e casas de aluguel de bairros de periferia) reivindicavam a desocupação de prédios públicos, melhoria nos programas de locação social, reforma de prédios e construção de unidades habitacionais¹. A notícia apenas reflete um evento caracterizador da tensão social emergente nos grandes centros urbanos, provocada pela falta de oferta de moradias adequadas e acessíveis à massa da população, além de condições de vida insatisfatórias, às vezes degradantes, de grande parte da população urbana brasileira. Antigas edificações nos centros da cidade, muitas vezes abandonadas, esquecidas e desvalorizadas, passam a constituir focos de ações de movimentos sociais ligados à parcela da sociedade que vive em condições precárias e não tem acesso ao mercado imobiliário.

Segundo o censo do IBGE de 2010, cerca de 13% das casas e apartamentos do centro de São Paulo, o equivalente a cerca de 22 mil unidades², estão vazios, enquanto que 130 mil famílias não têm moradia no mesmo município, conforme estimativa da Secretaria Municipal da Habitação. Isso revela que nas grandes cidades brasileiras, além de inúmeros imóveis ociosos, há ironicamente uma imensa demanda habitacional que não é atendida pelo mercado imobiliário, em razão de diversos fatores inerentes à própria dinâmica desse mercado.

A falta de uma política habitacional adequada, que estabilize um equilíbrio entre oferta e demanda por moradia para as famílias de baixa renda, estimula uma situação de instabilidade social, que acaba por fomentar atos de enfrentamento ao *status quo*, mediante a ação de grupos que passam a reivindicar de forma mais incisiva os seus direitos. E os “institutos” e

¹ Folha de São Paulo de 8 de novembro de 2011, cotidiano p. C8.

² Rui Geraldo Camargo Viana afirma que a má distribuição da área urbana em São Paulo cria vazios antieconômicos, com uma média de 27% de subocupação da área central que ora se tenta revitalizar (O direito à moradia. In: *Revista de Direito Privado*, ano 1, n. 2, abril-junho de 2000, p. 13).

constructos jurídicos atuais, que são prevalentes na cultura jurídica brasileira, não são adequados para contribuir na superação desse tipo de situação de uma forma que diminua a tensão social e promova a justiça econômica para a parcela mais carente da população.

Ocorre que, no Brasil, o tema, quando é analisado pelo direito, normalmente recebe o tratamento doutrinário predominante de orientação extremamente formalista, que analisa a dogmática normativa e principiológica de modo alheio aos problemas sociais, no mais das vezes socorrendo-se de princípios jurídicos abertos a incorporar preferências pessoais do jurista. Essa abordagem dogmática, embora praticada por vários juristas de renome³ e relativamente bem acolhida em nossos Tribunais, apresenta diversas limitações. A principal delas é que o tratamento formalista se afasta da realidade social, obscurecendo a visão do operador do direito com relação a diversas situações concretas, notadamente quando se está diante de experiências dramáticas de injustiça, ficando o analista imune ao sofrimento humano que permeia as relações sociais, como é o caso do problema da falta de moradia para pessoas carentes.

Por outro lado, a análise jurídica formalista, que se escora em abstrações e conceitos preconcebidos e de ampla generalidade, não consegue examinar criticamente a política pública, carecendo de meios que contribuam claramente para a efetivação dos direitos analisados. Assim, os resultados apresentados por essa abordagem são divorciados da realidade, gerando, se aplicada, consequências nefastas e imprevisíveis.

Para superar as restrições inerentes à abordagem jurídica formalista, o presente estudo adotará uma diferente perspectiva para explorar o tema: a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE), criada e desenvolvida por Marcus Faro de Castro⁴, que oferece meios para elaborar uma crítica jurídica das políticas públicas de forma efetiva (no caso do presente trabalho, a política habitacional, mais especificamente a política de crédito imobiliário). Tal perspectiva transcende a ótica jurídica convencional por melhor elaborar uma crítica que consegue conjugar a preocupação acerca da efetividade dos direitos fundamentais com a realização da justiça econômica.

Nesse sentido, o objetivo do presente estudo é, com base em uma análise da política habitacional desenvolvida no Brasil, conectá-la de forma mais efetiva com a fruição do direito à moradia e, não se afastando da realidade empírica, propor soluções para a política de crédito

³ A exemplo, apenas para ficar no geral, por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴ A AJPE foi descrita inicialmente em “A função social como objeto da análise jurídica da política econômica. In: *Notícia do Direito Brasileiro*, vol. 14, 2007, e após foi esmiuçada em outros textos, mas principalmente em “Análise jurídica da política econômica”. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 3, Número 1, 2009.

imobiliário que possam, superando a análise jurídica tradicional, dar concretude ao direito envolvido. O trabalho parte do pressuposto de que existe relação íntima entre a política de crédito imobiliário e a efetivação do direito à moradia, cumprindo ao jurista explicitar os seus elementos de conexão e desvelar suas variáveis em uma abordagem científica sensível aos fatos sociais e problemas humanos.

Para além da política habitacional, o tema se insere na própria história econômica brasileira recente e seus reflexos no campo jurídico, em especial na promoção dos direitos fundamentais. É inegável a importância da poupança popular, estimulada por políticas públicas, como forma de mobilização dos excedentes econômicos que possam ser empregados na efetivação dos direitos sociais, no caso, na aquisição de moradias – que por sua vez, depende fundamentalmente de disponibilidade de crédito em função das características desse mercado. Dessa forma, as políticas públicas de cunho social se articulam com os mercados financeiros, viabilizando-se como ferramentas para a promoção de direitos sociais e para o desenvolvimento econômico.

Não se afastando dessa trajetória, a dissertação, no capítulo 2, traçará um panorama sobre o modo como o direito à moradia vem sendo tratado pelo direito formalista no Brasil, percorrendo as principais características dogmáticas, inclusive no campo normativo interno e externo, e buscando as controvérsias mais importantes sobre as quais os autores e a jurisprudência vêm se debruçando. O entendimento dogmático do conteúdo do direito à moradia será desenvolvido na dissertação, mas importa desde já esclarecer que, no âmbito deste trabalho, em nada se confunde com o instituto civilista denominado “direito de habitação” previsto no Código Civil, conforme será explicitado em momento oportuno.

Estabelecidas essas premissas, e demonstradas as insuficiências da análise jurídica formalista, no capítulo 3 buscar-se-á descrever a metodologia que se pretende empregar para criticar aspectos da política habitacional brasileira. Serão detalhados os pressupostos e os procedimentos da AJPE que serão utilizados na análise empírica desse trabalho, valendo-se, como instrumental complementar, da disciplina denominada “Direito e Desenvolvimento” (D&D)⁵, que também será esmiuçada, em seus principais pressupostos e em sua evolução até o estágio atual. Após, far-se-á um cotejo entre as duas abordagens, a fim de se identificar pontos de convergência, que serão aplicados no tratamento e no desenvolvimento do objeto específico.

⁵ Área de estudos e pesquisas criada na década de 1960 nos Estados Unidos, aqui incluindo a sua reelaboração atual, que recebeu a denominação de “Novo Direito e Desenvolvimento”.

Descrito o estado da arte da atual dogmática jurídica do direito à moradia e de posse do instrumental teórico a fazer frente (e superar a) à abordagem tradicional, parte-se no capítulo 4 à análise da política habitacional brasileira. Nessa parte do trabalho, será descrita a evolução da política habitacional brasileira, em uma análise histórica e crítica que conjugará a política com os instrumentos jurídicos necessários à sua consecução, com enfoque especial na *política de crédito imobiliário*. Dessa forma, a pesquisa oferecerá uma narrativa sobre fatos juridicamente relevantes desde o império, passando pelo período da Fundação da Casa Popular, pelo polêmico Sistema Financeiro da Habitação e sua crise sistêmica, os meios alternativos de superá-lo, até a política atual - o Programa denominado “Minha Casa Minha Vida”, a última e mais ampla iniciativa governamental de intervenção no setor habitacional. Apropriando-se dos elementos obtidos na descrição histórica da política habitacional com os dados empíricos disponíveis sobre a disponibilidade de crédito imobiliário, em cotejo com a evolução do déficit habitacional, traça um prognóstico da política governamental em vista da efetivação plena da fruição do direito à moradia.

Em seguida, manejando os conteúdos de utilidade pública e privada dos contratos de crédito imobiliário, na linha do que propugna a AJPE, o capítulo 5 analisará as principais controvérsias das cláusulas monetárias que se tornaram típicas de contratos no setor. Os problemas jurídicos suscitados na discussão de cláusulas contratuais servem de lição e de alerta para o jurista e para o formulador das políticas, na busca de novos mecanismos contratuais que incentivem o desenvolvimento econômico e na esperança de que os erros de estipulação dos conteúdos contratuais cometidos no passado como parte da “fórmula” de política pública adotada não se repitam.

No fecho, o trabalho procurará fazer um balanço da efetividade da política habitacional brasileira nos aspectos estudados, para fins de promoção do direito à moradia e sua fruição empírica. Também analisar-se-ão as principais propostas que se põem para a resolução do problema habitacional, traçando alguns prognósticos para a política de crédito habitacional, identificando equívocos que podem ser evitados e “boas práticas” que podem ser melhoradas. Sem embargo, adiantando resumidamente o que será explicitado adiante, é possível concluir que o Brasil adotou medidas corretivas ao livre mercado que predominava no setor desde a década de 1990, restabelecendo um equilíbrio no sistema de disponibilidade de crédito que pode render bons resultados em termos de redução do déficit habitacional, pois conjuga regras de livre

mercado, aplicáveis para quem tem disponibilidade financeira, com subsídio estatal para o setor de baixa renda, principal eixo da atual política governamental. Também são encontrados avanços no sentido de se consolidar estruturas institucionais que estimulam a participação social e a descentralização administrativa, que podem ter algum papel decisivo na melhoria das condições de vida da população de menor renda.

2. DIREITO À MORADIA

2.1. Contextualização do tema

O ser humano evoluiu da existência nômade para se fixar em assentamentos, quando descobriu as propriedades da agricultura e da pecuária. Desde que o homem deixou de ser nômade, passando a se estabelecer num local determinado, a continuidade da sua vida dependeu do desenvolvimento sociocultural e econômico. Nesse processo histórico, a habitação humana, antes improvisada e diversificada, passou a ter importância na sua sobrevivência, uma vez que a fixação de um local determinado importava em estabelecer condições materiais de repouso e alimentação que proporcionassem ao homem melhorar a exploração da terra. Assim, a partir do momento em que o homem cessa sua vida nômade, a moradia adquire relevância, pois não é em qualquer lugar que o indivíduo e os grupos sociais, como a família, têm condições de se desenvolver. A moradia passa a ser aquele *locus* em que o indivíduo ou grupo se fixa com ânimo de permanecer e exercer um modo de vida. A moradia, portanto, acaba se interligando com valores essenciais como a vida e até a liberdade, evoluindo em sua caracterização jurídica para ser considerada, nos tempos modernos, como um direito natural do ser humano⁶.

Classicamente, os direitos propriamente “individuais” nasceram nas revoluções liberais, tendo como base a liberdade e a propriedade. Porém, a sociedade inicialmente organizada com base na referência aos direitos individuais liberais rapidamente mostrou sua impropriedade, restando evidente que tal noção era limitada – e até juridicamente inadequada⁷. Aos direitos individuais clássicos foram incorporados os direitos sociais, econômicos e culturais,

⁶ Segundo o item 1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada em 25 de junho de 1993 na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, “[o]s direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos”. Merece nota a caracterização do direito à moradia dada por Viana: “Direito natural do indivíduo, indispensável à proteção da vida, da saúde, da liberdade, em qualquer parte o homem procurou e construiu o seu abrigo, seja numa caverna, na copa de uma árvore, nos buracos das penhas e até mesmo no gelo, protegendo-se das intempéries e dos predadores” (*Op. cit.*, p. 9).

⁷ A respeito ver CASTRO, Marcus Faro de. Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. In: *Revista Direito Empresarial*, v. 6, Curitiba, 2006.

tais como direitos à moradia, alimentação, saúde e ao trabalho. As “formas” jurídicas foram modificadas para que se acrescentassem, aos direitos individuais, também os sociais, como elementos normativos destacados nas constituições. Nada obstante a necessidade de se declará-los, o seu caráter de fundamentalidade advém de uma concepção jusnaturalista dos direitos individuais e sociais, que foi incorporada nos tratados de direitos humanos. Assim, eles têm de ser respeitados e aplicados universalmente, independentemente da cultura local, pois são considerados ínsitos à condição humana.

Os fenômenos aos quais correspondem essa evolução aparecem em várias narrativas sobre as mudanças ocorridas nas sociedades ocidentais a partir do século XVIII. Como será visto adiante, o processo de urbanização que foi impulsionado com a Revolução Industrial provocou uma evasão do campo e criou cinturões de pobreza e uma massa de favelados nos ambientes das cidades. O espaço urbano se tornou caótico, com a proliferação da pobreza nas vilas operárias. Por seu turno, o crescimento desordenado das cidades acarretou problemas de saúde pública, decorrente da ausência de saneamento básico das construções, disseminando o risco de propagação de doenças endêmicas. A partir daí, de acordo com o que a seguir será explicitado, a questão da moradia deixou de ser eminentemente privada, passando a ser um problema a ser enfrentado pelo poder público.

Sobre estes fatos, Friedrich Engels escreveu em 1872 importante obra denominada *Para a questão da habitação*⁸, destinada a ficar famosa e reforçar a literatura sociológica marxista. Esta obra é contemporânea à época em que a Alemanha despontava como importante pólo da Revolução Industrial. Engels criticava a posição socialista do médico Arthur Müllberger, de inspiração proudhoniana, que defendia a resolução do problema da habitação com a extinção dos alugueis e a abolição dos juros sobre o capital dos proprietários, transformando assim os locatários em proprietários, mediante o pagamento da propriedade em prestações. A obra, na verdade uma coletânea de artigos publicada no jornal *Volksstaat*, também criticava a posição dos autores que eram classificados por Engels como a “grande burguesia”. Em especial, suas críticas também eram desferidas contra a obra *As condições de habitação das classes trabalhadoras e a sua reforma* de Emil Sax (Viena, 1869)⁹.

⁸ Lisboa-Moscovo: Avante!, 1983.

⁹ Não é objetivo desse capítulo analisar as críticas e as propostas de Engels, mas apenas descrever a origem do problema habitacional. Nada obstante, vale assinalar que, para Engels, a crise da habitação para os trabalhadores e para uma parte da pequena burguesia nas cidades modernas constitui um dos males provocados pelo modo capitalista

Engels traz importante relato sobre a transição da pequena manufatura para a grande indústria, que foi marcada pela falta de habitações. Antes da Revolução Industrial, os trabalhadores estavam intimamente ligados a uma propriedade que garantia subsistência aos camponeses e segurança na habitação, baseada no cultivo da terra e na pequena manufatura artesanal. Com o processo de superação do regime feudal, sendo cortado “o cordão umbilical que ainda ligava o operário do passado à terra”, o camponês se viu num estado de ruína, e as massas de trabalhadores rurais foram atraídas repentinamente para os centros urbanos, em busca de trabalho nas indústrias emergentes. A expansão das cidades industriais fez com que o valor dos imóveis, principalmente os localizados nas regiões centrais, tivesse uma valorização artificial acentuada. Os prédios antigos já não respondiam às novas necessidades. O traçado das cidades antigas não mais atendia às demandas que surgiam com a industrialização, havendo a necessidade de se abrir novas ruas e alargar as já existentes, inclusive para a construção das ferrovias. A saída foi a demolição em massa das habitações dos operários nas áreas centrais, construindo-se em substituição, nas áreas aproveitáveis, armazéns, lojas e edifícios públicos. As habitações mais caras passaram a atrair a atenção e os esforços da indústria da construção, ansiosa por obter maiores rendimentos com a especulação, de modo que apenas excepcionalmente os empresários do setor se dedicam à construção de habitações para operários. Tais fatores aumentaram a carência de moradias, contribuindo para que os operários fossem empurrados para os arredores das cidades. A classe operária vivia em geral em “casas más, apinhadas e insalubres”. Por seu turno, a insalubridade dos bairros operários atingia os interesses das classes mais abastadas, pois eles eram o foco das endemias que afligiam as cidades¹⁰.

de produção. Ou seja, para o autor, enquanto não se eliminar a exploração da classe trabalhadora pela classe dominante, sempre haverá crise de habitação para os oprimidos e explorados (*Op. cit.*, pp. 23 e 35).

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 25-31. Segundo Engels, “[a] cólera, o tifo e a febre tifóide, a varíola e outras doenças devastadoras espalham os seus germes no ar pestilento e na água contaminada destes bairros operários. Quase nunca de lá desaparecem, desenvolvendo-se, logo que as circunstâncias o permitem, em grandes epidemias e, ultrapassando então os seus focos, vão atingir também as partes da cidade mais arejadas e sadias habitadas pelos senhores capitalistas. A dominação dos capitalistas não pode permitir-se impunemente o prazer de gerar doenças epidêmicas entre a classe operária; as suas consequências recaem também sobre eles próprios e o anjo exterminador desencadeia a sua fúria entre os capitalistas de forma tão brutal como entre os operários”. E aí não demorou a que viesse a intervenção governamental: “A partir do momento em que isto ficou comprovado cientificamente, os humanitários burgueses inflamaram-se numa nobre emulação a favor da saúde dos seus operários. Fundaram-se sociedades, escreveram-se livros, surgiram propostas, foram debatidas e decretadas leis para acabar com as fontes das epidemias, que sempre regressam. Foram investigadas as condições de habitação dos operários e feitas tentativas para remediar os males mais gritantes. Nomeadamente em Inglaterra, onde se situava a maioria das grandes cidades e onde, portanto, o fogo com mais violência pressionava os grandes burgueses, foi desenvolvida uma grande atividade. Foram nomeadas comissões governamentais para investigar as condições sanitárias das classes trabalhadoras; os seus

No Brasil, até meados do século XIX, o ambiente urbano não era desenvolvido em grau significativo, pois a economia era liderada pela agricultura e pela utilização da mão-de-obra escrava. Nesse contexto, as cidades serviam apenas de entreposto comercial para escoamento da produção dos fazendeiros. A moradia era um problema exclusivo dos fazendeiros proprietários, que deveriam fornecê-la, além de alimentação e cuidados médicos, à sua mão-de-obra, escrava ou, posteriormente, assalariada. Portanto, nessa época, a questão da habitação era eminentemente privada, inexistindo qualquer preocupação governamental sobre o tema¹¹.

No período escravocrata, o proprietário destinava uma parte da construção à senzala, onde abrigava e mantinha reclusa a mão-de-obra escrava, em habitações precárias coletivas. O senhor mantinha e protegia o escravo na senzala, não porque fosse imbuído de espírito humanitário, mas sim com o objetivo de evitar a fuga de seus cativos, preservando o capital investido na aquisição da força de trabalho de forma a prolongar os seus rendimentos¹². Segundo Eva Blay, a “habitação do escravo, isto é, do trabalhador do período escravocrata, é a garantia do próprio cativo”¹³. O tema somente ganhou alguma repercussão na esfera pública quando as condições de higiene das senzalas passaram a chamar a atenção pela probabilidade de disseminar doenças endêmicas aos próprios fazendeiros. Assim, o tema da moradia em seu aspecto social somente passou a ser percebido e a atrair alguma preocupação quando começou a ameaçar a elite agrária dominante. Havia a necessidade de se adotar medidas para melhorar as condições da mão-de-obra escrava, com o objetivo imediato de preservar a incolumidade física dos seus senhores. Não havia nenhuma intenção em humanizar as condições de habitação dos escravos; as

relatórios, que, pela sua exatidão, caráter completo e imparcialidade, distinguindo-se honrosamente de todas as fontes continentais, serviram de base a novas leis mais ou menos incisivamente interventoras.” (*Op. cit.*, pp. 47-48).

¹¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 48.

¹² Sobre as condições de moradia da população brasileira na época escravocrata, merece transcrição o relato de Joaquim Nabuco, surpreendentemente bastante atual: “A população vive em choças onde o vento e a chuva penetram, sem soalho nem vidraças, sem móveis nem conforto algum, com a rede do índio ou o estrado do negro por leito, a vasilha d’água e a panela por utensílios, e a viola suspensa ao lado da imagem. Isso é no campo; nas pequenas cidades e vilas do interior, as habitações dos pobres, dos que não têm emprego nem negócio, são pouco mais que essas miseráveis palhoças do agregado ou morador. Nas capitais de ruas elegantes e subúrbios aristocráticos, entende-se, como nos Afogados de Recife, às portas da cidade, o bairro da pobreza, com sua linha de cabanas que parecem, no século XIX, residências de animais, como nas calçadas mais freqüentadas da Bahia, e nas praças do Rio, ao lado da velha casa nobre, que fora de algum antigo morgado ou de algum traficante enobrecido. Vê-se o miserável e esqualido antro do africano, como a sobra grotesca dessa riqueza efêmera e do abismo que a atrai” (*O abolicionismo*. São Paulo: Nova Fronteira, 2000, p. 112).

¹³ Habitação: a política e o habitante. In: BLAY, Eva Alterman (Org.). *A luta pelo espaço*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 77.

melhorias, nessa esfera, constituíam apenas um efeito benéfico, ainda que não pretendido, do atendimento dos interesses dos próprios fazendeiros.

Com a abolição da escravatura “começaram a aumentar, nos povoados, vilas e, em menor escala, nas cidades, as habitações individuais construídas com materiais rústicos (taipa, adobe e palha) e extremamente deficientes em suas condições de higiene”¹⁴. Como não havia nenhum esquema social para receber os escravos libertos - pois a lei do ventre livre criou um sistema destinado a apenas indenizar os senhores que perdiam sua mão-de-obra - as cidades se tornaram verdadeiros depósitos de escravos¹⁵.

A expansão das cidades com a migração da mão-de-obra livre, incentivada com o êxito da produção cafeeira exportadora e a necessidade de indústrias para o seu beneficiamento, marcou o final do século XIX e início do século XX. Emerge nas cidades uma classe média composta de comerciantes, trabalhadores autônomos, pequenos industriais, onde também se instalam os artesãos e o operariado industrial. Ao lado das fábricas, são erguidos agrupamentos de moradias para abrigar os operários, como fator de racionalização da produção, uma vez que o operário não precisava gastar tempo e esforço físico para se deslocar para a fábrica. As casas construídas ao redor das indústrias eram alugadas aos próprios operários, o que importava em uma relação ainda maior de sujeição ao seu empregador. Perder o emprego significava perder a casa, a morada. No campo, a substituição da mão-de-obra pela assalariada deu origem às fazendas colônias, destinadas a abrigar os trabalhadores livres, sendo a habitação a forma de fixar e pagar, na base da troca, o trabalho do colono¹⁶. Segundo Lopes, com o advento do capitalismo, as cidades foram transformadas “em aglomerados de gente, em mercadoria, e perderam a característica de centros de vida e habitação tranquilas para se transformarem em sedes de indústrias e serviços: a produção capitalista ganhou a cidade”¹⁷.

A crescente expansão do mercado de trabalho nas cidades provoca uma migração em massa para os centros urbanos e uma conseqüente deficiência na oferta de moradias adequadas. Surgem as favelas e os loteamentos precários nas periferias, que passam a absorver essa demanda. Os moradores das favelas, ao conseguirem emprego, mudam para os loteamentos

¹⁴ ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 61.

¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. In: *Revista de direito alternativo*, n. 2, 1993, p. 121.

¹⁶ BLAY, Eva. *Op. cit.*, pp. 78-79.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 121.

habitacionais, sendo substituídos por novos migrantes nas favelas, constituindo um novo modelo de mobilidade social¹⁸.

Assim é que a questão habitacional sempre esteve atrelada ao problema do fornecimento de emprego e mão-de-obra e à necessidade de controle do trabalho. A oferta de moradia, antes de responsabilidade do agronegócio escravocrata, passou a ser um problema do capitalista industrial, com a necessidade de construção de vilas para abrigar os operários. Escrevendo no final dos anos 1970, Blay assim resumiu os momentos históricos do significado da habitação popular no Brasil, nos quais a questão habitacional sempre foi utilizada como forma de preservação e controle da força de trabalho:

No período escravocrata, a solução habitacional foi a senzala; na primeira etapa da industrialização, foi a construção de vilas operárias; em seguida instala-se um processo espontâneo de expansão urbana e, atualmente, a proposta é a construção de habitação em massa na forma de conjuntos habitacionais financiados pelo BNH (Banco Nacional de Habitação)¹⁹.

Para Letícia Marques Osório, a urbanização latino-americana foi marcada por reformas urbanas e por massivos investimentos em obras de infraestrutura que expulsaram os pobres para as periferias como solução para eliminar epidemias, higienizar e abrir os espaços. Segundo a autora

[o]s trabalhadores vão se assentando nas periferias, pois os baixos salários recebidos não eram suficientes para adquirir um terreno ou alugar uma casa nas áreas centrais das cidades. Nestes lugares, o Estado desobrigava-se quanto à colocação de infra-estrutura básica, contribuindo para a consolidação de assentamentos informais, clandestinos e precários²⁰.

No Brasil, em especial, o crescimento desordenado das cidades provocou uma grave situação de desigualdade e exclusão social. O problema se agrava na atualidade, com a insuficiência de oferta de imóveis a preços acessíveis pela população de baixa renda, que estimula a formação de bairros e loteamentos irregulares nas periferias, submetidos a condições precárias de infraestrutura urbana. As ocupações ocorrem em encostas de morros, margens de cursos de água, várzeas, áreas de proteção ambiental e em outros lugares negligenciados pelo mercado imobiliário. As consequências urbanas são conhecidas: aumento da violência, doenças endêmicas, enchentes, desmoronamentos, redução da expectativa de vida, poluição,

¹⁸ BLAY, Eva. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁹ *Id. ibid*, p. 77.

²⁰ Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 22.

desmatamento etc., havendo a necessidade da adoção de *políticas públicas* para efetivar a regularização fundiária ou a remoção das ocupações. Os bairros irregulares, sem documentação válida, situados em áreas públicas ou particulares, deixam de ser servidos por políticas públicas de urbanização, como instalação de redes de esgoto e de saneamento básico, transporte público, água potável e energia elétrica.

Há, assim, a separação entre a “cidade legal” e a “cidade ilegal” – esta última deixa de sofrer investimentos, contribuindo para o aumento da marginalização e a exclusão social das populações de menor renda, que ficam excluídas do mercado imobiliário formal. Ou, nas palavras de Luiz Edson Fachin, “é a atividade do governar, do *reinar*, que põe os interesses na órbita central, excluindo ou remetendo para o entorno (para a vila, enfim), o que dela não faz parte”²¹. A consequência é que a pobreza passa a ser um modelo espacial do fato socioeconômico e, como adverte Milton Santos, “[a] cidade em si, como relação social e como materialidade, torna-se criadora de pobreza, tanto pelo modelo socioeconômico, de que é o suporte, como por sua estrutura física, que faz dos habitantes das periferias (e dos cortiços) pessoas ainda mais pobres”²². Assim, o direito à moradia representa, para os juristas, por assim dizer, uma tomada de consciência em relação a esse problema, tendo por fundamento a “constatação de que é crescente a exclusão social, a marginalidade econômica, que redundam em marginalidade geográfica”²³.

Estabelecidas essas premissas histórico-sociológicas que põem em evidência a necessidade de se enfrentar o problema da moradia de maneira mais efetiva na atualidade, impende analisar como o direito formalista pátrio vem tratando o tema. Antes, contudo, em razão do escopo do presente trabalho, é necessário enfrentar uma questão preliminar que diz respeito à própria plausibilidade da hipótese aqui aventada.

2.2. Questão preliminar: fronteiras entre o direito à moradia e direito de propriedade

Como o presente trabalho se dedica ao estudo da política de crédito imobiliário na efetivação do direito à moradia, uma leitura superficial poderia lastrear eventual objeção quanto à

²¹ A cidade nuclear e o direito periférico (reflexões sobre a propriedade urbana). In: *Revista dos Tribunais*, vol. 723, São Paulo: RT, janeiro de 1996, p. 107.

²² *A urbanização brasileira*. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2005, p. 10.

²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 134.

afirmação da relação existente entre a política e o direito analisados, lançando dúvidas sobre os alicerces da hipótese aventada. Pode-se cogitar de argumento contrário sob a formulação de que o crédito imobiliário visa à aquisição de um imóvel, e, portanto, se relaciona mais com a fruição do direito de propriedade, e não do direito à moradia. Todavia, tal argumento não se sustenta, como ficará evidenciado a seguir. Objetivando desincumbir da tarefa de antecipar eventual objeção, importa descrever a relação do direito à moradia com o direito de propriedade. Tal exposição será útil no desenvolvimento dos capítulos subsequentes, a fim de se situar a política de crédito imobiliário.

Com efeito, o espaço da moradia pode ser entendido como o lugar onde se garante o direito de propriedade civil residencial, não só por exprimir o direito de propriedade imóvel, mas também por estar relacionado com a guarda de bens móveis que integram o patrimônio pessoal do indivíduo. Nessa concepção, o direito à moradia se relaciona de maneira muito intensa com o direito de propriedade, em especial com o direito imobiliário e o direito civil. Portanto, é de relevo para o fim a que se propõe o presente estudo uma breve incursão na evolução do direito de propriedade no plano constitucional pátrio.

Na época das Constituições Imperial (1824) e Republicana (1891), predominava uma visão estritamente individualista e liberal do direito como um todo. Assim, o direito de propriedade (individual) era garantido em sua plenitude, à exceção da possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante indenização (arts. 179, XXII, e 72, § 17, respectivamente). A propriedade estava fundada na ideia de *dominus*, do senhor individual, de modo que a abordagem de tais Constituições era estritamente individualista²⁴. Não havia, assim, qualquer preocupação de cunho social, tendo o pensamento liberal, ainda sob a influência das Revoluções Norteamericana e Francesa, determinado a configuração de todos os “institutos” jurídicos como o contrato, a propriedade e a própria concepção dos direitos fundamentais, limitados inicialmente aos direitos individuais (também chamados por parte da doutrina de “direitos de primeira geração”²⁵).

O papel do Estado era entendido como sendo apenas o de assegurar que os interesses individuais atuassem livremente, o que se encarregaria por si só de proporcionar benefício a todos

²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 125.

²⁵ Sobre o assunto ver, exemplificadamente: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 525. O autor inclusive critica a denominação corrente, preferindo a designação de “dimensões de direitos”. Segundo o autor, essa nomenclatura seria a mais adequada, pois expressaria uma equivocada caducidade das gerações dos direitos antecedentes.

(esse é o sentido, por exemplo, da famosa figura conhecida desde Adam Smith como “mão invisível”). Qualquer intervenção do Estado seria abusiva; o poder público deveria, portanto, se abster de atuar, à exceção de quando fosse chamado a resolver conflitos entre particulares em atividade substitutiva do Estado-juiz. O Código Civil de 1916 tinha raízes profundas no liberalismo clássico, sendo a liberdade, a propriedade e o contrato os direitos individuais típicos.

No período entre-guerras uma nova concepção emergiu, no âmago do próprio liberalismo. A desarticulação social ocorrida após a Revolução Industrial, a radicalização do individualismo, o surgimento do socialismo, as Constituições do México e de Weimar, a crise econômica mundial iniciada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, são apenas exemplos de uma série de eventos e fatores que mudaram o eixo do entendimento a respeito dos direitos. A partir de então, ganha força a ideia de que deveriam ser implementados e defendidos os “direitos sociais” (ou “de segunda geração”), transformando, conseqüentemente, o Estado passivo, assegurado da atuação das livres forças do mercado, em Estado interventor, dirigente, efetivador dos direitos. O Estado deixa de esperar que os direitos se concretizem mediante a atuação dos agentes privados e passa a atuar positivamente para que tal resultado ocorra. As instituições jurídicas liberais clássicas, como a propriedade e o contrato, são transformadas por esse fenômeno e passam a ser vistas como sendo dotadas de uma função social, e não mais como direitos meramente individuais. O eixo das concepções jurídicas desloca-se do indivíduo para a coletividade.

No Brasil, o Estado do bem-estar social emergiu na Revolução de 1930, sendo que até 1934 houve importantes intervenções legislativas, eminentemente mediante a edição de decretos, que visavam à promoção e proteção dos direitos sociais. A Constituição de 1934 marca essa transição no plano constitucional, legitimando o governo provisório de Getúlio Vargas. O direito de propriedade passa a ser limitado ao interesse social, ou coletivo (art. 117, § 3º). A Constituição outorgada de 1937 mantém esse viés, apenas delimitando que o conteúdo do direito de propriedade e seus limites seriam estabelecidos em lei (art. 122, § 14).

A Constituição de 1946 condicionou o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, podendo a lei prover a justa distribuição com igual oportunidade para todos (art. 147). Estava, assim, consolidada no Brasil a função social da propriedade, com a manutenção de seus termos pela Constituição de 1967 (art. 157, inciso III) e pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 160, inciso III).

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Terra²⁶, conferindo eficácia à norma constitucional, define a função social da propriedade rural quando a propriedade da terra simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; e d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem (art. 2º, § 1º).

A partir da redemocratização, que levou à promulgação da Constituição de 1988, como será visto adiante na seção 2.4.1, o Brasil aderiu a importantes tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A Constituição de 1988 também garantiu o direito de propriedade (arts. 5º, XXII, e 170, II), desde que atendida sua função social (arts. 5º, XXIII, e 170, III), inclusive como um dos princípios da ordem econômica. O Código Civil de 2002 incorporou essa nova abordagem, estabelecendo que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como seja evitada a poluição do ar e das águas (art. 1.228, § 1º).

Até agora explicitou-se de modo resumido a evolução do conteúdo do direito de propriedade no direito positivo brasileiro, mas não se contextualizou tal direito com o outro direito social objeto do presente estudo, o direito à moradia. É o que passa a fazer adiante.

Como se viu, o direito de propriedade nasceu juntamente com os direitos individuais liberais clássicos (vida, liberdade e igualdade), sendo considerado um direito essencial ao ser humano. Já o direito à moradia foi incorporado ao rol dos direitos sociais, como os direitos à educação, a cultura, à saúde, ao trabalho, etc. Ocorre que, sendo a propriedade um direito individual, admite-se hoje que ela está limitada por sua função social, explicitada por um ou mais direitos sociais, ou seja, no caso em análise, o direito à moradia²⁷.

Nesse sentido, é expressivo o entendimento de Aragão no sentido de que a carência de moradia das populações pobres dificilmente poderá ser minorada “em nível expressivo se,

²⁶ Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.

²⁷ Na realidade, considera-se hoje que a propriedade hoje deve ser entendida como desdobrada em *direitos de propriedades*, em uma pluralidade de funções, de modo que o seu estudo merece redefinições de suas facetas integrantes de seu conteúdo de acordo com as modelações do mundo atual, conforme anota Frederico Henrique Viegas de Lima (A circulação do crédito hipotecário no Sistema Financeiro da Habitação. *In: Revista de Direito Imobiliário*, ano 21, n. 43, São Paulo: RT, janeiro-abril de 1998).

através da ação administrativa e da aplicação efetiva de instrumentos legais adequados, não se torna operacional o preceito constitucional da função social da propriedade”²⁸. Kaline Ferreira Davi, por seu turno, entende que a moradia se identifica com a função social a ser atendida pela propriedade privada, constituindo um de seus aspectos²⁹. Assim, a proteção à moradia implica, para alguns autores, no atendimento à função social da propriedade, sendo um de seus contornos. Dessa constatação decorrem importantes consequências.

É certo que o titular do direito de propriedade de um imóvel nem sempre coincide com a pessoa que exerce a moradia no mesmo imóvel. Contudo, como consequência do estabelecimento de sua função social, o direito de propriedade torna mais *estável* o direito à moradia. Ou seja, o proprietário do imóvel que ali reside tem mais garantias e proteções legais do que um terceiro, que tem apenas um vínculo contratual com o imóvel (seja de aluguel, comodato, arrendamento, etc). O proprietário tem melhores e mais diversos meios de proteger seu direito à moradia do que aquele que reside no imóvel que pertence a outrem. Como anota Fachin, essa maior proteção à propriedade ocorre porque o direito brasileiro ainda está arraigado

na vetusta formulação de Ihering, concebendo a proteção da posse como a guarda avançada da propriedade. Por essa via tomou corpo no ordenamento jurídico e na jurisprudência formada sob essa doutrina uma configuração secundária ou subsidiária da posse; desse modo explicando a posse a expressão da necessidade de morar no solo urbano, percebe-se que somente a titularidade abstrata garante essa dimensão, sendo insuficiente (nessa visão) a posse de *per se*³⁰.

Nesse ponto, é de se destacar o argumento de Blay no sentido de que a casa própria garante a fixação na cidade, pois traduz uma proteção contra os momentos de desemprego; ou seja “é a certeza de ter um teto enquanto se busca um novo trabalho”³¹. O emprego é sempre precário, instável, enquanto que a casa própria constitui um porto seguro, principalmente nos momentos críticos de instabilidade financeira da família. No mesmo sentido, Maricato assevera que “a casa própria representa, entre os trabalhadores brasileiros, não apenas um alívio no orçamento doméstico, mas uma garantia contra a alta rotatividade no emprego e as deprimidas aposentadorias ou mesmo ausência de seguridade social”³². Por isso, a grande maioria das

²⁸ *Op. cit.*, p. 41.

²⁹ A tutela judicial do direito à moradia. In: *Revista debates em direito público*, ano VI, n. 6, outubro de 2007, pp. 96-97.

³⁰ *Op. cit.*, p. 109.

³¹ *Op. cit.*, p. 81.

³² MARICATO, Ermínia. *Habitação e as políticas urbana, fundiária e ambiental*. Minter-PNUD, Brasília, 1995, p. 37.

políticas habitacionais é dirigida de forma a ampliar a faixa de proprietários particulares de habitações.

Aragão assevera que “a habitação aparece como uma das formas de inserção em um sistema econômico e jurídico baseado na propriedade privada”, sendo a casa própria vista pelos grupos de baixa renda “como proteção contra as incertezas econômicas resultantes do desemprego ou da velhice e como instrumento de aquisição de outros bens, pela maior facilidade de acesso ao crédito”³³. E arremata o autor:

Daí a justificada suspeita com que os pensadores de orientação marxista vêem as políticas públicas destinadas a ampliar o número de proprietários, emprestando-lhes, sempre, um caráter cooptador dos assalariados, desmobilizando-os através de sua “incorporação” ao sistema capitalista³⁴.

Aliás, é difundida no discurso político a conjectura de que o incentivo à propriedade, notadamente em matéria de habitação popular, tem um papel estratégico, pois a compra da casa própria pelas classes trabalhadoras é capaz de levá-las a apoiar politicamente o governo que permitir-lhes o acesso a esse bem, ou pelo menos torna sua oposição mais construtiva e responsável. Azevedo e Andrade citam trecho atribuído ao ex-ministro Roberto Campos, um dos mentores do Sistema Financeiro da Habitação brasileiro:

A solução do problema pela casa própria [...] contribui muito mais para a estabilidade social do que o imóvel de aluguel. O proprietário da casa própria pensa duas vezes antes de se meter em arruaças ou depredar propriedades alheias e torna-se um aliado da ordem³⁵.

Assim, supõe-se, nessa visão - que certamente necessitaria de uma comprovação empírica - a lealdade e a subserviência da população com o governo que lhe propicia a moradia mediante condições estáveis de propriedade.

Portanto, fica evidenciada a nítida correlação existente entre o direito de propriedade e o direito à moradia, sendo este último expressão do exercício da função social do primeiro. Essa conexão fica ainda mais pronunciada nas políticas de crédito imobiliário, objeto do presente trabalho, tendo em vista que tais políticas são dirigidas a universalizar o direito de propriedade imobiliária à vista da efetivação do direito à moradia. Ou seja, ainda que *imediatamente* o crédito imobiliário seja destinado a aumentar o número de proprietários, as políticas direcionadas à sua massificação visam, em última análise, a proteger o direito à moradia. Estabelecidas essas

³³ *Op. cit.*, p. 39.

³⁴ *Id. ibid.*, p. 40.

³⁵ AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luis Aureliano Gama. *Habitação e poder*: da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional da Habitação. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011, p. 89.

premissas, passa-se a identificar como o direito à moradia é tratado no ordenamento jurídico pátrio à luz da concepção formalista do direito aqui descrita.

2.3. Direito à moradia: abstrações da doutrina formalista

Após contextualizado o tema na identificação das origens e reflexos do problema habitacional e explicitada a relação existente entre a política e o direito que serão tratados neste trabalho, abre-se o caminho para a descrição do tratamento dado ao direito à moradia pela doutrina formalista. Assim, nesta seção serão expostos e criticados seus principais elementos teóricos abstratos, de início, aqueles que não se socorrem *diretamente* do direito positivado. Antes, no entanto, deve ser esclarecida uma questão de caráter terminológico, útil no referencial semântico que permeará este trabalho.

2.3.1. Direito à moradia e direito de habitação

É usual considerar-se o “direito à moradia” como sendo sinônimo de “direito de habitação”. As duas expressões, geralmente, traduzem o mesmo significado, mas às vezes se distanciam. Tal questão, embora relegada a um segundo plano por alguns autores, possui relevância, na medida em que a linguagem possui evidentes efeitos práticos, impondo-se o rigor no tratamento semântico do tema. É necessário estabelecer algumas distinções entre os dois termos, a fim de se atingir alguma precisão terminológica.

Ambas as expressões pressupõem o direito de o indivíduo viver, ficar, morar, repousar em determinado lugar, geralmente num imóvel residencial com o mínimo de infraestrutura básica e serviços públicos e privados necessários à sobrevivência. Daí surge a identidade natural entre os termos moradia e habitação, importando para o fim deste estudo distingui-los.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza adota a expressão “direito à moradia” para designar direitos fundamentais da personalidade exercidos com ânimo de definitividade (poderíamos dizer melhor: permanência, duração para além do que se pode conceber como “transitoriedade”) em um determinado bem imóvel, ou seja, um bem extrapatrimonial do ser humano. Para o autor, de outro lado, “direito de habitação” indicaria a exteriorização do direito à moradia sobre um bem imóvel, numa relação de fato entre a pessoa e o imóvel, ainda que de forma temporária ou transitória, podendo ocorrer em hotelarias, casas de praia, flats, etc. O autor considera que

habitação é uma relação de fato na qual a pessoa permanece provisoriamente, ou o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel³⁶. Já Sílvio de Salvo Venosa entende que moradia equivale à habitação, abrangendo tanto o domicílio como a residência³⁷.

É importante ressaltar, como indicado no intróito, que, diante da proposta aqui empreendida, não é objetivo deste trabalho estudar o denominado “direito de habitação”, espécie civilista de direito real sobre coisas alheias, hoje prevista nos arts. 1.414 a 1.416 do Código Civil. A *mens legis* de tal figura típica do direito civil visa a proteger o direito à moradia gratuitamente constituído em favor de pessoa diversa do proprietário do bem imóvel. Nada obstante, diante da existência do “direito de habitação” como tipologia específica e nominada da legislação civilista, para evitar confusões terminológicas³⁸, este trabalho preferirá utilizar-se da expressão “direito à moradia” para denotar o direito a um teto, a um lugar para ficar, para se recolher e se reconhecer como indivíduo, livre de interferências externas.

Outras dificuldades práticas se impõem no campo semântico. A expressão “política habitacional”, por exemplo, traduz medidas governamentais em vista a proporcionar o acréscimo ou melhorias ao “direito à moradia” (e não ao “direito de habitação”). Soaria no mínimo estranho falar em “política de moradia”, uma vez que a expressão “política habitacional” já se tornou popular, embora haja clareza que ela é utilizada para designar os esforços coordenados do poder público para efetivar o direito à moradia.

Na realidade, como anota Castro, o estabelecimento de conteúdos de interesse público nos contratos faz com que não haja “critérios definitivos para separação cabal entre o que o jurista, de seu ângulo, vê como ‘direito’ e o administrador caracteriza, desde seu ponto de vista, ao menos em parte como sendo o campo de uma ou mais políticas públicas”. Existem, assim, nessa concepção, “esferas de fenômenos concebidos simultaneamente como [...] ‘direito à moradia’ e ‘política habitacional’”³⁹. Portanto, como ponto de partida terminológico, adotar-se-á a expressão “política habitacional” para designar o gênero, da qual a “política de crédito imobiliário” é espécie, dos esforços estatais conjugados no sentido de dar concretude ao direito à

³⁶ *Op. cit.*, pp. 42-44.

³⁷ *Direito Civil: Parte Geral*, v. 1, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 187. De acordo com o art. 70 do Código Civil, “domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”.

³⁸ A confusão terminológica aqui identificada decorre da existência concomitante de conceitos doutrinários de diferentes conteúdos para o “direito de habitação”, conforme explicitado no parágrafo anterior, ao lado da figura típica específica de igual nomenclatura positivada no Código Civil.

³⁹ CASTRO, Marcus Faro de. *Op. cit.*, 2009, p. 36.

moradia. Passa-se então à descrição dos elementos da doutrina formalista que compõem o direito em questão.

2.3.2. Elementos teóricos da doutrina formalista

É comum, no direito brasileiro, haver esforços de caracterização de direitos subjetivos com base em afirmações genéricas e descontextualizadas a respeito das experiências supostamente proporcionadas pelo exercício do direito subjetivo considerado. A seguir estão alguns elementos dessa caracterização, que, especialmente sob a influência do movimento de “constitucionalização do direito civil”⁴⁰, procuram coadunar-se com elaborações formalistas do direito constitucional e/ou com a ideia de uma “teoria” formal dos direitos fundamentais⁴¹.

Segundo essa caracterização jurídica formalista, concebe-se que o direito à moradia está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, pois somente dentro de um lar haveria condições do desenvolvimento dos direitos da personalidade⁴². Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza, a moradia é “uma necessidade do homem tão essencial como a vida, condição *sine qua non* para uma existência humana digna”⁴³. Em outras palavras, resume Lopes, “[m]orar é um existencial humano”, de modo que “a atual perspectiva do direito à moradia funda-se originariamente na ideia de direito à vida”⁴⁴. Assim, essa perspectiva, incorporando o direito à moradia ao princípio da dignidade humana, considera o instituto uma necessidade elementar à sobrevivência do homem, cabendo a sua proteção pelo sistema jurídico. Rodrigo Xavier Leonardo, sob outro prisma, de caráter mercadológico, comunga dessa mesma orientação, no seguinte sentido:

⁴⁰ Ver, por exemplo: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. M. C. de Cícco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, em especial pp. 1-22; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, n. 65, julho-setembro de 1993; MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: *Revista dos Tribunais*, n. 779, 2000, dentre outros.

⁴¹ A respeito, exemplificadamente, MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; e BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, Cap. 5. No direito estrangeiro, também merece destaque, por sua influência no direito brasileiro, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴² No mesmo sentido, Luciano de Souza Godoy, “[o] direito à moradia está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, que constitui a pedra nuclear, a base, o alicerce do direito civil constitucional” (*O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48).

⁴³ *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 121 e 133.

Sendo a habitação uma necessidade econômica satisfeita mediante o consumo do bem imóvel, o princípio da dignidade da pessoa humana deve, necessariamente, compor a *funcionalidade* dos negócios com esta destinação, ampliando a perspectiva de análise do simples regramento do direito dos contratos à proteção e promoção dos direitos de personalidade⁴⁵.

O problema dessas construções doutrinárias parece, contudo, se situar no impossível atingimento de uma definição de uma definição jurídica universalmente válida, inquestionável, do que seria uma moradia “digna”, ou em que condições se identificaria a “dignidade”. A colmatação do que se entende por “dignidade” na análise de um caso concreto fica a critério discricionário do jurista que se socorre de tal argumento, sem qualquer parâmetro norteador aceito de modo insofismável.

Por ser descrito como intimamente ligado à noção de “existência digna”, embora seja questionável a sua utilidade prática e a sua funcionalidade com relação à definição de conteúdos, a compreensão doutrinária formalista da aparência exterior do direito à moradia pode ser dividida em duas facetas: privada e social⁴⁶.

Por primeiro, no seu enfoque privado, segundo esses constructos doutrinários, a moradia digna garantiria o desenvolvimento da personalidade, porque proporcionaria ao indivíduo o imprescindível recolhimento à vida privada, o espaço que deve ser preservado na sua intimidade, imune ao controle público. Segundo Sarlet,

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 vida⁴⁷.

Ou ainda, na definição de Loreci Gottschalk Nolasco, o direito à moradia consiste “na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a

⁴⁵ *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 74. É de se esclarecer, contudo, que os “princípios” são de caráter deontológico e, em razão disso, são diversos das “necessidades” enquanto requisitos para a sobrevivência. Ou seja, a ideia transmite, s.m.j., uma impropriedade ao considerar a moradia concomitantemente como componente de um princípio (da dignidade humana) e uma necessidade básica material.

⁴⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. cit.*, p. 26. Washington Peluso Albino de Souza, em sentido semelhante assim expressa: “[o] *chão* define o espaço utilizado pelo homem-individual e pelo homem-social na configuração e na prática da própria convivência e a partir dos problemas de sua subsistência” (O direito econômico e o fenômeno urbano atual. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 50, Belo Horizonte: UFMG, janeiro de 1980, p. 121).

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dezembro-janeiro-fevereiro, 2009-2010, p. 15. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf> Acesso em 8 de novembro de 2011.

intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão”⁴⁸.

Para os autores como os que acabam de ser citados, lesões à intimidade de uma pessoa são rechaçadas pelo ordenamento jurídico; as mesmas lesões praticadas no ambiente da moradia são ainda mais repugnantes, porque, segundo tais autores, violam concomitantemente dois bens jurídicos de extrema relevância. Assim, escutas telefônicas ou gravações realizadas no ambiente residencial do indivíduo sem autorização configuram

violação não só ao direito de intimidade de cada indivíduo em particular que convive naquela residência, como também a violação moral do direito à moradia, pois há uma invasão psíquica daqueles que em sua residência resguardam tranquilidade e segredos, sobretudo, porque os depositam em um local confiável e seguro, onde está sendo efetivamente exercido o direito à moradia⁴⁹.

Contudo, a distinção apontada, referente a diferentes tipos de lesividade na violação à intimidade e à moradia, não se sustenta. Basta a utilização de um exemplo hipotético. Suponha-se o caso de uma pessoa ter autorização para adentrar na moradia de outrem, mas, ali dentro, extrapola seu direito, passando a vasculhar documentos e pertences do titular do direito à moradia. Nesse caso, na concepção proposta pelo autor acima citado, haveria apenas violação ao direito de intimidade do indivíduo, sem ofensa ao direito à moradia, uma vez que a entrada foi autorizada pelo seu titular. Logo se vê, pois, que a diferenciação não tem qualquer utilidade prática, pois a lesividade de ambos os bens (intimidade e moradia) se confundem.

Por outro lado, nessa abordagem formalista, a par da sua faceta privada, a moradia é o referencial para a vida social da pessoa. Como componente da vida social, a moradia é considerada o ponto referencial para o exercício de direitos, na medida em que o endereço compõe a qualificação civil da pessoa, o lugar onde ela pode ser encontrada pelos demais sujeitos que compõem suas relações civis e comerciais e pelo poder público para exercer seus direitos na esfera pública. De acordo com Sérgio Iglesias Nunes de Souza,

o domicílio integra o conceito de personalidade, já que se considera como indispensável e até mesmo indissociável do indivíduo, que necessita de uma localização fixa para o exercício de seus atos e negócios jurídicos, como forma plena de estar e conviver em sociedade⁵⁰.

Tal consideração, no entanto, tem por fundamento central apenas uma localização geográfica. Essa relação entre o sujeito, o bem imóvel e a sua localização é apenas incidental,

⁴⁸ *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Pillares, 2008, p. 88.

⁴⁹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. cit.*, p. 198.

⁵⁰ *Id. ibid.*, p. 31.

não possuindo qualquer correlação com o exercício do direito à moradia. O espaço físico externo, ou seja, das relações sociais, civis, comerciais e políticas, traduz exatamente o que *não é*, ou o que não pode ser considerado, moradia. Para a moradia, considerada como um direito a um teto, não tem qualquer importância as suas referências externas. Interessa, apenas, a *qualidade* do exercício da moradia, considerando as *utilidades* que servem o imóvel.

Sob outra perspectiva, a moradia é identificada pela abordagem jurídica convencional como o espaço onde o indivíduo tem assegurada sua integridade física e moral. De acordo com tal construção, somente no âmbito de um lar o indivíduo estaria protegido das intempéries climáticas que expõem a risco a vida e a saúde das pessoas. Entretanto, construções precárias, como as favelas e os mocambos, além de estarem mais expostas a calamidades decorrentes de adversidades climáticas, não proporcionam as condições mais elementares para a sobrevivência do indivíduo, como água, luz e saneamento básico. Sérgio Iglesias Nunes de Souza adverte que:

Situação que atentaria contra o direito à moradia e à vida seriam as condições precárias em que vivem milhares de pessoas, por não terem infra-estrutura em suas casas, sofrendo constantes riscos de desabamentos, por conviverem em morros ou ainda em favelas. Independentemente de sua condição econômica, a pessoa tem o direito de estar em um lugar que lhe dê uma certa segurança em relação às simples forças da natureza, como raios, enchentes, deslizamentos de terras etc⁵¹.

Para o autor, nessas situações, o direito à moradia poderia ser tolhido, pois o seu exercício traduz em risco para a própria vida do indivíduo. Todavia, nessa situação, parece que o mais acertado, utilizando os próprios elementos teóricos aqui descritos, seria considerar que o direito à moradia do titular continuaria existindo, mas o seu exercício seria realocado em lugar diverso, onde não haja perigo à sua incolumidade física. Não é o fato de exercer o direito à moradia em um determinado lugar que condiciona a existência do direito. Sob essa concepção do direito à moradia como integrante da personalidade, o direito não pode ser referenciado a um lugar, mas sim a uma pessoa. Assim, parece haver contradição na assertiva, ao considerar que o direito à moradia seria prejudicado. Se aplicada a construção doutrinária, o direito do reassentado continua existindo, porém, em imóvel diverso, que lhe assegure a integridade física.

Além disso, na doutrina formalista, o direito à moradia é visto como intimamente interligado ao direito urbanístico, mais recentemente como parte do que vem sendo denominado de “direito à cidade”, entendido como um complexo de direitos necessários à inclusão social, tais como moradia digna, saneamento ambiental, trânsito, mobilidade segura, infraestrutura, serviços

⁵¹ *Id. ibid.*, p. 195.

e equipamentos urbanos, meios de acesso à renda, educação, saúde, cultura, lazer, trabalho, etc. Segundo Aragão, o conceito de “moradia habitável” ultrapassa a simples construção de uma casa ou apartamento, para incluir as obras complementares requeridas para a fruição dos serviços urbanos essenciais⁵².

Sarlet ressalta a conexão do direito à moradia com o denominado “direito à cidade” quando se abandona o âmbito da unidade residencial concreta, sendo cogente a vinculação da moradia com o seu entorno e o desenho urbano em geral na perspectiva da promoção do desenvolvimento sustentável. Assim, para o autor, a habitação em sentido estrito, é apenas uma faceta do problema social das grandes cidades, que envolve uma série de serviços públicos e privados interligados num planejamento urbano consistente e global⁵³. Ou ainda, como anota Nolasco, a

efetivação do direito à moradia está intimamente ligada à efetivação do direito à cidade, que compreende a integração dos segmentos sociais excluídos e marginalizados de nossa sociedade ao desenvolvimento econômico, de modo que possam obter e usufruir os benefícios e a riqueza gerada por esse processo⁵⁴.

Embora tal concepção do direito à cidade possa mostrar alguma relevância, ao considerar aspectos qualitativos de fruição do direito à moradia, na realidade, sob uma perspectiva alternativa a do formalismo jurídico, o direito à moradia fica melhor explicitado como uma rede de contratos que estipulam a prestação de serviços públicos ou privados, como por exemplo, segurança pública, energia e instalações elétricas, água e rede de esgotos, coleta de lixo, defesa civil, sistemas de televisão, telefonia, internet, etc. É, *mutatis mutandis*, o que Castro explicita como contratos entrecruzados ou como “pacote de serviços” de “uma casa, enquanto imóvel urbano residencial”⁵⁵. Como anota o autor, no direito de propriedade residencial, ou direito de moradia, “podem-se considerar prestações tais como as dos serviços de segurança pública, fornecimento de energia elétrica, água tratada, rede de saneamento, defesa civil e assim por diante”⁵⁶. Sim, porque, de acordo com a cidade, a região, o distrito, o bairro, esses conteúdos são variáveis, contribuindo para a formação de diferentes ambientes urbanos com diversos padrões de fruição de direitos.

⁵² *Op. cit.*, p. 146.

⁵³ O direito fundamental à moradia aos 20 anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, ano 2. n. 8, Belo Horizonte: Fórum, n. 20, outubro-dezembro de 2008, p. 71.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 115.

⁵⁵ *Op. cit.*, 2007, p. 12.

⁵⁶ *Op. cit.*, 2009, p. 23.

Logo, percebe-se com clareza o elevado grau de abstração dos constructos doutrinários de orientação formalista, que, além de possuírem duvidosa utilidade prática, se confundem em seus próprios pressupostos, abrindo diversos flancos para críticas e questionamentos. Outras características do direito à moradia são apontadas pela doutrina formalista que também sofrem dos mesmos problemas, como será visto a seguir.

2.3.3. Características do direito à moradia

O direito à moradia não é qualificado ou adjetivado pela Constituição brasileira, não havendo uma definição mínima positivada de seu conteúdo, embora alguns tratados e convenções internacionais explicitem dogmaticamente melhor a definição do direito à moradia, o que será tratado adiante. Daí ganhar proeminência na doutrina brasileira formalista uma tentativa de caracterizá-lo.

Para o fim do presente estudo, no aprofundamento da perspectiva dogmática e formalista, são as seguintes características do direito à moradia apontadas por Sérgio Iglesias Nunes de Souza, que decorreriam do reconhecimento de sua fundamentalidade: inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, interdependência e complementaridade⁵⁷. Segundo o autor

[a] moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido⁵⁸.

Ainda, em sentido semelhante, para Viana, tratando-se de direito humano rotulado como direito social, ele é qualificado como imprescritível, irrenunciável, inviolável, universal e, sobretudo, dotado de efetividade⁵⁹.

A caracterização dos citados autores, na realidade, tem supedâneo no item 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena⁶⁰, no sentido de que o direito à moradia, como direito humano, é universal, indivisível, interdependente e interrelacionado. Assim, nessa visão dogmática, a consequência de tratar o direito à moradia como direito humano fundamental é que,

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 115-118.

⁵⁸ *Id. ibid.*, p. 44.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 10.

⁶⁰ Adotada em 25 de junho de 1993, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.

por compor a dignidade humana, o Estado, com o apoio da comunidade internacional, deveria efetivá-lo a todos os indivíduos independentemente de qualquer distinção.

É importante, nesse contexto, transcrever a explicitação das características apontadas acima pela doutrina formalista. Por primeiro, o direito à moradia é considerado inalienável porque

ninguém perderá ou transferirá o direito de morar, ao contrário do que poderá ocorrer com o direito de habitação. Há a 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 nesse contexto que o direito à moradia torna-se inerente a cada ser humano, e daí é que surge a sua inalienabilidade⁶¹.

Na realidade, tal concepção decorre do caráter extrapatrimonial apontado pela doutrina formalista, escorada no art. 11 do Código Civil⁶². Daí, ressalta o autor, a necessidade de se estabelecer a impenhorabilidade do bem imóvel residencial, como um mínimo de proteção à inalienabilidade da moradia. Todavia, o excerto citado acima, com a devida vênua, apresenta contradição, pois, num primeiro momento afirma que o direito à moradia seria exercido em um “bem ou local”, mas depois prossegue distinguindo “objeto” e “bem”, como se o direito não “recaísse” sobre o primeiro. Não há na transcrição qualquer definição de “objeto” que distinga do “bem”. Parece, assim, que a característica apontada trata da mesma coisa, utilizando-se de palavras diversas.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza também identifica o caráter irrenunciável, indisponível do direito à moradia, pois o seu reconhecimento, de acordo com seu ponto de vista, pressupõe condições de vida digna, de modo adequado com a condição humana, podendo, segundo o autor, transformar esse direito formal em real, efetivo, inclusive para os favelados e para os que dormem embaixo dos viadutos e pontes⁶³. Aliás, para o autor, a inalienabilidade implicaria na irrenunciabilidade, pois somente pode alienar quem pode dispor do direito. A característica apontada, de uma singeleza ímpar, traz à tona uma questão de difícil resolução, que é a hipótese (extrema) de o indivíduo viver na rua por iniciativa própria, ou seja, mesmo possuindo um lar (ou tendo a potencialidade de ter um) e dispondo de recursos, escolhe por livre

⁶¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. cit.*, p. 115-116.

⁶² É a redação: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

⁶³ *Op. cit.*, p. 117.

e espontânea vontade morar na rua⁶⁴. Se o direito é irrenunciável, não poderia o indivíduo ser compelido a ter um lar? Parece que a irrenunciabilidade, nesse contexto, deve significar que o indivíduo não pode abrir mão ao direito, mas que pode deixar de exercê-lo. Isso porque o direito à moradia é inerente à pessoa e não há interesse público, *prima facie*, em substituir a vontade da pessoa, sob pena de se violar a própria liberdade de quem se pretende proteger.

Da impossibilidade de renúncia decorre a terceira característica apontada pela doutrina formalista. O direito à moradia seria imprescritível porque o instituto da prescrição

somente atinge direitos de caráter patrimonial, mas não a exigibilidade dos direitos personalíssimos extrapatrimoniais, ainda que individualistas. 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. Logo, a cada nova violação (ato lesivo) do direito à moradia, surge novo direito de indenização ou proteção jurídica do prejudicado⁶⁵.

O direito à moradia seria, segundo essa construção, perpétuo, acompanhando toda a vida do indivíduo, desde o nascimento até a morte, ou, em outras palavras, “o direito à moradia surge com o nascimento da pessoa humana, sob a condição de o nascimento ser com vida, permanecendo integrado à pessoa até a sua morte”⁶⁶. Assim, nessa visão, se um recém-nascido ou uma criança, ou mesmo um idoso, são abandonados pela família, sem que se possa encontrá-la ou se possa responsabilizá-la, o Estado deveria fornecer abrigo ao hipossuficiente, em condições materiais mínimas que assegurem a sua existência digna. Ou seja, na situação de vulnerabilidade ou de ausência de vontade em sentido contrário, o poder público deveria ser responsabilizado a fornecer moradia. Todavia, tal característica também não consegue elaborar uma resposta ao exemplo extremo citado acima, da pessoa maior e capaz que decide viver na rua por livre e espontânea vontade. Ora, se, na aplicação da concepção proposta ao caso, a cada violação do direito surge direito de indenização ou de proteção, significa que a pessoa na situação aqui descrita vive em eterna situação de lesividade, sem que o sistema jurídico consiga afastar a violação, o que não parece adequado.

⁶⁴ Por óbvio, essa discussão remete a outras questões ainda mais complexas que envolvem a autodeterminação da pessoa (como a possibilidade de “internação compulsória” de viciados em drogas), que desviaria o escopo do presente trabalho. Decerto que a grande maioria das pessoas que vive nas ruas não está nessa situação por vontade própria, mas em decorrência de diversos fatores socioeconômicos, tais como pobreza absoluta, desestruturação familiar, desilusões, depressão, alcoolismo, drogas, etc. Assim, soluções simplistas para esse problema, sem uma aprofundada discussão de *como* e *porque* essas pessoas chegaram a essa situação de abandono, não parecem adequadas. Nesse sentido, a referência utilizada aqui, com um exemplo extremo, também sem uma maior reflexão, tem por objetivo apenas criticar a proposição inicial.

⁶⁵ *Id. ibid.*, p. 116-117.

⁶⁶ *Id. ibid.*, p. 194.

Ainda, na doutrina formalista, o direito à moradia é considerado universal, pois “engloba todos os indivíduos, independentemente de qualquer outro requisito, como a nacionalidade, o sexo, a raça, o credo, a convicção político-filosófica ou sua condição econômica”⁶⁷. A universalidade, contudo, é apontada pela doutrina como a característica básica de qualquer direito humano, assim concebido como aquele declarado e reconhecido por tratados e convenções internacionais. Ou seja, a clarificação é redundante.

O direito à moradia, na doutrina convencional, é considerado também interdependente, pois existiria “um liame entre ele e o direito à vida, à integridade física, à educação, à assistência, ao segredo doméstico, à inviolabilidade do domicílio etc., demonstrando que é um direito [...] conjugado a outros direitos também fundamentais”⁶⁸. Segundo Viana, citando Alejandro Artúcio, a interdependência dos direitos humanos “implica que se deve conceder aos direitos civis e políticos e aos econômicos, sociais e culturais a mesma atenção”⁶⁹. E, na sua última característica apontada por essa mesma doutrina, o direito à moradia seria também complementar, porque “os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre de forma conjugada com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte”⁷⁰. Os dois conceitos (interdependência e complementaridade), na realidade, se confundem, não havendo utilidade prática na distinção. Ademais, essas características sofrem do mesmo mal já apontado anteriormente, de modo que reitera-se as críticas aduzidas.

Por fim, merece nota a qualificação do direito à moradia nas chamadas “gerações” dos direitos. Sérgio Iglesias Nunes de Souza conclui que o direito se enquadra de modo concomitante nas três gerações de direitos, ou seja

[...] é um direito absoluto, pois pertencente ao indivíduo, logo, de primeira geração. Entretanto, também é direito de segunda geração, por se tratar de um direito social, sobretudo, por estar previsto no art. 6º da CF/1988. E, por fim, é um direito de terceira geração, pois o bem jurídico (moradia) é indivisível, tratando-se também de um direito difuso, conforme preceitua o inciso I do art. 81 do CDC. Portanto, ninguém pode avocar-lhe direito de propriedade. Não olvidamos, ainda, que o direito à moradia é um direito de solidariedade, pois está relacionado ao trabalho, à educação e à saúde do indivíduo. É um direito relacionado ao aspecto comunitário, ou seja, a um Estado que busca a construção de uma ordem social e jurídica com fundamento na solidariedade, um

⁶⁷ *Id. ibid.*, p. 118.

⁶⁸ *Id. ibid.*

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 11.

⁷⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. cit.*, p. 118.

Estado de ação positiva, na busca de uma melhor qualidade de vida. A moradia é elemento de cidadania e um direito público subjetivo⁷¹.

Todavia, embora o direito à moradia seja enquadrado como um direito social, a sua fruição no mais das vezes é exercida de forma individual, como, aliás, ocorre com todos os demais direitos sociais. Ou seja, o fato de um direito social ser classificado como tal não significa que ele seja usufruído coletivamente. Todos os demais direitos sociais, como a alimentação, a educação e a saúde, são exercidos de forma individual, nada obstante seja de interesse da sociedade que isto ocorra, para a preservação da própria coesão social.

Conforme foi visto, todas as construções doutrinárias formalistas relativamente ao direito à moradia não passam de ideias gerais abstratas que não têm qualquer utilidade prática, uma vez que descoladas da realidade. Com efeito, todas as nomenclaturas, elementos e classificações são facilmente impugnáveis com argumentos por vezes ínsitos à própria construção dogmática. Com esses apontamentos do direito à moradia fornecidos pela doutrina jurídica formalista brasileira, cujas insuficiências foram expostas acima, passa-se à faceta positivada do direito. Até então foram apresentadas e criticadas apenas formulações doutrinárias, sem apoio imediato em uma norma positiva. A seguir, são arrolados e descritos como o tema vem sendo desenvolvido nos textos positivados, na seguinte ordem: direito internacional, comparado e pátrio.

2.4. Direito à moradia: normas positivadas e sua análise formalista

2.4.1. Direito internacional

O direito à moradia também é reconhecido pela comunidade jurídica internacional, em diversos tratados, pactos e convenções, regionais ou globais, que o positivaram como um direito fundamental à existência digna do indivíduo desde o fim da 2ª Guerra Mundial, cumprindo aqui explicitá-los brevemente.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁷² foi o primeiro tratado de âmbito regional a reconhecer expressamente o direito à habitação como um direito humano

⁷¹ *Id. ibid.*, p. 135.

fundamental. Assim, o art. XI de tal instrumento referia ao direito de “habitação”⁷³, enquanto que os arts. VIII e IX já estabeleciam, respectivamente, os direitos à fixação de residência e de inviolabilidade do domicílio.

Na Europa, somente após a Segunda Guerra Mundial, com o agravamento da crise habitacional ocasionada pelas destruições do conflito é que se começou a cogitar com seriedade medidas concretas para a solução do problema⁷⁴. Na tentativa de estabelecer uma nova ordem jurídica mundial no pós-guerra, a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁵, no artigo XXV, item I⁷⁶, proclamou o direito de “habitação” como inerente a todo ser humano. A referida Declaração também expressou preocupação com a intimidade e a vida privada dos indivíduos dentro de seu lar no artigo XII⁷⁷.

De tal reconhecimento, o direito à moradia foi elevado à categoria de direito humano fundamental como um dos elementos que compõem a dignidade humana, segundo a doutrina tradicional. Interessante é notar que, no âmbito da Declaração, o direito deve ser protegido com mais veemência quando a pessoa se encontra em situação de vulnerabilidade, em função da deterioração dos seus meios de subsistência.

No âmbito regional, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁷⁸, embora não se refira expressamente à moradia, protege o domicílio e a vida privada, no seu art. 8º, item 1⁷⁹.

Na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial⁸⁰, os Estados-partes se comprometeram a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de

⁷² Adotada pela Resolução XXX, de abril de 1948, na IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá.

⁷³ É a seguinte redação: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”.

⁷⁴ BULGARELLI, Waldírio. *As cooperativas e o plano nacional de habitação*. São Paulo: Pioneira, 1966, p. 9.

⁷⁵ Proclamada pela Resolução 271A (II) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, ratificada na mesma data pelo Brasil.

⁷⁶ É a redação: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

⁷⁷ De seguinte conteúdo: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

⁷⁸ Assinada em Roma, em 4 de abril de 1950.

⁷⁹ “Toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e de sua correspondência”.

⁸⁰ Adotada pela Resolução nº 2.106-A, da XX Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, no gozo de diversos direitos, dentre eles direitos civis como o de escolher residência dentro das fronteiras do Estado (art. 5º, ‘d’, ‘i’) e direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito de habitação (art. 5º, ‘e’, ‘iii’).

Entretanto, até então, os instrumentos internacionais multilaterais e regionais limitavam-se a declarar o direito, sem estabelecer obrigação aos Estados de prover o direito ao indivíduo mediante medidas positivas.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸¹ marca uma mudança em termos de nomenclatura e de forma de proteção. Em seu artigo 11, item 1⁸², pela primeira vez em um tratado internacional, adota o termo “moradia” em substituição à “habitação”. Ademais, no mesmo dispositivo, o direito à moradia é reconhecido não somente em sua dimensão negativa, no sentido que deve o Estado protegê-lo, como reconhecia os anteriores tratados. Desta feita, o direito é reconhecido como obrigação do Estado na sua vertente positiva ou prestacional.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸³, embora não se refira expressamente sobre o direito à moradia, estabelece em seu art. 26 a necessidade de que todos os Estados assegurem, de forma progressiva, a efetiva realização dos direitos sociais, culturais e econômicos. O art. 22, item 3, do referido Pacto⁸⁴ também erige, ao lado do direito de circulação, o direito de residência.

A Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social⁸⁵, em seu art. 10, f, estabelece como um dos objetivos do progresso e do desenvolvimento social “a provisão para

⁸¹ Adotado pela Resolução nº 2.200-A, da XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU, de 16 de dezembro de 1966 (promulgado no Brasil, em 6 de julho de 1992, por meio do Decreto nº 591). Na mesma Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi aprovado também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de mesma data)⁸¹, que também estabeleceu em seu art. 17, item 1: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”.

⁸² É a seguinte redação: “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como na melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

⁸³ Também conhecido como “Pacto de San José da Costa Rica”, adotada pela Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992).

⁸⁴ É a redação: “Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais”.

⁸⁵ Proclamada pela Resolução 2542 (XXIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 11 de dezembro de 1969.

todos, em particular para as pessoas dos grupos de baixa renda e famílias grandes, de moradia adequada e serviços comunitários”.

Em 1976 foi aprovada a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver⁸⁶, cuidando-se do documento internacional mais completo que trata a proteção da moradia como um direito básico da pessoa humana⁸⁷. Ela parte do reconhecimento de que as condições dos assentamentos humanos determinam a qualidade de vida, e que sua melhoria é um pré-requisito para a satisfação das necessidades básicas, tais como emprego, moradia, serviços de saúde, educação e recreação. Reconhece, ademais, a necessidade de se estimular a cooperação internacional para promover uma dimensão qualitativa ao crescimento econômico, principalmente nos países em desenvolvimento, cujas condições dos assentamentos humanos são consideradas inaceitáveis.

Refugiria ao âmbito desse trabalho especificar todas as importantes estratégias concebidas no extenso e completo documento. Basta, portanto, asseverar que a Declaração reconhece a necessidade de aumentar a atividade dos governos nacionais e da comunidade internacional na mobilização dos recursos econômicos, nas mudanças institucionais e na solidariedade internacional para adotar políticas efetivas para os assentamentos humanos adaptadas às condições locais (o que envolve inclusive planejamento territorial urbano). Assume o documento que as políticas devem ser orientadas para as necessidades de grupos que se encontram em vulnerabilidade, especialmente crianças e mulheres e, ainda, ressalta as virtudes da efetiva participação social no planejamento, construção e gerenciamento dos assentamentos humanos.

Como será visto no próximo capítulo, nessa época, entre as décadas de 1960 e 1970, emergiam as doutrinas que interligavam direito e desenvolvimento de forma a prestigiar o Estado como principal agente e indutor na tutela desses direitos. Assim, todos esses pactos foram fortemente influenciados por essa concepção, no sentido de que o Estado, apoiado pela

⁸⁶ A declaração foi aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (denominada Habitat I), realizada de 31 de maio a 11 de junho de 1976, em Vancouver (Canadá).

⁸⁷ O Capítulo III, intitulado “diretrizes de ação” preceitua em seu item 8: “Habitação adequada e serviços são um direito humano básico, sendo obrigação dos governos assegurar a sua realização para todas as pessoas, começando com assistência direta para os menos favorecidos por meio de programas de ajuda mútua e de ações comunitárias. Os governos devem envidar esforços para remover todos os impedimentos para atingir esses objetivos. De importância especial é a eliminação da segregação social e racial, entre outros, por meio da criação de comunidades melhor equilibradas, que combinem diferentes grupos, ocupações, moradias e comodidades sociais”.

comunidade internacional, deveria propiciar a efetivação dos direitos às parcelas menos favorecidas da população, inclusive mediante forte intervenção no domínio econômico.

Em seguida, a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial⁸⁸, após assegurar o direito à igualdade em dignidade e direitos dos indivíduos e dos grupos humanos, garante a extensão de todos os benefícios sociais (inclusive habitação) aos grupos raciais ou étnicos social e economicamente desfavorecidos⁸⁹. O art. 14, item 2, 'h', da Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁹⁰ também explicita o direito à moradia da mulher⁹¹.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento⁹² também é um dos instrumentos internacionais fortemente inspirados pela doutrina do Direito e Desenvolvimento. Ela reconhece que o “direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados” (art. 1). O texto também explicita obrigação para os Estados partes promoverem e protegerem a moradia⁹³.

A Convenção sobre os Direitos da Criança⁹⁴, em seu art. 27, 3⁹⁵, estabelece obrigação para os Estados proporcionarem habitação à criança. Além disso, o art. 16 protege o domicílio da criança contra qualquer interferência externa arbitrária ou ilícita.

⁸⁸ Aprovada e proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris em 27 de novembro de 1978.

⁸⁹ É a redação de seu art. 9º, § 2: “A esse respeito, deverá ser dada uma atenção particular aos grupos raciais ou étnicos social e economicamente desfavorecidos, a fim de garantir-lhes um plano de total igualdade sem discriminações ou restrições, a proteção das leis e dos regulamentos, assim como os benefícios das medidas sociais em vigor, em particular no que diz respeito ao alojamento, ao emprego e à saúde, de respeitar a autenticidade de sua cultura e de seus valores, e de facilitar, especialmente através da educação, sua promoção social e profissional”.

⁹⁰ Aprovada pela Resolução nº 34/180, Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 14 de dezembro de 1979 em Nova Iorque (ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas) e promulgada pelo Decreto n.º 89.406, de 20 de março de 1984).

⁹¹ Nos seguintes termos: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdades entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: [...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”.

⁹² Adotada pela Resolução 41-128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

⁹³ Nos seguintes termos: “Os Estados devem tomar, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda” (art. 8, 1).

⁹⁴ Adotada pela Resolução L. 44, da XLIV Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989 (promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990).

Segundo Osório, a década de 1990 representou o período de maior clarificação e progresso dos fundamentos legais internacionais do direito à moradia. Para a autora

[o] reconhecimento da importância do direito à moradia para o gozo de todos os direitos humanos no contexto da igualdade e da natureza integrativa mútua de todos os direitos humanos providenciou uma sólida base legal para futuras ações em direção à melhoria das condições de vida e de moradia da população pobre⁹⁶.

Nesse sentido, o art. 43º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias⁹⁷ dispõe sobre o tratamento igualitário dos trabalhadores migrantes no tema habitacional⁹⁸.

Em 13 de dezembro de 1991, o Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovou o “comentário geral” nº 4, que definiu de modo mais detalhado o que a organização entende como “direito à moradia adequada”, de acordo com o preceituado no art. 11, item 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já abordado. Tal comentário é o principal instrumento internacional de interpretação do direito à moradia⁹⁹. Saule Jr. e Cardoso trazem um resumo do conceito de “direito à moradia adequada” (conforme item 8 do comentário), como aquele correspondente ao direito de viver com segurança, paz e dignidade e que tem como componentes essenciais:

- i) Segurança jurídica da posse – para garantir a moradia contra despejos e deslocamentos forçados e outros tipos de ameaças à posse;
- ii) Disponibilidade de serviços e infra-estrutura – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais fácil seja o acesso a água potável, energia, saneamento básico e tratamento de resíduos, transporte e iluminação pública;
- iii) Custo acessível da moradia – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais os gastos com a moradia sejam proporcionais à renda, asseguradas as demais exigências para uma Moradia Adequada;
- iv) Habitabilidade – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais ofereça condições físicas e de salubridade adequadas;
- v) Acessibilidade – as políticas habitacionais visarão sempre mais à Moradia Adequada para todos, quanto mais contemplem os grupos mais vulneráveis;
- vi) Localização – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais adequadamente esteja inserida na cidade, com acesso adequado às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde, escolas, cultura e lazer;

⁹⁵ É a redação: “Os Estados Partes devem adotar medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo o direito ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social da criança e, caso necessário, deverão proporcionar assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação”.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 31.

⁹⁷ Adotada pela Resolução nº 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

⁹⁸ É a seguinte redação: “Os trabalhadores migrantes beneficiam de tratamento igual ao que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de: [...] d) Acesso à habitação, incluindo os programas de habitação social, e proteção contra a exploração em matéria de arrendamento”.

⁹⁹ OSÓRIO, Letícia Marques. *Op. cit.*, p. 32.

vii) Adequação cultural – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais respeite a diversidade cultural e os padrões habitacionais oriundos dos usos e costumes das comunidades e grupos sociais.¹⁰⁰

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁰¹, em seu capítulo 7, item 6¹⁰², conecta o direito à moradia com a gestão ambiental. Assim, o direito à moradia está profundamente imbricado com a questão ambiental da gestão das cidades, pois a degradação ambiental é consequência perversa da falta de planejamento urbano.

A II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (também chamada de Habitat II)¹⁰³, consolidou a Agenda Habitat, pela qual os governos ratificaram os objetivos universais do Habitat I no sentido de assegurar que os assentamentos humanos se tornem mais seguros, salubres, habitáveis, justos, sustentáveis e produtivos¹⁰⁴. O texto traz importantes considerações sobre as condições das cidades, reforçando a obrigação dos Estados na realização do direito à moradia¹⁰⁵.

No âmbito regional, ainda, merecem registro dois diplomas: a) a Carta Social Europeia¹⁰⁶, que em seu art. 31º assegura o direito à habitação¹⁰⁷; e b) a Carta de Direitos

¹⁰⁰ SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. O Direito à Moradia no Brasil. São Paulo: Instituto Pólis, 2005, p. 22.

¹⁰¹ Realizada em 1992, no Rio de Janeiro (também chamada Agenda 21).

¹⁰² É a seguinte redação: “O acesso a uma habitação sadia e segura é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações de âmbito nacional e internacional”.

¹⁰³ Realizada de 3 a 14 de junho de 1996, na cidade de Istambul, Turquia.

¹⁰⁴ Viana cita que a delegação brasileira, no 3º Encontro Preparatório da Conferência Habitat II, relutava em incluir a expressão “direito à moradia” na carta de intenções daquela conferência, com o temor de que a população brasileira viesse a cobrar esse direito na justiça, inclusive citando o trecho da afirmação de um diplomata no seguinte sentido: “Durante os debates, concluímos que o direito à moradia é um direito de natureza programática, ou seja, será obtido progressivamente e não pode ser cobrado na Justiça” (*Op. cit.*, p. 10). Fernando Guilherme Bruno Filho cita que diversos países, capitaneados por EUA, Japão e Coreia, se opunham à inserção do “direito à moradia” no texto, pois “temiam uma demanda irrefreável em seus respectivos territórios, mediante ações judiciais, de indivíduos desprovidos de moradia”. Daí, segundo o autor, ter sido incluída a expressão “realização global e progressiva” do direito à moradia, conforme item 8 transcrito na nota a seguir. (Eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais. O direito à habitação. In: *Revista dos Tribunais*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, Ano 7, n. 26, janeiro-março de 1999, p. 241).

¹⁰⁵ Conforme exposto no item 5 de tal documento, “[n]ossas cidades devem ser lugares onde seres humanos aproveitem a vida com dignidade, saúde, segurança, felicidade e esperança”. E no item 8, os Estados se comprometem a tomar medidas efetivas para garantir o direito à moradia: “Nós reafirmamos nosso compromisso à realização global e progressiva do direito à moradia adequada como sustentado nos instrumentos internacionais. Para esse fim, nós devemos estimular a participação ativa de nossos parceiros públicos, privados e não-governamentais de todos os níveis para assegurar o direito de posse, proteção em face da discriminação e acesso equânime à moradia adequada e disponível a todas as pessoas e suas famílias”.

¹⁰⁶ Ratificada e revista pelo Conselho da Europa em Estrasburgo, em 3 de maio de 1996.

¹⁰⁷ Nos seguintes termos: “Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à habitação, as Partes comprometem-se a tomar medidas destinadas a: 1) Favorecer o acesso à habitação de nível suficiente; 2) Prevenir e reduzir o estado de sem-abrigo, com vista à sua eliminação progressiva; 3) Tornar o preço da habitação acessível às pessoas que não dispõem de recursos suficientes”.

Fundamentais da União Europeia¹⁰⁸, cujo art. 34º, item 3, estabelece o direito a um auxílio para assegurar a moradia aos necessitados¹⁰⁹.

A Declaração sobre as Cidades e outros Assentamentos Humanos no Novo Milênio¹¹⁰ reafirma que a Declaração de Istambul e a Agenda Habitat continuam sendo a estrutura básica para o desenvolvimento de assentamentos humanos sustentáveis para os anos vindouros. Reitera, ademais, que constitui uma das bases do Programa Habitat a busca de moradia adequada para todos e o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos (item A-5), faz avaliações das medidas tomadas até então, identifica os problemas na sua implementação e propõe soluções para o futuro, dentre as quais ressalta a necessidade de redução da pobreza para conseguir atingir suas metas.

Por fim, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou a Resolução nº 2004-21, de 16 de abril de 2004, que considerou o direito à moradia adequada como um componente do direito a um nível de vida adequado¹¹¹.

Como se vê, sobre o tema, o direito internacional positivado iniciou com a expressa declaração do “direito de habitação”, com variações terminológicas que vieram a consolidar a expressão “direito à moradia” como um direito pertencente a toda a pessoa humana. A mera declaração da existência do direito evoluiu, a partir da década de 1960, com a proclamação dos direitos econômicos, sociais e culturais, para o estabelecimento de obrigações aos Estados no sentido de efetivar o direito à moradia. Assim, tendo o Brasil assinado e ratificado inúmeros tratados, pactos e convenções internacionais sobre direitos humanos que tratam a moradia como direito humano fundamental, comprometeu-se o Estado brasileiro a adotar medidas adequadas a torná-lo efetivo, de acordo com o propugnado pela comunidade internacional. Mais recentemente, nota-se um esforço da comunidade internacional em delimitar melhor o conteúdo do direito, o que se convencionou denominar como “direito à moradia adequada”.

Após descrita a evolução do direito internacional sobre o tema, e antes de se debruçar sobre como o direito brasileiro positivado atual e a doutrina formalista correspondente vêm

¹⁰⁸ Aprovada pelo Conselho Europeu em Nice, em 7 de dezembro de 2000.

¹⁰⁹ É a redação: “[a] fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e as práticas nacionais”.

¹¹⁰ Aprovada pela Resolução S-25.2 da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova Iorque, em 9 de junho de 2001.

¹¹¹ Os seus termos foram ratificados recentemente pela Resolução nº 6-27, de 14 de dezembro de 2007, e pela Resolução nº 15-8, de 30 de setembro de 2010.

enfrentando o tema, convém no âmbito deste trabalho catalogar como o direito interno dos demais países vem incorporando o direito à moradia aos seus textos constitucionais e/ou legais.

2.4.2. Direito comparado

No plano interno, segundo Sarlet, mais de 50 Constituições garantem o direito à moradia, o que revela uma tendência progressista dos Estados modernos a se adaptarem aos tratados e convenções reconhecidos pela comunidade internacional¹¹². Na América Latina, a maior parte dos países latino-americanos reconhece o direito à moradia, seja no âmbito constitucional, como Argentina, Colômbia, Cuba, República Dominicana, Paraguai, Peru, Venezuela, Chile e El Salvador; seja por figurar entre os direitos essenciais reconhecidos e garantidos pelos Estados, casos de Equador, Uruguai e México, seja por estar mencionado junto à garantia de inviolabilidade do lar, como Peru e Nicarágua, ou, por fim, por ser considerado um dever do Estado, casos de Bolívia, Colômbia, Paraguai e Costa Rica¹¹³.

Importa, para o fim desse estudo, citar apenas alguns exemplos de como as ordens jurídicas dos demais países incorporaram na ordem positiva o direito à moradia. Para facilitar a compreensão, optou-se por somente citar a relação dos textos constitucionais (ou legais) dos países, com algumas observações, conforme a seguir:

- Constituição de Portugal - art. 65, 1: “Todos têm direito, para si e para sua família a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”. Item 2: [Incumbe ao Estado]: “a) programar e executar uma política de habitação inserida em planos de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e fomentar a criação de cooperativas de habitação e a auto-construção; c) estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria”. Item 3: “O Estado adotará uma política tendente a estabelecer um

¹¹² *Op. cit.*, 2009-2010, p. 11.

¹¹³ OSÓRIO, Letícia Marques. *Op. cit.*, p. 35.

sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria”¹¹⁴.

- Constituição da Itália - art. 47: “A República estimula e protege a poupança sob todas as suas formas; regula, coordena e controla o exercício do crédito. Estimula o acesso da poupança popular à compra de habitação e da propriedade de seus cultivadores, bem como a colocação direta e indireta da poupança em ações das grandes empresas de produção do país”¹¹⁵.
- Constituição espanhola – art. 47: “Todos os espanhóis têm o direito de desfrutar de uma habitação digna e adequada. Os poderes públicos promoverão as condições necessárias e estabelecerão as normas pertinentes para tornar efetivo esse direito, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral, para impedir a especulação”¹¹⁶.
- Constituição do Reino da Bélgica - art. 134, item 3: estipula que a lei, o decreto ou as normas deverão garantir, tendo em conta as respectivas obrigações, os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles, “o direito a uma habitação condigna”¹¹⁷.
- Constituição da Finlândia - art. 15 A: “Os poderes públicos garantirão o direito de todas as pessoas à habitação e apoiarão os esforços na aquisição da sua própria habitação”¹¹⁸.
- Constituição da República Federal da Alemanha - art. 13, 3: “De resto, só podem ser praticadas intervenções ou restrições que afetem esta inviolabilidade na defesa contra perigo comum ou perigo de vida individual; com base numa lei, podem também ser praticadas com o fim de prevenir perigos iminentes para a segurança e a ordem públicas, nomeadamente, para sanar escassez de habitações, combater ameaças de epidemias ou para proteger jovens em perigo”¹¹⁹.
- França - Lei 90-449, de 31 de maio de 1990 - art. 1º: “Garantir o direito à moradia constitui um dever de solidariedade para toda nação. [...] Toda pessoa ou família

¹¹⁴ Como se vê, a Constituição portuguesa se dedica ao direito à moradia, mas também se preocupa com o estabelecimento de condições materiais de renda aptas a proporcionar o acesso ao direito, provendo as necessidades básicas do indivíduo.

¹¹⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis, 2000, p. 445. Interessa, no âmbito deste trabalho, notar a intensa relação entre a disponibilidade de crédito e o acesso à moradia na Constituição Italiana.

¹¹⁶ *Id. ibid.*, p. 247.

¹¹⁷ *Id. ibid.*, p. 182.

¹¹⁸ *Id. ibid.*, p. 293. Note-se, também, um reforço na prevalência das políticas públicas na aquisição da casa própria.

¹¹⁹ O item 13, 1, também estabelece a inviolabilidade de domicílio. Viana cita que a Constituição de Weimar de 1919, já previa em seu art. 155 a responsabilização do Estado pela regulamentação do uso e parcelamento do solo para fins habitacionais (*Op. cit.*, p. 10).

suportando dificuldades particulares, especialmente de inadaptação de seus recursos ou de suas condições de existência, tem o direito a uma ajuda da coletividade, nas condições fixadas na presente lei, para ter acesso a uma moradia decente e independente ou para se manter nessa”¹²⁰.

- Constituição mexicana - art. 4º: “Toda família tem direito a uma moradia digna e decente. A lei determina os instrumentos e os meios próprios para alcançar este objetivo”. Há no texto prestígio às políticas para aquisição da casa própria pelos trabalhadores no Título VI, quando trata do trabalho e da previdência social, pois o art. 126, item XII, dispõe sobre o contrato de trabalho nos seguintes termos: “XII – Toda a empresa agrícola, industrial, mineradora ou de qualquer outra classe de trabalho, é obrigada, segundo determinarem as leis regulamentares, a proporcionar aos trabalhadores habitações cômodas e higiênicas. Esta obrigação se cumprirá mediante o aporte que as empresas façam a um fundo nacional para a moradia, a fim de constituir depósitos em favor de seus trabalhadores e estabelecer um sistema de financiamento que permita outorgar-lhes crédito barato e suficiente para que adquiram a propriedade de tais habitações”¹²¹.

Após descrever resumidamente o direito internacional e o direito comparado que constituem as bases da positivação do direito à moradia, o trabalho adentrará no tema sobre como o direito à moradia está inserido na dogmática jurídica brasileira, em seu aspecto positivado. Sob tal aspecto, apresentará as principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem a aplicação formalista do direito em questão, que serão úteis para demonstrar a sua insuficiência.

¹²⁰ GODOY, Luciano de Souza. *Op. cit.*, pp. 57-59. Segundo o autor, a França não tem um dispositivo constitucional assegurando expressamente o direito à moradia, embora o preâmbulo da Constituição proclame dentre os princípios políticos, econômicos e sociais que “[a] Nação assegura ao indivíduo e à sua família as condições necessárias ao seu desenvolvimento”.

¹²¹ GODOY, Luciano de Souza. *Op. cit.*, p. 68. A Constituição Mexicana de 1917, um dos marcos do constitucionalismo social, juntamente com a Constituição de Weimar, ao tratar do direito de propriedade em seu art. 27, assim preceituava: “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com fim de realizar uma distribuição equitativa da riqueza pública, cuidar de sua conservação, alcançar o desenvolvimento equilibrado do país e o melhoramento das condições de vida da população rural e urbana. Com esse objetivo, serão ditadas as medidas necessárias para ordenar os assentamentos humanos e estabelecer adequadas previsões, usos, reservas e destinos de terras, águas e florestas, para efeito de executar obras públicas e de planejar e regular a fundação, conservação, melhoramento e crescimento dos centros de população” (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A função econômica e social da propriedade: uma visão crítica sobre o Sistema Financeiro da Habitação e a tutela do bem de família. *In: Revista Forense*, v. 410, ano 106, julho-agosto de 2010, p. 199).

2.4.3. Direito à moradia no Brasil

Na presente seção, serão descritos os principais dispositivos constitucionais e textos legais que conduzem a inserção do direito à moradia na ordem jurídica pátria. Com base na descrição do texto constitucional e legal, serão introduzidas as principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do tema, na aplicação de tais normas pela análise jurídica convencional. A descrição do debate doutrinário e jurisprudencial será útil para mostrar suas insuficiências, conforme será abordado adiante.

2.4.3.1. Positivção

O direito à moradia foi inserido expressamente na Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, dentre o rol dos direitos sociais previstos no art. 6º, nos seguintes termos: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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”¹²². Diante disso, no Brasil, a consequência apontada por Sarlet é que o direito à moradia passa a ser considerado “simultaneamente [...] direito humano (reconhecido e protegido na esfera internacional) e fundamental (constitucionalmente assegurado)”¹²³. A partir da sua positivção, a doutrina formalista discute se o direito já era assegurado antes da EC ou não.

Ricardo Pereira Lira, em trabalho escrito ainda antes da EC nº 26, de 2000, entendia que o direito à moradia já figurava no rol dos direitos individuais. Segundo o autor,

[o] direito de habitação, o direito à moradia, o direito ao mínimo de abrigo, o ‘shelter’ (como dizem os anglo-saxônicos) é um direito individual assegurado na Constituição da nossa República, por isso que é instrumento indispensável à formação elementar da consciência de cidadania, instrumento indescartável na realização dos fundamentos da República, pois só com essa salvaguarda mínima se pode preservar a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988), se pode erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, inciso III, da Constituição da República)¹²⁴.

¹²² Na verdade, a última redação do dispositivo, acima transcrita, foi dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, que introduziu a alimentação como um direito social.

¹²³ SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, 2009-2010, p. 4.

¹²⁴ Direito à habitação e direito de propriedade. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro: UERJ, n. 6 e 7, 1998 e 1999, p. 81.

É de se notar que o art. 7º, inciso IV, da Constituição já previa o direito à moradia ao tratar do salário mínimo como direito dos trabalhadores urbanos e rurais¹²⁵. Embora aparentemente tal dispositivo se refira apenas ao direito dos trabalhadores, as necessidades básicas previstas no dispositivo podem ser consideradas direitos de todo ser humano. Assim, pode ser entendido que o direito à moradia já tinha o *status* constitucional desde a promulgação da Constituição de 1988.

Também de forma indireta, há indícios que a tutela da moradia já era prevista e garantida em outros dispositivos constitucionais, a exemplo da inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada (art. 5º, incisos X e XI). Com o argumento de que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, Lira, como exposto, já considerava o direito de habitação como um direito individual mesmo antes da EC nº 26, de 2000¹²⁶.

Por igual, não é de se perder de vista que o art. 24, inciso IX, da Constituição, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. E o art. 21, inciso XX, define a competência da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Revela-se, assim, que o constituinte originário, ao estabelecer a competência da política habitacional, necessariamente tinha em vista um direito correlato, o direito à moradia¹²⁷.

Outrossim, apesar de os direitos de propriedade e à moradia serem considerados distintos e complementares, conforme explicitado na seção 2.2, é de se ressaltar que a própria Constituição brasileira parece trazer uma intensa correlação entre os dois institutos. O Título VIII da Constituição, que trata da ordem social, especifica com maior profundidade os direitos sociais elencados no art. 6º. Embora não se tenha cuidado expressamente do direito à moradia, é possível também encontrar dispositivos que possuem a função de proteger o direito em questão. Os arts. 182 e 183 integram o capítulo da ordem urbana, tratando dos objetivos da política urbana municipal, conferindo ao plano diretor o destaque como principal instrumento de planejamento da política urbana, bem como explicitando a função social da propriedade urbana e formas de

¹²⁵ Art. 7º [...] 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.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 81.

¹²⁷ Conforme exposto anteriormente, em consonância com CASTRO, Marcus Faro de. *Op. cit.*, 2009, p. 36.

penalização cabíveis aos proprietários que não respeitam a função social. O art. 183 da Constituição dispõe sobre a usucapião urbana, estabelecendo a moradia como um de seus requisitos¹²⁸. Tal dispositivo foi repetido no art. 9º do Estatuto das Cidades¹²⁹, que trouxe em seu art. 10 outra hipótese: a usucapião coletiva por famílias de baixa renda, também prevendo como um de seus requisitos o exercício de moradia por 5 anos.

Com efeito, o exercício de fato do direito à moradia pode servir de pressuposto para a aquisição do direito de propriedade. Como visto, o conteúdo do direito de propriedade está limitado à sua função social, de modo que o decurso do lapso temporal previsto na Constituição somado ao exercício de fato de um outro direito social (moradia), presentes os demais requisitos, autoriza a aquisição da propriedade por usucapião. Assim, se o indivíduo não utiliza o direito de propriedade de modo a atingir sua função social, o exercício de fato do direito à moradia prevalecerá sobre o direito do proprietário. Segundo Sarlet, o direito à moradia atua como pressuposto na usucapião como efetivação da função social da propriedade¹³⁰. Observe-se que mesmo a usucapião constitucional pressupõe que a pessoa beneficiada seja oriunda de uma classe social desfavorecida porque é um dos requisitos que ela não seja proprietária de outro imóvel urbano ou rural para sua moradia. Desse modo, o prestígio dado à moradia pelo direito pátrio se manifesta de forma tão acentuada que pode conferir originariamente o direito de propriedade sobre o imóvel objeto da morada.

Outros dispositivos constitucionais também indicavam a existência do direito à moradia quando da promulgação da Constituição de 1988. O art. 187, inciso VIII, inclui, dentre as providências a serem desenvolvidas pela política agrícola, o acesso à habitação para o trabalhador rural. E o art. 53, inciso VI, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao tratar dos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, bem assim de suas viúvas e companheiras, conferiu-lhes o direito de prioridade na aquisição da casa própria, caso já não a possuíssem.

¹²⁸ É a seguinte redação: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua *moradia* ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. No mesmo sentido, a usucapião rural prevista no art. 191: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua *moradia*, adquirir-lhe-á a propriedade”.

¹²⁹ Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

¹³⁰ *Op. cit.*, 2009-2010, p. 16.

Além disso, tendo em vista que o direito à moradia já era previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, mesmo antes da EC n° 26, de 2000, pode-se considerar que já havia sua aplicabilidade imediata no Brasil, conforme dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição. Assim, a EC n° 26, de 2000, teve por inspiração a reprodução de dispositivos já inseridos em tratados internacionais dos quais o Brasil fazia parte, de forma a adequar a Constituição e o direito interno aos textos internacionais. Sendo assim, para Sarlet, considerando o art. 5º, § 2º, o direito à moradia já poderia ser considerado materialmente constitucional¹³¹.

Portanto, a doutrina formalista considera que, mesmo antes da consagração expressa do direito à moradia na Constituição via emenda constitucional, diante dos dispositivos acima citados, acrescido à positivação do princípio da dignidade humana no art. 1º, III, da Constituição, o instituto já se encontrava implicitamente previsto, tendo em vista que esse último princípio

já 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 dignidade¹³².

Por seu turno, segundo a caracterização formalista, a constitucionalização expressa do direito à moradia como um dos direitos sociais foi um marco importante e necessário¹³³, mas não é suficiente, por si só, a garantir a efetivação do direito. Segundo tal concepção, mostrou-se necessário instrumentalizar na legislação infraconstitucional medidas adequadas para que ele pudesse ser atendido de forma eficaz. Nesse contexto, o Estatuto das Cidades, ao regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição, é considerado como uma das medidas mais importantes que consagram o direito à moradia, concretizando algumas garantias que visam a minimizar a exclusão social, por meio de dispositivos que estabelecem as diretrizes gerais da política urbana¹³⁴.

Além disso, o art. 37 da Lei n° 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) estabelece que o “idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada”.

¹³¹ *Op. cit.*, 2009-2010, p. 13.

¹³² SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, 2009-2010, p. 12.

¹³³ Segundo Godoy, o reconhecimento expresso foi uma evolução pois a “explicitação clara e expressa do direito como um direito social de conteúdo programático traz segurança ao sistema” (*Op. cit.*, p. 38).

¹³⁴ Dentre as quais destaca-se a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, inciso I).

Assim, são esses os principais dispositivos constitucionais e legais que tratam do direito à moradia na ordem jurídica pátria. Embora pareça inócua a discussão da doutrina formalista quanto à existência ou não do direito antes da EC nº 26, de 2000, o fato é que o Estado brasileiro deve prover esse direito básico às pessoas mais necessitadas, os excluídos da sociedade de consumo, provendo medidas para proteger e efetivar o direito à moradia. Daí ganhar relevância a análise da política habitacional correspondente, não com base em abstrações, mas sim na efetividade concreta do direito.

2.4.3.2. Questões atuais abordadas pela doutrina e jurisprudência formalistas

Prosseguindo na caracterização jurídica formalista do direito pátrio, a doutrina considera que a Constituição estabelece um valor jurídico com caráter promocional, determinando “que o Estado, por meio dos três entes de governo, patrocine meios de implementação do direito à moradia”¹³⁵. Segundo esse entendimento corrente, o dever estatal é dúplice: deve proteger o exercício do direito, mediante abstenções de fato de outrem (direitos de defesa), e deve prover de modo prestacional o direito, por intermédio das políticas públicas inclusivas de acesso à habitação. Sarlet¹³⁶ separa as funções defensiva e prestacional do direito à moradia, embora reconheça o autor que se tratam de dimensões conexas e não reciprocamente excludentes. Por óbvio, tal distinção entre direitos negativos e positivos é também inócua, tendo em vista que mesmo no dever de abstenção, o Estado também tem de agir (positivamente) para evitar que o direito seja violado¹³⁷. Porém, para o fim de sistematização dos entendimentos, ao menos nessa exposição descritiva da dimensão formal do direito, ela ajuda a compreender o tratamento da doutrina formalista.

Segundo essa concepção, o direito à moradia pode ser protegido como meio de defesa de diversas formas. Sarlet, ao tratar da dimensão negativa do direito à moradia explícita que a moradia, como bem jurídico fundamental, deve ser protegida contra a injusta agressão de terceiros. Segundo ele, o Estado e os particulares devem respeitar a moradia das pessoas, de tal forma que qualquer ação violadora do direito é passível de impugnação em juízo¹³⁸.

¹³⁵ GODOY, Luciano de Souza. *Op. cit.*, p. 40.

¹³⁶ *Op. cit.*, 2009-2010, p. 24.

¹³⁷ Nesse sentido, HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*. Nova Iorque: W.W. Norton, 1999.

¹³⁸ *Id. ibid.*, p. 29.

Uma das formas de direito de defesa presente de forma recorrente na doutrina formalista é a previsão de proteção adequada ao imóvel residencial de família contra dívidas. O artigo 1.711 do Código Civil estabelece que o cônjuge ou a entidade familiar podem instituir, mediante escritura pública ou testamento, bem de família em parte do seu patrimônio, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as determinações legais sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial regido por lei especial. Por seu turno, a lei especial, Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, determina que todo imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo as exceções referidas no art. 2º da referida lei. Assim, a diferença dos dois institutos é que o primeiro exige ato volitivo de seu instituidor, enquanto que no segundo as próprias circunstâncias fáticas caracterizam o instituto protegido por lei. A impenhorabilidade do bem de família tem por objetivo proteger a moradia da família, tornando-a inviolável.

A tutela protetiva do direito à moradia, na visão formalista, considera que a impenhorabilidade do bem de família é dirigida contra o Estado e contra os demais particulares, constituindo-se num direito *erga omnes*, pois todos têm o dever de respeitá-lo. Como anota Figueiredo, “[a] tutela do bem de família apresenta-se como um embrião da horizontalização da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que efetiva a realização do direito de moradia, ainda que em detrimento do direito patrimonial”¹³⁹.

Nessa dimensão protetiva, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), após reiterada jurisprudência¹⁴⁰, ampliou a proteção legal ao bem de família, mediante a edição da Súmula nº 364, no sentido de que “[o] conceito de impenhorabilidade de bem de família

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁰ O primeiro precedente da Corte Especial foi o EREsp 182.223-SP, Relator para Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 07/04/2003 (veja-se na ementa desse acórdão interessante trecho: “A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.”), mas o entendimento já encontrava ressonância em todas as Turmas, v.g. RESP 57.606-MG, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ 15/05/1995, 4ª Turma; RESP 159.851-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22/06/1998, 4ª Turma; RESP 205.170-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 07/02/2000, 5ª Turma; RESP 253.854-SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 06/11/2000, 3ª Turma; RESP 403.314-DF, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ 09/09/2002, 4ª Turma; RESP 759.962-DF, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 18/09/2006, 4ª Turma; e RESP 859.937-SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28/02/2008, 1ª Turma.

abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”¹⁴¹. Assim, está pacificada no âmbito do STJ a impenhorabilidade do bem de família a pessoa singular (seja solteiro, viúvo, separado ou divorciado), sob o fundamento da proteção do direito à moradia do devedor. Portanto, a jurisprudência pátria consolidou o entendimento de que a proteção da norma, nada obstante sua denominação “bem de família”, tem por objetivo não só a família, mas também a moradia daqueles que ali vivem, sendo entidade familiar ou não¹⁴².

Vale ressaltar que a proteção legal abrange não só o imóvel, mas também os móveis guarnecedores da residência, conforme dicção do parágrafo único da Lei nº 8.009, de 1990. Assim, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo a impenhorabilidade de diversos bens, a exemplo de aparelhos de televisão, máquinas de lavar roupas e de lavar louça, fornos de microondas, freezers, microcomputadores, impressoras, aparelhos de ar condicionado, videocassete, som e outros utilitários e eletrodomésticos da vida moderna atual¹⁴³. Segundo tal entendimento jurisprudencial, não basta proteger com a impenhorabilidade somente o imóvel onde se exerce a moradia, mas também os móveis que o guarnecem, ou seja, deve-se proporcionar um mínimo de conforto e comodidade àqueles que habitam no imóvel, o que mais se coadunaria com o exercício condigno e adequado do direito à moradia.

Outras vezes, contudo, parece que os julgados se afastam do objetivo de proteger o direito à moradia do devedor. Por exemplo, o STJ entendeu que, se o imóvel é o único bem imóvel do devedor, mesmo que locado, também é impenhorável, pois se destina à subsistência do devedor, como complemento à renda familiar¹⁴⁴. Nesse caso, a impenhorabilidade foi interpretada como destinada a proteger também o direito à alimentação do proprietário do bem de família. Assim, a análise meramente formal das normas não guarda uma coerência interna quanto aos direitos a serem protegidos, o que descredencia tal abordagem na análise dos fatos reais.

¹⁴¹ DJe 03/11/2008.

¹⁴² Sob esse aspecto, Figueiredo defende ainda a extensão da proteção da norma às uniões homoafetivas (*Op. cit.*, pp. 216-218).

¹⁴³ Todos os utensílios são citados nos julgados a seguir: RESP 875.687-RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 22/08/2011, 4ª Turma; Rcl 4.374-MS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 20/05/2011, 2ª Seção; RESP 836.576-MS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 03/12/2007, 1ª Turma; RESP 584.188-DF, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 05/09/2005, 4ª Turma; REsp 488.820-SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 28/11/2005, 1ª Turma; REsp 691.729-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 25/04/2005, 2ª Turma; e REsp 150.021-MG, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 19/04/1999, 3ª Turma.

¹⁴⁴ REsp 159.213-ES, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21/06/1999, 4ª Turma.

Sobre a caracterização da faceta protetiva do direito à moradia, ainda, há uma discussão de relevo que vem sendo travada diante da nova redação que se imprimiu ao art. 6º da Constituição. Alguns julgados e autores, como será demonstrado, vêm sustentando a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009, de 1990¹⁴⁵, sob o fundamento de que tal norma não teria sido recepcionada pela EC nº 26, de 2000. Segundo tal posição, o fiador não pode ser privado do direito à moradia de seu único imóvel residencial diante de uma dívida de caráter patrimonial.

Tal norma teria sido editada com o objetivo de estimular o mercado imobiliário, fomentando a realização de contratos locatícios com uma maior garantia ao locador, o que por sua vez facilitaria o acesso a moradias por meio do aluguel. Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza, “com a referida norma facilita-se o direito à moradia não só do locatário, mas da coletividade, pois se propicia com ela o aumento de moradas para a população, sem a necessidade de aquisição de um imóvel”¹⁴⁶. Assim, o citado autor entende que somente foi recepcionada a norma para fiança de contratos de locação de caráter exclusivamente residencial, pois na locação de natureza comercial a norma não visa a proteger a moradia, mas tão-somente a facilitação do recebimento do direito patrimonial do locador.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a admissibilidade de penhora de imóvel de fiador de contrato de locação residencial, por inexistência de afronta ao art. 6º da Constituição¹⁴⁷. O voto vencedor do Ministro Relator Cezar Peluso afirma que o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel, salientando que “sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputa-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores”. Assim, para o relator, a efetivação do direito à moradia a uma gama maior de indivíduos estaria garantida pela via da locação de imóveis e pela exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, sendo um mal menor o dano individual do fiador proprietário do imóvel que assumiu a obrigação. Concluiu o relator que

¹⁴⁵ Acrescentado pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 262.

¹⁴⁷ RE 407.688-SP, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 06/10/2006. Na verdade, tal julgado alterou o entendimento anterior do Ministro Carlos Velloso, consignado em decisões monocráticas proferidas nos RE's nºs 352.940-SP e 449.657-SP, ambas publicadas no DJ de 09/05/2005.

castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia o 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.

O voto vencido que inaugurou a divergência, do Ministro Eros Grau, enfatizou, em resumo, o vínculo da moradia com a tutela da dignidade humana e a violação ao princípio isonômico, pois o devedor do aluguel continuaria beneficiado com a impenhorabilidade, ao passo que o fiador não, argumento que foi acatado pelo Ministro Celso de Mello, que acompanhou a divergência. Sarlet concorda com o voto divergente, sob o argumento de que

[a] dignidade da pessoa humana, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral, não pode ser pura e simplesmente funcionalizada em prol do interesse público, mesmo que seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas¹⁴⁸.

Assim, para o autor, a decisão deveria preservar o núcleo essencial do direito, aplicando-se-lhe o princípio da proporcionalidade, o que não teria sido efetivado no caso. Também foi discutida no precedente a questão da indisponibilidade e irrenunciabilidade do direito à moradia, levantada pelo Ministro Carlos Ayres Brito, que significaria limitação à autonomia da vontade do fiador, tese chancelada por Sarlet¹⁴⁹.

Recentemente, a 4ª Turma do STJ¹⁵⁰ manteve a penhora sobre imóvel da família de uma pessoa condenada pelo crime de furto qualificado para pagar a indenização à vítima, hipótese de exceção de impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, inciso VI, da Lei n. 8.009, de 1990. No voto do Ministro relator, houve a ponderação entre os bens jurídicos em conflito, de um lado, a preservação da moradia do devedor inadimplente e, de outro, o dever de ressarcir os prejuízos sofridos por alguém devido a uma conduta ilícita objeto de trânsito em julgado criminal. No caso, foi privilegiado o ofendido em detrimento do infrator.

Ademais, ainda no que tange à face protetiva do direito à moradia, é importante citar a observação de Lira, no sentido de que

o direito de habitação pode aparecer em toda a sua plenitude, como por exemplo, em um caso concreto, posto perante o Estado, em que este, operando como Poder Judiciário, deva decidir entre a prevalência do direito de habitação sobre uma propriedade não utilizada ou pouco utilizada, que não observa a sua função social, caso em que [...] deve ser prestigiado o direito de habitação¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, 2008, p. 79.

¹⁴⁹ *Id. ibid.*, p. 82.

¹⁵⁰ No REsp 947.518-PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento realizado em 08-11-2011, acórdão pendente de publicação.

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 83.

Como se vê, essas são as principais questões pelas quais a doutrina e a jurisprudência formalistas encaram a chamada face negativa do direito à moradia, que imporia a toda sociedade e ao Estado uma abstenção *erga omnes*. Tais entendimentos serão criticados com profundidade na seção seguinte, onde serão demonstrados o seu intenso grau de subjetividade e as suas insuficiências.

Por outro lado, a face ativa do direito à moradia pode ser sistematizada na doutrina formalista em dois significados. Por primeiro, denota que o Estado deve prover de medidas adequadas para se atingir a igualdade material, envolvendo a discussão acerca da possibilidade ou viabilidade de se exigir do poder público, ou mesmo do particular, inclusive pela via judicial, alguma prestação material que assegure a todos uma moradia que proporcione a existência digna. Em segundo lugar, tal discussão atrai a incidência de outra questão, que investiga se o direito à moradia, tratando-se de norma que expressa um direito fundamental, tem aplicabilidade e eficácia imediata, conforme preceitua o art. 5º, § 1º, da Constituição.

No que tange à eficácia e à judicialidade do direito à moradia, são diversas as posições da doutrina formalista, com diversos graus de aplicabilidade, que variam desde a eficácia plena, com a defesa da autorização imediata para a judicialização do direito a fim de concretizá-lo de modo positivo ou prestacional, até a ineficácia (ou eficácia limitada, na denominação corrente), com o reconhecimento do conteúdo programático da norma constitucional. No âmbito dessa pesquisa, identificou-se que predomina na doutrina convencional a segunda vertente, como demonstrar-se-á.

Nesse aspecto, relativamente ao dever prestacional de estímulo aos menos favorecidos economicamente na fruição do direito à moradia, o Estado pode se encontrar em três posições: a) permanecer omissos na proteção ao direito à moradia; b) tomar as medidas equivocadas em proteção ao referido direito; ou c) tomar as medidas adequadas que efetivam o direito em questão. Somente nesta última hipótese, ou seja, adequação entre as medidas governamentais adotadas e a efetivação do direito à moradia, não haverá a necessidade de o sistema jurídico intervir, na medida em que o Estado estará se desincumbindo de suas atividades a contento. Sob as duas primeiras situações de omissão estatal ou do estabelecimento de políticas equivocadas.

Na primeira hipótese, ou seja, no caso de omissão estatal, Sérgio Iglesias Nunes de Souza entende que o Estado não tem o dever de dar uma casa gratuitamente para quem dela

necessite. Porém, para o autor, uma vez comprovada sua omissão na implementação do direito à moradia, exsurge a responsabilidade civil do Estado, possibilitando-se a petição individual perante o Poder Judiciário e até mesmo perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁵². Assim, pode-se resumir as seguintes alternativas propostas no caso de o Estado não se eximir de sua obrigação de proporcionar o acesso à moradia: a) o Estado deve disponibilizar de forma gratuita uma casa ao indivíduo (hipótese que o autor descarta); b) deve tomar as medidas indutivas adequadas, lançando mão das normas necessárias, de modo a promover o direito à moradia; ou c) deve responder pela sua omissão mediante responsabilização civil. Observe-se que o autor citado descarta a hipótese do fornecimento do bem em espécie (moradia), mas não desautoriza a substituição pela indenização. No que tange à responsabilização civil, o autor entende que, diante do forte dirigismo contratual presente nos contratos de financiamento habitacional, cujos modelos são aprovados e padronizados pelas autoridades governamentais, o Estado poderia vir a ser responsabilizado pelos direitos dos adquirentes de unidades que pleiteiam revisão contratual. Tal posição revela uma eficácia plena do dispositivo constitucional, com mitigações.

Por seu turno, na segunda hipótese, Sérgio Iglesias Nunes de Souza entende que uma política habitacional equivocada deve ser corrigida pela ativação do sistema jurídico:

A criação de normas infraconstitucionais que dificultem o acesso à moradia ou dificultem o seu exercício nas suas mais variadas formas, como na elaboração de contratos de financiamento ou de locação, de forma a inclusive retroceder nas conquistas anteriores já obtidas por legislação anterior, afronta não só o dever do Estado em garantir e efetivar o direito à moradia, mas também poderá ser tida como inconstitucional, em virtude da disparidade em relação ao art. 6º da Constituição Federal de 1988¹⁵³.

O mesmo autor sustenta inclusive a impossibilidade de revogação de normas, por inconstitucionalidade, se a norma posterior estabelecer desvantagem ao exercício da moradia em relação à anterior:

Desse modo, as conquistas já alcançadas pela legislação infraconstitucional com relação ao direito à moradia não poderão ser restringidas ou diminuídas em virtude de legislação posterior, porque a norma legal deve sempre continuar a manter a proteção e a facilitação da moradia, não se excluindo os menos favorecidos, principalmente no que tange ao exercício desse direito de personalidade, logo indistintamente direito de todos¹⁵⁴.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 193.

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 241.

¹⁵⁴ *Id. ibid.*, p. 243.

Davi, por seu turno, defende a justicialidade do direito à moradia apenas de forma coletiva, na ocorrência da violação do direito decorrente de uma causa comum. No seu entendimento, o direito à moradia não poderia ser tutelado judicialmente de forma individual, por considerar o direito em questão entre os direitos transindividuais ou metaindividuais, na espécie dos direitos coletivos *stricto sensu*¹⁵⁵.

Sarlet, por outro lado, sustenta que a norma constitucional e os tratados internacionais não impõem ao Estado o dever de fornecer a todos uma moradia, mas apenas que sejam empreendidos esforços concretos e efetivos nesse sentido¹⁵⁶. Segundo ele, somente diante do caso concreto, e na ponderação de bens, valores e princípios envolvidos (como o da reserva do possível, o da reserva parlamentar em matéria orçamentária, que também envolve o princípio da separação dos poderes) numa interpretação sistemático-hierarquizadora, é que se poderá determinar o conteúdo do direito à moradia que pode ser invocado.

O mesmo autor não considera a hipótese de omissão estatal; apenas sustenta que uma medida positiva de efetivação ao direito à moradia se manifesta sob a forma da necessidade de edição de medidas legislativas aptas a viabilizar a sua implementação, como por exemplo,

a criação de linhas de financiamento específicas facilitando a aquisição ou a construção de residências especialmente para pessoas de baixo poder aquisitivo, o estabelecimento de um sistema de mutirões, ou mesmo a criação de uma rubrica específica na esfera da assistência social (como ocorre em diversos países industrializados), destinada a cobrir – em caráter temporário e em montante variável de acordo com as circunstâncias do caso concreto – despesas com habitação (pagamento de alugueres), nesta hipótese com a vantagem de que com isto estarão sendo estimulados investimentos na construção de habitações, por sua vez refletindo no incremento dos níveis de emprego e fomento da economia¹⁵⁷.

Portanto, para o autor, o direito à moradia se situaria no plano de concretização por meio da política habitacional, o que denota uma eficácia limitada ao dispositivo, embora não faça referência expressa a tal classificação. Nolasco tem posição semelhante, no sentido de que o direito à moradia não tem o conteúdo determinado no âmbito da Constituição, pressupondo uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, cuja efetividade está dependente da chamada “reserva do possível”. Assim, para a autora

ao direito à moradia não se confere um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável nem exequível por si mesmo”, ou seja, o direito “tão

¹⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 100-103.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, 2009-2010, p. 39.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, 2009-2010, pp. 37-38.

somente integrará um dever político imposto ao Estado no sentido de adotar providências tendentes à realização daquele objetivo¹⁵⁸.

Tal construção está fundamentada no entendimento de que os direitos sociais nunca derivarão pretensões originárias da Constituição, pois o conteúdo concreto depende de normas legais de regulação. No mesmo sentido é o entendimento de Sílvio Luis Ferreira da Rocha, no sentido de que o legislador deve atuar editando leis que realizem o princípio da democracia econômica e social, mas há liberdade nessa atuação legislativa em vista à concretização desse princípio. Para o autor, somente se evidenciada a arbitrária inatividade do legislador em lhe dar concretude, autorizaria o ajuizamento de ação de inconstitucionalidade por omissão ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou mesmo ações individuais baseadas em imediata pretensão dos cidadãos em face das condições mínimas de existência inerentes ao princípio da dignidade humana¹⁵⁹. Logo, o autor reconhece a ineficácia do dispositivo, mas a omissão estatal pode dar ensejo à judicialização do controle de constitucionalidade por omissão.

Luís Armando Viola, por seu turno, entende que o direito à moradia, por se tratar de norma programática, de eficácia limitada, não corresponde a um direito subjetivo exercitável de plano, mediante a ativação do sistema judiciário. Na sua concepção, a norma constitucional, apesar de fixar o direito e estabelecer o comportamento público a ser trilhado em direção a uma norma que integre e regulamente o comando constitucional, não cria para o Estado um dever jurídico, em razão da falta de densidade normativa. A norma constitucional, assim, não investiu ao particular de um direito subjetivo a ser exercido em juízo no sentido de exigir uma prestação positiva do Estado¹⁶⁰.

Posição semelhante é a de Godoy, no sentido de que o direito cuida-se de norma programática na categoria de eficácia limitada, “que enseja a exigibilidade de prestações positivas por meio de políticas públicas do Estado”¹⁶¹. Também para Lira, “[n]ão há um direito subjetivo individual à imposição ao Estado de uma política urbana e habitacional, quando estarão em jogo decisão política e disponibilidade de recursos alocáveis a essa política”¹⁶². Olavo Augusto Vianna Alves fala em ausência de eficácia social da norma constitucional, em razão de ela não ser

¹⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 262-263.

¹⁵⁹ Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia. *In: Revista do direito do consumidor*, Brasilcon, São Paulo: RT, n. 36, ano 9, outubro-dezembro de 2000, pp. 176-178.

¹⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 36-38.

¹⁶¹ *Op. cit.*, p. 41.

¹⁶² *Op. cit.*, p. 83.

efetivamente aplicada nos casos concretos, embora o direito à moradia vincule o legislador, o administrador e o julgador¹⁶³.

O Tribunal Constitucional Português possui precedente que corrobora o entendimento pela inaplicabilidade imediata do direito à moradia no aspecto prestacional. No Acórdão n° 151/92¹⁶⁴, reconheceu que todos

têm direito a uma *morada decente*, para si e para a sua família; uma morada que seja proporcionada ao número dos membros do respectivo agregado familiar, por forma a que seja preservada a intimidade de cada um deles e a privacidade da família no seu conjunto; uma morada que, além disso, permita a todos viver em ambiente fisicamente são e que ofereça os serviços básicos para a vida da família e da comunidade.

Todavia, entendeu o Tribunal que o direito à moradia, sendo um direito a prestações, “o seu grau de realização depende das opções que o Estado fizer em matéria de política de habitação”, que são “condicionadas pelos recursos materiais (financeiros e outros) de que o Estado, em cada momento, possa dispor”. Ou seja, é um direito submetido à chamada “reserva do possível”, cuja realização deve ser garantida de forma gradual ao Estado. Entretanto, fundando-se o direito à habitação na dignidade humana, deve o Estado satisfazer um mínimo existencial, impondo, se necessário, restrições ao proprietário privado, à guisa de concretização da função social da propriedade, como por exemplo a proibição de denúncia do contrato pelo locador em algumas hipóteses.

Como se vê, predomina na cultura jurídica convencional a impossibilidade de judicialização do direito à moradia quando se está em jogo a efetivação prestacional do direito à moradia, o que o caracteriza como de eficácia limitada, nada obstante a redação do art. 5º, § 1º, da Constituição. Descritos esses parâmetros utilizados na análise jurídica formalista, cumpre desvelar efetivamente suas insuficiências, a fim de introduzir a abordagem que será instrumentalizada no presente trabalho.

¹⁶³ O direito constitucional à moradia e os efeitos da Emenda Constitucional 26-2000. In: *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. Curitiba: MPPR, v. 3, n. 6, agosto de 2000.

¹⁶⁴ Processo n° 136/91, Relator Conselheiro Messias Bento, 2ª Secção, julgamento em 8 de abril de 1992. Tratava-se de ação de despejo na qual o locador proprietário pedia a retomada do imóvel alugado por motivo de seu casamento, com o objetivo de ali instalar sua habitação familiar. A pretensão foi veiculada com o fundamento no Código Civil Português, que autorizava a denúncia de contrato fundada na necessidade de habitação do proprietário. O réu locatário alegou que os dispositivos que supedaneavam a pretensão eram inconstitucionais, diante do disposto no art. 65º da Constituição, que assegurava seu direito de habitação (transcrito na seção 2.4.2 acima), pois não lhe era disponibilizada uma habitação equivalente, o que deveria ser assegurado pelo Estado. O Tribunal entendeu que o direito à habitação do proprietário, fundado no direito real de propriedade, tem primazia sobre o direito à habitação do inquilino, fundado num contrato de locação, direito pessoal com objeto no direito real do proprietário, sendo “inteiramente razoável” sacrificar o direito do último em favor do primeiro.

2.5. Crítica à análise formalista do direito à moradia

Como visto, questões que envolvem o direito a uma moradia digna vêm permeando a jurisprudência e a doutrina brasileiras, que se valem de uma análise jurídica formalista amplamente arraigada no meio jurídico. Como exemplos do tratamento formalista que é dado pela doutrina brasileira ao direito à moradia, citam-se os trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁵ e de Sérgio Iglesias Nunes de Souza¹⁶⁶, todos amplamente desenvolvidos nos itens anteriores.

De um modo geral, esses estudos têm em comum os mesmos pressupostos como base para sua construção lógico-dogmática, se valendo de uma teoria abstrata dos direitos fundamentais, tal como apresentada por Gilmar Mendes e outros¹⁶⁷. Todavia, esses constructos doutrinários, encontram evidentes limitações, conforme indicado por Castro:

As opções de análise jurídica [...] não se prestam a conciliar a funcionalidade e a produtividade da economia, de um lado e, de outro, a equânime proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos, promovendo assim a justiça econômica. A interpretação formal olha unicamente para as formas jurídicas, as construções dogmáticas, não levando em consideração os fatos que constituem situações empíricas dramáticas e facilmente caracterizáveis como injustas, tais como a pobreza, a fome, a morte de pessoas por doenças comumente tratáveis e assim por diante. Das formas jurídicas abstratas podem ser derivadas apenas outras formas abstratas, não juízos marcados com a experiência de vida social. [...] A seu turno, a “ponderação de valores”, sendo de caráter genérico e abstrato, acaba se apoiando em especulações imprecisas sobre o que são os “valores” em questão, e sobre qual a maneira de ajuste mútuo entre eles que seria mais adequada para atender aos interesses concretos dos membros da sociedade¹⁶⁸.

Como salientado nas seções anteriores, o direito à moradia recebe, via de regra, o tratamento jurídico hoje predominante no direito pátrio, consubstanciado, entre outras construções abstratas, na aplicação do princípio da proporcionalidade. Os resultados do emprego de tal formalismo jurídico abstrato, contudo, correspondem a formulações facilmente impugnáveis, pois externam juízos impregnados de subjetivismos do jurista. Por exemplo, quando foi analisada a questão da impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação residencial, as soluções apontadas, em um e em outro lado, estão permeadas de construções abstratas que não refletem a realidade empírica da sociedade. Assim, até mesmo a tese que

¹⁶⁵ *Op. cit.*, 2008 e 2009-2010.

¹⁶⁶ *Op. cit.*

¹⁶⁷ *Op. cit.*

¹⁶⁸ *Op. cit.*, 2009, p. 21.

restou vencedora no STF, capitaneada pelo voto do Ministro Cezar Peluso, centrou sua argumentação, grosso modo, no fundamento de que a penhorabilidade do bem de família do fiador estimularia o mercado de alugueis, beneficiando toda a sociedade na fruição do direito à moradia. Todavia, tal constatação não está apoiada em qualquer estudo empírico que comprove a tese de que a medida realmente estimularia o mercado de locação. Trata-se de argumento abstrato sem apoio em qualquer base sólida, de modo que o juízo reflete a preferência pessoal do julgador, no caso podendo ser identificada uma tendência pró-mercado.

O argumento de seus adversários sofre do mesmo mal. Todas as posições contrárias, seja de Sérgio Iglesias Nunes de Souza, que defende a penhorabilidade somente de bem de família do fiador nos contratos de locação comercial, seja dos votos vencidos do julgamento do STF e de Sarlet, escorados na aplicação da letra da Constituição e da lei, e no atingimento de uma suposta isonomia material, externam uma visão subjetiva do intérprete de que o direito à moradia seria melhor atendido com a vedação da penhora, considerando o favorecimento das partes percebidas como mais fracas ou vulneráveis. Tais construções, com a devida vênua, não estão lastreadas em estudo objetivo que comprove as assertivas apresentadas, traduzindo apenas um juízo parcial do jurista contaminado com uma suposta intenção de beneficiar o direito no caso singular, sem se atentar para as demais circunstâncias que circundam o caso concreto, e que tenham a ver com o esforço de estabelecer um padrão normativo defensável também do ponto de vista econômico.

O mesmo pode ser dito em relação à extensão da impenhorabilidade às pessoas solteiras e às construções jurídicas que são desenvolvidas para a suposta face ativa do direito, ou seja, desde o fornecimento de moradias até a responsabilização civil do Estado. Nenhum desses constructos argumentativos está supedaneado em fatos da vida real e em uma análise conjuntural da sociedade, sendo todas falhas, incompletas e, portanto, com perigoso potencial de distorcer e desvirtuar o próprio direito no caso de aplicação concreta. Basta verificar que predomina na doutrina a impossibilidade de ativação do sistema jurídico na efetivação prestacional do direito à moradia, quando houver omissão estatal no estabelecimento da política habitacional competente, ou quando essa política estiver equivocada. Em outras palavras, o jurista que trabalha a perspectiva formal do direito fica inteiramente inabilitado no fornecimento de uma proposta concreta de efetivação do direito à moradia, como uma política a que devam se amoldar as atividades relacionadas à produção e distribuição de moradias.

Neste ponto, é de se ressaltar a total incapacidade de a interpretação formalista elaborar soluções adequadas para o tema da moradia, que não seja o resgate de uma teoria de ponderação de bens, valores e princípios potencialmente em conflito, num caso concreto. O sistema do direito, nessa ótica, é impotente e inábil na alteração da realidade social, não havendo mecanismos de análise adequados. Assim, é que Sarlet conclui seu ensaio, inspirado em Pérez Luño e José Eduardo Faria, reconhecendo a “perspectiva utópica e promocional dos direitos fundamentais”¹⁶⁹.

Essa incapacidade de elaborar soluções efetivas para o direito à moradia reflete na sociedade, com a criação espontânea de grupos organizados em torno de uma pauta de reivindicações que dê concretude ao direito reclamado. A sociedade civil organizada passa a estabelecer estratégias de luta para chamar a atenção das autoridades para a sua existência enquanto cidadãos que fazem parte da comunidade jurídica, mas que não têm a fruição de seus direitos assegurada. Segundo Nolasco,

[e]sses movimentos têm sua base na população excluída de bens urbanos básicos. As pessoas afetadas na esfera do cotidiano aperceberam-se de que o Estado não lhes assegura o bem-estar comum, sendo, então, necessário que a população pressione os órgãos públicos para resistir à pauperização e à exclusão¹⁷⁰.

Após obter um espaço por meio de ocupação intensiva em áreas públicas ou mesmo em áreas particulares, a população se organiza para obter a extensão dos equipamentos públicos necessários à sua sobrevivência, como transporte público, luz, água etc. Formam-se associações dos bairros para lutar por essas reivindicações junto ao corpo político municipal. Ou então, como visto na introdução, grupos se organizam e ocupam edificações públicas, prédios de apartamentos vazios e se instalam.

O fornecimento insuficiente de moradias intensifica um processo de mobilização social que se articula nesses movimentos organizados, que vêm sendo chamados na mídia como “Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto”¹⁷¹ como a União dos Movimentos de Moradia (UMM) que é composto por vários grupos na cidade de São Paulo-SP, dentre eles os três mais importantes: a Unificação das Lutas dos Cortiços (ULC), o Fórum dos Cortiços (FC) e o

¹⁶⁹ *Op. cit.*, 2009-2010, p. 44.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 74.

¹⁷¹ “Desatendidos pelo Poder Público, excluídos da nacionalidade, formam-se hordas de despossuídos a gravitar no entorno e no seio das cidades, aos quais se alcunha, pejorativamente, os “sem-teto”. [...] Os desassistidos pelo Poder Público, sem condição de acesso à moradia, que se converteu em uma mercadoria escassa e cara, revelam-se protagonistas de verdadeira guerrilha urbana que, em decorrência dessas frustrações, se instalou no seio da nossa sociedade” (VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Op. cit.*, pp. 14-15).

Movimento de Moradia do Centro (MMC), o Movimento Nacional de Luta pela Moradia em Contagem-MG, o Movimento Sem-Teto do Centro (MSTC). Segundo Sonia Lucio Rodrigues de Lima, o Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto consiste em

um movimento urbano que organiza, em diversos estados brasileiros, as reivindicações de segmentos extremamente pauperizados das classes trabalhadoras por acesso à habitação e a equipamentos e bens imprescindíveis à sobrevivência e reprodução da força de trabalho¹⁷².

Além disso, a sociedade civil se articula formando organizações não-governamentais (ONG's), com o objetivo de cobrar do poder público medidas efetivas de atendimento ao direito à moradia, como a Associação Habitat para a Humanidade Brasil (HPH) em Belo Horizonte-MG, o Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos e o Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais (Polis) em São Paulo-SP, o Fórum Nacional de Reforma Urbana (FNRU) e a Fundação Centro de Defesa dos Direitos Humanos Bento Rubião no Rio de Janeiro-RJ. É importante o trabalho das ONG's e dos movimentos sociais na mobilização e articulação da população para discutir propostas e buscar novas soluções para os problemas habitacionais, inclusive para fiscalizar as ações do poder público no setor.

A mobilização política dos atores sociais protagoniza uma nova distribuição do conteúdo econômico da propriedade urbana, uma vez que sua ação política direciona os instrumentos jurídicos a uma alocação mais equitativa dos recursos públicos no setor habitacional. Assim, a reversão gradual do quadro de falta de acesso a uma moradia adequada depende de uma formulação jurídica adequada a responder os anseios da sociedade brasileira após anos de estabilização econômica.

¹⁷² O Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto: novos sujeitos na luta pelo direito à cidade. *In: Universidade e sociedade*, ano XII, n. 29, março de 2003, p. 80.

3. PROPOSTA DE ANÁLISE JURÍDICA PARA SUPERAÇÃO DA DOGMÁTICA FORMALISTA

Diante das insuficiências da análise jurídica convencional expostas no capítulo anterior, notadamente para o fim de enfrentamento do tema da efetivação do direito à moradia, passa-se a descrever os pressupostos básicos teóricos e as suas principais funções cognitivas adotados por este trabalho para a compreensão de fenômenos sociais relevantes. Serão expostos, assim, de forma resumida, as bases teóricas da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE) e a perspectiva - renovada - do denominado Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*). Por óbvio, não pretende esgotar o tema na apresentação das disciplinas, pois as discussões são variadas e o aprofundamento de algumas questões demandaria outro enfoque ao presente trabalho, de modo que a exposição será breve e sucinta. Após a exposição do conjunto de pressupostos básicos, faz-se um cotejo entre os dois paradigmas, numa análise dialógica, buscando identificar seus principais pontos de convergência e de eventual divergência.

3.1. Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE)

A AJPE, desenvolvida por Marcus Faro de Castro, iniciou a ser elaborada no artigo *A função social como objeto da análise jurídica da política econômica*¹⁷³, oportunidade na qual foram delineados os elementos estruturantes da teoria. A abordagem parte da premissa de que as relações sociais são constitutivas da própria existência da sociedade. Assim, essas relações sociais “devem ser fruíveis pelos indivíduos, e as noções de “função social” (da propriedade, do contrato, da empresa) têm por escopo a explicitação jurídica de tais relações e, eventualmente, a sua proteção”¹⁷⁴.

¹⁷³ In: *Notícia do Direito Brasileiro*, vol. 14, 2007.

¹⁷⁴ *Ib. ibid.*, p. 111.

Segundo Castro, ainda, as revoluções liberais relegaram a um segundo plano o papel das crenças e valores tradicionais, no que foi seguido pelos juristas do liberalismo clássico, que erigiram a liberdade individual irrestrita de contratar e a propriedade individual absoluta, renegando as preocupações com o todo social. A partir de então, a tarefa de criticar e favorecer a transformação social “torna-se especialmente empobrecida, e passam a ganhar atenção considerações a respeito da dinâmica de mudanças operadas na sociedade, focalizadas com argúcia em grande parte por economistas”¹⁷⁵. Nessa perspectiva, desponta a disciplina da economia fundada nos princípios do liberalismo clássico, enfatizando um sistema de produção e de troca cujas ações se orientam por interesses individuais, não por preocupações morais que contenham representações sobre o todo social.

Além disso, o autor argumenta que, a partir do positivismo jurídico, que substituiu o jusnaturalismo mas manteve os mesmos pressupostos individualistas, os juristas perderam espaço na tarefa de explicitar e criticar as transformações sociais. O direito foi substituído pela economia que passou a ser a instância técnica privilegiada utilizada por governantes para tomar decisões que afetam o modo de organização e transformação da sociedade. Todavia, segundo Castro, a disciplina da economia “falha tanto em desenvolver esforços de análise das instituições e suas conseqüências morais, quanto em albergar preocupações com ideais de justiça”. A AJPE busca, assim, resgatar o papel crítico do direito na construção de referenciais doutrinários balizadores da política econômica, “visando simultaneamente a promoção da liberdade individual e a preservação do todo social, de modo a evitar a exclusão, a opressão e a marginalização de vastos contingentes sociais”¹⁷⁶.

A AJPE se vale da concepção da economia como rede de contratos jurídicos (contratos voluntários entrecruzados), considerando que a política econômica afeta a economia como um todo e que ela não está dissociada dos processos político e judicial. Ou seja, na visão da AJPE, a economia deve ser vista como

uma *rede ou sistema de contratos voluntários entrecruzados*, com temporalidades de cumprimento diferenciadas, e com componentes fortes de fidúcia política e de fidúcia econômica, relacionando juridicamente indivíduos, grupos sociais e o Estado mediante o concurso dos processos *eleitoral, legislativo, administrativo e judicial*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Ib. ibid.*, p. 112.

¹⁷⁶ *Ib. ibid.*, p. 113.

¹⁷⁷ *Ib. ibid.*, p. 115.

A abordagem pressupõe, assim, que as pessoas estão inseridas em um sistema com práticas de trocas constantes que constituem as bases da cooperação social, da formação da ordem e da estruturação dos conflitos institucionalizados. Esse sistema de trocas está subordinado a um interesse público para propiciar as transformações da ordem com resultados justos, de acordo com o “devido processo legal”, entendido como a interação entre os processos eleitoral democrático, administrativo, legislativo e judicial¹⁷⁸.

Diante disso, as pessoas ao longo de suas vidas estabelecem *planos contratuais de longo alcance*, segundo Castro. Tais planos são correspondentes a projetos de vida que possuem duas naturezas: civil e comercial (econômica). Os primeiros são conjuntos articulados de contratos que visam a propiciar primordialmente atividades de consumo; enquanto que os segundos são também conjuntos articulados de contratos entrecruzados, mas se constituem de investimentos cujo escopo é o *entesouramento*, isto, é a geração de lucro¹⁷⁹. A poupança, nesse contexto, permanece como liame institucional sistêmico entre as atividades civis e comerciais¹⁸⁰.

A AJPE concebe a propriedade formada por diferentes conjuntos de contratos ou agregados contratuais entre as pessoas, cujos usos correspondentes às cláusulas contratuais pressupõem a definição de papéis sociais, buscando superar a discussão da doutrina civilista tradicional a respeito da diferença entre direitos reais e pessoais¹⁸¹. Assim, uma casa enquanto imóvel residencial seria uma resultante da existência e relações contratuais que estipulam a prestação de uma série de serviços públicos ou privados¹⁸². O uso ou conjunto de usos da propriedade, sejam civis (consumo como fim) ou comerciais (consumo como meio para o lucro), vão definir o resultado dos programas contratuais.

Nessas redes de relações negociais estruturantes da economia, é possível visualizar três espécies de cláusulas que constituem critérios de análise jurídica: a) valorativa (designativa

¹⁷⁸ *Ib. ibid.*, p. 117.

¹⁷⁹ *Ib. ibid.*

¹⁸⁰ *Ib. ibid.*, p. 118.

¹⁸¹ O autor se utiliza do exemplo de Waldron para ressaltar a importância dos usos que pressupõem a definição de papéis sociais: “Conforme ressaltou Waldron – suscitando o exemplo em que uma pessoa hipotética (Susan) seja proprietária de um automóvel – a propriedade expressa-se em diversas relações entre uma pluralidade de pessoas. No exemplo de Waldron, são relevantes as relações entre Susan e seus vizinhos, entre Suzan e a polícia, etc. Além disso, a propriedade inclui certos tipos comportamentos (usos) e exclui outros. Assim, como proprietária do automóvel, Suzan não pode dirigi-lo além do limite legal de velocidade, ou dirigi-lo sem carteira de motorista, mas pode exigir que ninguém use o veículo sem sua permissão, pode inclui-lo como legado em testamento, etc.” (*ib. ibid.*, p. 120).

¹⁸² *Ib. ibid.*,

da utilidade); b) monetária (ou financeira); e c) proteção da autonomia da vontade das partes sob critérios de responsabilidade ética (correspondente ao princípio da autonomia responsável).

As duas primeiras cláusulas são “critérios abstraídos de conjuntos de cláusulas efetivas ou formais, presentes em quaisquer contratos economicamente relevantes”¹⁸³ e possuem segmentos públicos e privados, a depender, respectivamente, da incidência ou não dos denominados critérios ou conteúdos de interesse público (normas, atos administrativos e jurisprudência) nos contratos. A cláusula valorativa designa uma utilidade referente a uma coisa (ou a uma quantidade de coisas) ou a uma conduta, sendo, no primeiro caso, contratos que têm por objeto “coisas”, como exemplo o de compra e venda, e no segundo, negócios jurídicos como os contratos de trabalho e de prestação de serviços. Por seu turno, a cláusula monetária designa os conteúdos monetários ou financeiros transacionados no contrato.

Nos contratos públicos, a sua execução derivará de regras eminentemente públicas, isto é, sujeitas ao debate público; já nos contratos privados, para que o funcionamento da economia não resulte em injustiças, os conteúdos das suas cláusulas não são livremente (ou seja, privadamente) negociáveis, em extensão que é sempre variável e mutável em função do devido processo legislativo e judicial. Assim, a política econômica distribui os ônus e vantagens dos interesses econômicos, organizando as expectativas individuais. Porém, é destacado também o papel das relações intercontratuais, que podem mudar a relevância econômica de certos contratos. Um exemplo de alteração da relevância econômica do contrato é a modificação da sua cláusula monetária em razão da incidência superveniente de medidas de política monetária, creditícia, cambial ou tributária.

Já a última cláusula (correspondente ao princípio da autonomia responsável), embora não materializada como cláusula expressamente escrita nos instrumentos contratuais, indica o conteúdo ético dos contratos em razão da incidência dos princípios de direito,

conforme elaborados sobretudo pela jurisprudência acerca do conteúdo dos direitos fundamentais presentes nas constituições, e conforme ainda dimanada do conteúdo de leis e tratados relativos à proteção dos direitos humanos, que podem se tornar objeto de jurisprudência local e internacional¹⁸⁴.

A autonomia responsável significa, de um lado, que o indivíduo deve ter liberdade para contrapor-se à ordem social, reivindicando sua reforma a partir de novas bases, e, de outro, que essa atitude deve levar em consideração o ponto de vista dos demais membros da sociedade.

¹⁸³ *Ib. ibid.*, p. 115.

¹⁸⁴ *Ib. ibid.*, p. 116.

Tal noção incorpora a lição de Max Weber¹⁸⁵, acatando a denominada “ética da responsabilidade”, que propugna a tomada de consciência, por parte dos agentes, das possíveis consequências de seus atos, rejeitando, por outro lado, a “ética da convicção”, baseada em uma concepção de ordem justa, em uma legislação fundamental decorrente da aplicação de um discurso racional. Sob tal prisma, a autonomia responsável reconhece como falível qualquer fórmula com validação apriorística, prestigiando as consequências da ação econômica sobre os membros da sociedade. Assim, a autonomia responsável

deve ser vista como aquela em que estão operantes, simultaneamente, a (a) negação subjetiva da ordem social corrente e (b) a motivação psicossocial das intuições sobre a cooperação – não completamente redutível ao discurso racional e presente também como especulação, aposta e incerteza nos planos de estratégia comercial – estruturantes dos interesses dos indivíduos e organizações¹⁸⁶.

No âmbito da AJPE, o resultado das interações contratuais deve ser equitativamente justo, o que somente pode ser alcançado mediante a rejeição de concepções *a priori* de autonomia absoluta, orientando-se a política econômica sob a ética da responsabilidade que incorpore ao conteúdo do segmento de interesse público dos contratos, a fim de se atingir a justiça econômica¹⁸⁷. A AJPE busca, dessa forma, “desenvolver elementos doutrinários com base nos quais as decisões de política econômica e seus impactos sobre a vida em sociedade passam ser submetidos a crítica que procure compatibilizar a eficiência econômica com a ética e a justiça econômica”¹⁸⁸.

No artigo *Análise Jurídica da Política Econômica*¹⁸⁹, Castro aprofunda os elementos constitutivos de sua abordagem, explicitando seus procedimentos analíticos. O trabalho identifica os principais tipos de abordagens jurídicas correntes na cultura jurídica ocidental, dividindo-as em quatro tipologias: a) a interpretação formal da lei e da constituição, incluindo aquela baseada em uma axiologia ou uma teoria hermenêutica formal; b) a interpretação substantiva da lei e da constituição, calcada em um ideal de favorecer os mais vulneráveis e injustiçados; c) a ponderação de valores, baseada em um cálculo prudencial de caráter abstrato e

¹⁸⁵ A política como vocação, *In: Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1993.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, 2007, p. 127-128.

¹⁸⁷ O conceito da expressão “justiça econômica” fornecido pela AJPE é indicado por Castro: “Contudo, nem as análises econômicas usuais, nem as abordagens jurídicas já mencionadas conectam de maneira útil os dois lados do desafio de propulsionar o crescimento econômico com ‘justiça’, caracterizada como *efetiva fruição de direitos fundamentais e direitos humanos por todos os indivíduos ou grupos, realizando assim a justiça econômica*” (2009, pp. 40-41 – destaque não consta do original).

¹⁸⁸ *Id. ibid.*, p. 131.

¹⁸⁹ *In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 3, Número 1, 2009.

genérico; e d) a Análise Econômica do Direito (AED), que utiliza o cálculo prudencial (estilizado como “análise de custo-benefício”¹⁹⁰) para se atingir a solução mais “eficiente” aos conflitos de interesse. Após criticar a extrema abstração ou a falta de consideração de todas as implicações empíricas de tais teorias, fornece a explicitação e o aprofundamento da AJPE, alternativa apresentada em face das limitações inerentes às abordagens jurídicas correntes.

A AJPE destaca o papel da interdisciplinaridade na percepção das relações entre interesses materiais e outras motivações para agir (valores e motivações psicológicas), referidas a contextos empíricos, visando à construção de uma ordem social economicamente dinâmica e justa. A abertura interdisciplinar é relevante para estimular a reflexão do jurista na apreciação crítica da realidade empírica, que é impactada pelas decisões de política econômica no sentido de, diante das expectativas produzidas, determinar a formação de padrões de comportamento. Assim, a AJPE encoraja o diálogo com diversos campos de elaboração intelectual, como a economia (especialmente estudos de orientação institucionalista), a antropologia econômica, a ciência política, a sociologia política, a sociologia econômica, a teoria das relações internacionais, entre outras. Em especial, no que tange ao objeto desse estudo, releva citar a advertência de Aragão, no sentido de que não é possível investigar a trajetória da política habitacional brasileira, sem uma ótica interdisciplinar que considere diversas variáveis presentes em seus êxitos e fracassos, sem abandonar, entretanto, a preponderância da análise jurídica¹⁹¹.

Deve-se acrescentar que, segundo a AJPE, as decisões de política econômica afetam (i) “de maneira diferenciada as ações atuais e planejadas de grupos e indivíduos, com reflexos sobre a formação de suas concepções sobre o que são (em termos de fruição presente), ou devam ser, os seus direitos”, e (ii) “as possibilidades de indivíduos e grupos engajarem em determinados padrões de ação”. Tais impactos devem ser levados em consideração e compreendidos pela

¹⁹⁰ Sobre a análise de custo-benefício, ver PRADO, Mariana Motta. Análise de custo-benefício e o direito. In: BITTAR, Eduardo C. B., SOARES, Fabiana de Menezes (orgs.). *In: Temas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004.

¹⁹¹ *Op. cit.*, p. 40. Em sentido semelhante, o arquiteto e urbanista Le Corbusier, ao comentar sobre a “sociedade da máquina”, já conclamava a participação de biólogos, médicos, físicos, químicos, sociólogos e poetas (e, porque não, também juristas) para tratar do problema da habitação para “facilitar as condições de existência, realizar a saúde moral e física dos habitantes, favorecer a perpetuação da espécie, oferecendo os equipamentos necessários à perfeita educação, proporcionar a alegria de viver e fazer aparecerem e se desenvolverem os sentimentos sociais capazes de levar ao civismo; o civismo gerador de ação levará a comuna ao mais alto grau de consciência e dignidade” (*Planejamento urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1976, pp. 65 e ss.).

análise jurídica no trato das questões relevantes que demandam a configuração institucional da política econômica¹⁹², pois elas influenciam a configuração do justo e do direito na sociedade.

Outra contribuição da AJPE diz respeito ao reconhecimento e caracterização do papel da moeda, especialmente na economia de mercado. Com efeito, a moeda é considerada pela AJPE uma instituição social complexa em dois níveis. Por primeiro, a AJPE considera a moeda como uma “instituição complexa, pulsante, multifacetada, cujas características, prolongamentos ou articulações com instrumentos financeiros (títulos de crédito, valores mobiliários, contratos financeiros) dependem de uma série de políticas”¹⁹³. Assim, a moeda não é uma entidade neutra, sendo passível de diversos usos que são *regulados pelo direito*, incluindo contribuição para as políticas monetária e cambial, tanto as estabelecidas internamente no âmbito de um determinado país quanto aquelas referentes aos mecanismos formais e informais de cooperação internacional. A segunda implicação é “a visão de que essa instituição social está imbricada, como elemento habilitante, com a organização das ações econômicas nas esferas do investimento (produção), do consumo e da troca, por meio de sua presença na tessitura das relações contratuais”¹⁹⁴.

Com efeito, o conteúdo monetário está presente nas relações contratuais e é responsável pela mobilização e coordenação de interesses orientados para inovações e redefinições da ordem social. Nesse sentido, a AJPE adota a perspectiva advinda da sociologia, para defender que “o uso da moeda, sob a economia de mercado, [é] o elemento que promove a *liberdade* dos indivíduos, possibilitando que superem relações pessoais de dependência, ao mesmo tempo em que estabelece relações impessoais entre eles”¹⁹⁵. A moeda, assim, é reconhecida como uma instituição fundamental na transformação da ordem social, sendo importante para a AJPE o seu desenho institucional na conexão entre os mercados financeiros e a economia real.

Nesse contexto, a AJPE explora a relação entre a moeda e as redes (ou agregados) contratuais referenciados a políticas públicas ou pactos sociais que determinam cláusulas de interesse público de caráter obrigatório, limitando a manifestação da vontade. Essa relação também interfere na fruição de direitos fundamentais, ou seja, dependendo do conteúdo da política pública incidente sobre certas práticas ou situações, ela pode promover ou limitar a

¹⁹² CASTRO, Marcus Faro de. *Op. cit.*, 2009, p. 24.

¹⁹³ *Id. ibid.*, p. 26.

¹⁹⁴ *Id. ibid.*, p. 27.

¹⁹⁵ *Id. ibid.*, p. 29.

fruição dos direitos fundamentais. Assim, para a AJPE, há a necessidade de se compatibilizar as políticas públicas com a efetividade dos direitos fundamentais. Daí a imprescindível análise dos agregados contratuais para a promoção da justiça econômica.

Para tanto, a AJPE “procede de modo a pesquisar se determinada política pública ou política econômica, inclusive seus elementos presentes nas redes ou agregados contratuais, atende a requisitos de ‘concretização’ ou ‘efetividade’ de direitos fundamentais e direitos humanos”¹⁹⁶. Para a realização de uma tal pesquisa, são oferecidos procedimentos analíticos caracterizadores da AJPE.

São os seguintes passos do procedimento, resumidamente: a) identificação da política pública ou econômica sujeita a controvérsias; b) especificação do direito fundamental correlato; c) decomposição analítica do direito decorrente da identificação dos componentes prestacionais que dão conteúdo ao fato empírico da fruição do direito em questão; d) quantificação do direito analiticamente decomposto, ou dos elementos de fruição empírica identificados na decomposição analítica de direitos; e) elaboração de índice de fruição empírica (IFE), que expressa a fruição empírica do direito no caso analisado; f) escolha ou elaboração de padrão de validação jurídica (PVJ), à guisa de um *benchmark* a ser utilizado como referência quantitativa da efetividade empírica considerada justa em um determinado contexto; g) avaliação de resultados da política em termos de verificação da efetividade dos direitos fundamentais; e h) elaboração ou recomendação de reformas, no caso de verificação de insuficiência ou inexistência da efetividade da política pública para a fruição do direito fundamental¹⁹⁷.

Com esses procedimentos analíticos, a AJPE não pretende solucionar imediatamente todos os complexos problemas da vida moderna, mas se propõe, como destaca Castro,

ao menos abrir, no campo do direito, caminhos mais realistas para deliberações sobre reformas de políticas públicas e econômicas capazes de tirar proveito de formulações e estratégias intelectuais que se abrem para o debate interdisciplinar e evitam idealizações inócuas do ponto de vista de sua utilidade analítica na consideração da realidade empírica¹⁹⁸.

Por fim, considerando que há direitos fundamentais que se relacionam ora mais à produção, ora mais ao consumo, a AJPE trabalha a perspectiva para os direitos de produção e da troca econômica, relacionando-os com a fruição de direitos de propriedade “comercial” e de

¹⁹⁶ *Id. ibid.*, p. 40.

¹⁹⁷ *Id. ibid.*, pp. 41-47. Tentar-se-á amoldar, ao menos em parte, a esses procedimentos no presente trabalho, com relação à política de crédito imobiliário e o seu enfoque na fruição do direito à moradia.

¹⁹⁸ *Id. ibid.*, p. 47.

liberdade contratual destinados à obtenção de lucro. Esses direitos figuram ao lado dos “direitos de consumo”, caracterizados como direitos sociais, econômicos e culturais (DESC’s) e também direito de propriedade civil. Além disso, os direitos de produção e os de consumo, segundo a AJPE, referem-se a realidades sociais interligadas e por isso as atividades desenvolvidas para a sua proteção devem ser coordenadas. Nas palavras do autor citado: “a economia de mercado não pode prescindir de coordenar a produção e o consumo, portanto, [deve articular] funcionalmente num todo a fruição dos direitos e consumo com a dos direitos de produção”¹⁹⁹. Ou ainda:

a proteção dada à propriedade comercial, sem que se promova ativamente a fruição dos direitos DESCs, conduz à permanência de contrastes extremos e injustificáveis, perceptíveis no convívio da pobreza com a riqueza, da ignorância com a farta produção de conhecimento e informação, de endemias mortíferas e debilitantes na presença de meios terapêuticos e profiláticos abundantes, do avanço tecnológico com a destruição do meio ambiente²⁰⁰.

Com base nos pressupostos apontados acima e na adaptação dos procedimentos analíticos para a abordagem da propriedade comercial, a AJPE pode ajudar a resolver situações de baixa lucratividade nos empreendimentos econômicos, alavancando a competitividade dos investimentos e impulsionando o desenvolvimento da economia.

De fato, a AJPE busca articular o direito, a política e a economia, resgatando a centralidade do direito na análise dos problemas socioeconômicos. E faz isto (i) revertendo a tendência tradicional de se conferir supremacia à economia na explicação dos fenômenos sociais e (ii) sistematizando a mensuração da fruição de direitos e a elaboração de padrões jurídicos de validação, o que dá ao trabalho jurídico uma “qualidade pragmática, descolada de idealizações contidas em teorias sociais prontas”²⁰¹.

3.2. A abordagem do ‘Direito e Desenvolvimento’ (D&D)

A metodologia de pesquisa ou o movimento denominado Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*) surgiu nos Estados Unidos na década de 1960, num esforço de estabelecer relações entre o direito e o desenvolvimento econômico, em especial sobre o papel que o direito possui e os efeitos que ele produz nos países em desenvolvimento. Inicialmente, o

¹⁹⁹ *Id. ibid.*, p. 52.

²⁰⁰ *Id. ibid.*, p. 55.

²⁰¹ *Id. ibid.*, p. 47.

movimento foi liderado por um pequeno grupo de acadêmicos norte-americanos, que encontraram ressonância nas agências de desenvolvimento, fundações e universidades, na tentativa de chamar a atenção para a pesquisa das causas do subdesenvolvimento e para a necessidade de se promover reformas jurídicas para se atingir o desenvolvimento econômico nos países em desenvolvimento. A primeira grande coletânea de artigos produzidos nas décadas de 1970 e 1980 sobre o tema foi reunida e editada recentemente por Anthony Carty²⁰².

Na sua origem, embora houvesse uma grande variedade de abordagens, regra geral, o esforço inicial foi no sentido de projetar uma mudança paradigmática nas teorias sobre o desenvolvimento, orientadas na época predominantemente pela economia. Assim, a iniciativa pretendia mudar as concepções de que o desenvolvimento era definido em termos puramente econômicos (excluindo, portanto, a relevância de instituições tornadas inteligíveis mediante o discurso jurídico), ou de que o desenvolvimento econômico seria um instrumento mais eficiente para alcançar as mudanças políticas e sociais desejadas, fazendo, portanto, uma religação entre a doutrina do desenvolvimento e o direito²⁰³. Esta perspectiva surgiu no contexto do pós-2ª Guerra Mundial, fortemente influenciada pelo liberalismo garantido pelo sistema de Bretton Woods, mas as economias nacionais eram relativamente fechadas e dependentes do Estado como indutor e participante ativo do crescimento econômico. A ideia original foi amplamente influenciada pelos estudos sociológicos de Max Weber que, há mais de cem anos identificou a relação entre instituições jurídicas e o desenvolvimento econômico²⁰⁴. Um dos principais objetivos era transformar a cultura jurídica dos países em desenvolvimento mediante uma reforma educacional no ensino do direito, estimulando a criação de uma cultura jurídica difundida nas elites capaz de operar uma mudança nas instituições legais.

Os estudiosos do D&D se encontram em permanente crise desde 1974, com a publicação do artigo *Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina direito e desenvolvimento*, de David Trubek e Marc Galanter²⁰⁵. Eles criticavam a postura dos acadêmicos do D&D que, influenciados por uma mudança intelectual e moral,

²⁰² *Law and development: the international library of essays in Law and legal theory*. New York: New York University Press, 1992.

²⁰³ TRUBEK, David; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina direito e desenvolvimento. In: *Revista Direito GV*, v. 3, n° 2, São Paulo-SP, julho-dezembro de 2007, p. 281.

²⁰⁴ Ver a respeito TRUBEK, David. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. In: *Revista Direito GV*, v. 3, n° 1, São Paulo-SP, janeiro-junho de 2007.

²⁰⁵ *Op. cit.*

passaram a rejeitar os pressupostos do legalismo liberal. Os autores sustentavam que o desvio moral da perspectiva ocorreu em razão de ter incorporado elementos que a afastaram de sua origem, relacionada com estudos que trabalhavam diretamente com atividades de assistência ao desenvolvimento promovidas pelo governo norteamericano, por agências internacionais e fundações privadas. Assim, com o crescimento do interesse pela área, os estudos se distanciaram dessas atividades assistenciais, questionando e mesmo rejeitando a sua efetividade na promoção da liberdade, da igualdade e da participação política e, portanto, da própria validade da teoria, o que determinou o denominado “estágio de autoalienação” dos acadêmicos.

Apesar dessa problematização interna da teoria, a metodologia é considerada origem do movimento denominado *Critical Legal Studies* (CLS) e seu método crítico ao liberalismo jurídico²⁰⁶. Mariana Mota Prado, conquanto reconheça a heterogeneidade dos estudos sobre direito e desenvolvimento, separa os trabalhos acadêmicos que relacionam o direito ao desenvolvimento em dois principais grupos: a) “direito no desenvolvimento”, que analisa o papel instrumental do direito no atingimento de fins desenvolvimentistas, variando de perspectivas intervencionistas a abordagens neoliberais; e b) “direito como desenvolvimento”, que considera as reformas legais e o império do direito como um fim em si mesmo, a liberdade como um valor intrínseco a ser buscado pelo Estado²⁰⁷. Nada obstante essa classificação, os dois principais paradigmas teóricos que foram desenvolvidos inicialmente na metodologia foram a teoria da modernização e a teoria da dependência.

3.2.1. Teoria da modernização

A teoria da modernização defendia, em suma, que o desenvolvimento

era um inevitável e evolucionário processo de crescimento de diferenciação social, o qual produziria, em última instância, instituições econômicas, políticas e sociais semelhantes àsquelas do ocidente. O resultado de tal processo seria a criação de um sistema de mercado livre, de instituições políticas democrático-liberais e do chamado império do direito (*rule of law*)²⁰⁸.

²⁰⁶ TAMANAHA, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. In: *Revista Direito GV*, v. 5, n° 1, São Paulo-SP, janeiro-junho de 2009, p. 194.

²⁰⁷ What is Law & Development? In: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 11, outubro de 2010.

²⁰⁸ TAMANAHA, Brian. *Op. cit.*, p. 189.

Com base em tais pressupostos, haveria um aumento da capacidade racional humana de controlar os fenômenos sociais, situação que melhoraria automaticamente seu bem-estar material, promovendo a liberdade, a igualdade e o aumento da participação social na política.

De acordo com essa teoria, quatro elementos seriam essenciais para o desenvolvimento político: a) a *racionalização*, baseada nas dicotomias encontradas nas teorias sociais de Durkheim, Weber, Tonnies e Parsons, que acompanhariam a diferenciação funcional da sociedade, envolvendo mudanças do particular ao universal, da atribuição à realização e da afetividade à neutralidade afetiva; b) *construção da nação*, caracterizada pela ênfase na integração nacional, com especial preocupação com conflitos étnicos que ameaçavam os países em desenvolvimento; c) *democratização*, com destaque para o pluralismo, a competitividade e a responsabilização (*accountability*); e d) *mobilização* ou participação que seria alcançada especialmente pela educação, com o objetivo de aumentar a participação popular ativa dos pobres na disputa política²⁰⁹.

Nos primeiros estudos sobre o tema, defendia-se que o direito tinha um papel essencial no desenvolvimento econômico, pois fornecia os elementos necessários ao funcionamento de um sistema de mercado, gerando previsibilidade de conduta aos agentes econômicos e permitindo um planejamento que incorporasse expectativas futuras asseguradas pela estabilidade do direito. Assim, o direito seria essencial ao crescimento econômico e um pressuposto necessário para a criação e o desenvolvimento dos mercados, libertando o indivíduo por meio de instituições como o contrato e o direito de propriedade. O Estado era visto como o principal veículo por meio do qual o direito era articulado e imposto, funcionando o direito como instrumento pelo qual as metas de desenvolvimento deveriam ser alcançadas. Consequentemente, por força do caráter instrumental do direito, haveria o aumento poder do Estado de utilizar as leis para a consecução de suas metas econômicas.

Porém, tal perspectiva mostrou-se eivada de alguns problemas estruturais na sua base argumentativa. A uma, ela confia exageradamente na suposição de que o legislador buscará sempre alcançar propósitos sociais. Isto despreza a possibilidade de que o poder legislativo também possa atuar como um instrumento de opressão e ser gerador de desigualdades, pois nem sempre o resultado que uma lei persegue possui conteúdos que sejam considerados justos. Muitas vezes, principalmente quando não se tem instituições jurídicas sólidas, as leis são editadas

²⁰⁹ *Id. ibid.*

para atender interesses de uma elite econômica dominante. Assim, se um Estado é cooptado pelo autoritarismo, o direito não pode servir como mecanismo controlador da sociedade em uma visão instrumental. Desprovido de seus valores internos, ele é utilizado apenas como um instrumento de controle dos privilegiados e servirá para manter ou aumentar seus privilégios²¹⁰. A duas, a mencionada perspectiva também deposita uma fé cega no Poder Judiciário como principal instituição jurídica responsável por aplicar a lei, mas isto não se coaduna com as peculiaridades de uma sociedade complexa, onde vários eixos institucionais da administração pública frequentemente lidam com as leis em um nível mais especializado. E a três, equivoca-se ao considerar que o Poder Judiciário e suas decisões não estão sujeitos à influência externa.

Todavia, já na década de 1960, a cumulação do fracasso dos países em desenvolvimento com a proliferação de regimes autoritários desacreditou a hipótese da teoria, diante do seu descolamento em relação à realidade²¹¹. As teses defendidas apresentavam problemas porque tinham conteúdo etnocêntrico, baseando-se na defesa da mera replicação de instituições ocidentais nos países em desenvolvimento, sem se atentar com as peculiaridades culturais²¹². O questionamento frequente era no sentido de que seria impossível que apenas o conhecimento de uma cultura pudesse transcender os conteúdos das demais culturas. A essa objeção, foi adicionado um outro argumento de caráter político, no sentido de que o campo de estudos era apenas um esforço norteamericano para manter sua hegemonia política e econômica sobre os países desenvolvidos. Daí as críticas relevantes a respeito da viabilidade da transferência automática integral de tal modelo ocidental nos países em desenvolvimento, ou se somente deveriam algumas instituições ser selecionadas com o máximo de prudência a fim de se evitar choques culturais.

As políticas de cooperação das organizações internacionais com os países em desenvolvimento se apropriaram desse arcabouço teórico e buscaram construir instituições ocidentais mediante concessão de empréstimos e estímulos aos Estados que se engajassem em tal perspectiva. Intentava-se, assim, construir uma homogeneidade do direito por meio de acordos comerciais como o GATT²¹³ e de empréstimos condicionados a políticas de ajuste estrutural levadas a cabo pelo FMI e Banco Mundial, que impunham o estabelecimento de uma democracia

²¹⁰ *Id. ibid.*, p. 192.

²¹¹ *Id. ibid.*, p. 189.

²¹² *Id. ibid.*, p. 190.

²¹³ Sobre o assunto ver SHAPIRO, Michael J. *The Globalization of Law. Indiana Journal of Global Legal Studies*. Bloomington: Indiana University School of Law, v. 37, n. 1, 1993.

pluripartidária, a abertura da economia nacional, o livre comércio, a eliminação de subsídios à indústria local, a privatização de empresas estatais e a manutenção de um orçamento equilibrado.

Conforme anotaram Trubek e Galanter, há quatro desafios na perspectiva em tela, que determinaram a mudança de paradigma: a) o conhecimento empírico do 3º mundo, que determinou a discrepância entre o modelo e a realidade; b) a perda na crença do legalismo liberal como retrato da sociedade norte-americana; c) a incerteza sobre a universalidade da experiência norte-americana; d) a descrença em relação ao comprometimento dos motivos políticos dos agentes do desenvolvimento e dos governos dos Estados Unidos da América e dos países em desenvolvimento com os valores básicos do legalismo liberal²¹⁴. Tamanaha, contudo, critica essa percepção, pois apenas a primeira foi calcada na situação existente nos países em desenvolvimento, sendo que as demais foram baseadas em uma observação do que acontecia com a própria sociedade norte-americana. Assim, a restrição de que a metodologia era etnocêntrica tinha as mesmas mazelas que visava a criticar, como ressalta Tamanaha:

A ironia em tal situação é patente: Trubek e Galanter atacaram teóricos do direito e desenvolvimento pela exportação etnocêntrica destes do modelo liberal de império do direito, embora eles tivessem feito a mesma coisa – transmitiram aos países em desenvolvimento uma atitude e metodologia críticas geradas por uma crise interna nos Estados Unidos em relação ao império do direito²¹⁵.

Todavia, o argumento de Trubek e Galanter também põe em evidência constatações empíricas dos efeitos, nos países em desenvolvimento, das referidas políticas. Para eles, em vez de proporcionar maior liberdade, igualdade e participação política, a experiência revelou que os governos desses países geralmente representavam elites que buscavam a autossatisfação e o aumento de seu poder dominante, o que determinou a revisão da posição da teoria. Como adverte Trubek, citando o caso do Brasil,

[c]omo acontece com frequência na mudança social planejada, as próprias idéias que levaram aos esforços de reforma se tornaram obstáculos à realização dos objetivos dos reformadores. Os conceitos fracassaram como guias para a ação e como estrutura para a investigação intelectual²¹⁶.

As principais críticas disparadas contra a teoria são o seu caráter etnocêntrico e a sua generalização evolucionista, uma vez que ela parte de um critério abstrato de direito,

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 284.

²¹⁵ *Op. cit.*, p. 195.

²¹⁶ Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

correspondente ao da experiência ocidental, desconsiderando as peculiaridades locais e a diversidade cultural. Como assevera Trubek:

O evolucionismo obscurece as escolhas normativas necessariamente envolvidas nos programas de desenvolvimento jurídico. Todavia, o etnocentrismo pode aumentar a dificuldade de criar projetos que fomentem valores conscientemente afirmados. Uma vez que a visão do pensador do direito moderno é embaçada por conceitos de sua sociedade sobre a natureza do direito e suas funções, ele pode, na realidade, propor medidas contraproducentes nas sociedades dos outros²¹⁷.

O simples transplante de um modelo construído para uma sociedade compromete a coesão social nos países que recebem o modelo. O fato é que a homogeneização do direito toma por pressuposto a existência de condições materiais também homogêneas. O grande problema da importação de instituições jurídicas de um país a outro é que essa operação ignora a assimetria entre os diversos países²¹⁸.

O modelo teórico da modernização sofreu duro revés com o milagre econômico dos tigres asiáticos na década de 1990 e suas exitosas políticas de industrialização voltadas à exportação, que não seguiam o figurino pregado pelas instituições multilaterais. Ou seja, o sucesso desses países não foi acompanhado da importação de modelos políticos democráticos ocidentais, predominando partidos únicos e um autoritarismo brando²¹⁹. Assim, em substituição, para cobrir o vazio deixado pelo abandono dos pressupostos teóricos da teoria da modernização, surgiu uma outra perspectiva.

3.2.2. Teoria da dependência

No plano das Ciências Sociais, a teoria da dependência surgiu com o objetivo de preencher o vácuo deixado pela crise da teoria da modernização, com a constatação da singularidade da história do sistema norteamericano e a conseqüente impossibilidade de

²¹⁷ *Op. cit.*, 2009, p. 77.

²¹⁸ Em sentido análogo, há o problema da homogeneização do direito internacional, que não é compartilhada por autores que veem a fragmentação como a sua característica primordial, tais como Gerhard Hafner: “Atualmente, não existe sistema homogêneo de direito internacional. O direito internacional consiste em blocos e elementos erráticos; diferentes sistemas parciais; e subsistemas e subsistemas universais, regionais ou mesmo bilaterais de diferentes níveis de integração jurídica. Todas essas partes criam o que pode ser paradoxalmente chamado de um ‘sistema desorganizado’, repleto de tensões intrassistemáticas, contradições e fricções” (Pros and cons ensuing from fragmentation of international Law. *In: Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, Summer, 2004, p. 850. Disponível em: <<http://students.law.umich.edu/mjil/uploads/articles/v25n4-hafner.pdf>>. Acesso em 15 de novembro de 2011). Por óbvio, tal discussão é deveras específica para se estender no âmbito deste estudo, bastando apenas a presente referência, em analogia ao problema tratado.

²¹⁹ TAMANAHA, Brian. *Op. cit.*, p. 200.

simplesmente ser copiado, mesmo com o assentimento de outras nações. Enquanto a teoria da modernização se baseava na necessidade de reformas por fatores internos necessários ao desenvolvimento, a teoria da dependência defendia que as origens do subdesenvolvimento estavam arraigadas na história e na estrutura do capitalismo, notadamente pelo sistema de exploração colonial, que impedia as colônias de competir com produtos produzidos pelos colonizadores.

Com o fim da colonização o sistema de exploração continuou, pois os países em desenvolvimento passaram a atuar no mercado internacional em desvantagem, carentes de uma base industrial, tecnologia e infraestrutura. Esse fator impediu o rompimento com a dependência, em razão da necessidade de exportar tecnologia e bens dos países desenvolvidos e de obter recursos financeiros no ocidente. O desenvolvimento que se operou nesses países foi direcionado para a exportação de *commodities* para o ocidente, em vez da produção ser destinada ao mercado interno. Assim, sua base produtiva era pouco diversificada, o que aumentou sua exposição e vulnerabilidade ao ocidente²²⁰.

Ainda, as elites locais se aliavam com funcionários públicos e capitalistas estrangeiros visando à manutenção de seu status em detrimento da grande massa da população carente urbana e rural. Tamanaha assim resume a imagem projetada pela teoria: “um centro ocidental e uma periferia em desenvolvimento em que a riqueza do primeiro é baseada na manutenção da última em um estado de permanente dependência e subdesenvolvimento”²²¹.

A teoria da dependência serviu de inspiração ao denominado “Direito Internacional do Desenvolvimento” que tinha por objetivo promover o desenvolvimento como um direito humano fundamental. Sob tal perspectiva, os colonizadores deviam uma reparação às suas antigas colônias, mediante o fornecimento de tratamento diferenciado e auxílio aos países em desenvolvimento, relacionados a preferências comerciais, alívios ou mesmo perdão no pagamento da dívida, empréstimos com juros baixos e transferência de tecnologia²²².

Segundo Tamanaha, diante do seu etnocentrismo, o fim do paradigma da modernização importou na adoção de seus opostos ideológicos, levando a três efeitos básicos:

- (1) culpar o imperialismo do ocidente por todos os males dos países em desenvolvimento;
- (2) defender o socialismo em detrimento do liberalismo;
- (3) e defender que as culturas dos países em desenvolvimento devam ser protegidas contra a

²²⁰ *Id. ibid.*, p. 198-199.

²²¹ *Id. ibid.*, p. 199.

²²² *Id. ibid.*, p. 201.

invasão dos valores ocidentais, em especial preservando os costumes ou modos de vida locais do alcance expansivo das leis de estado²²³.

A teoria da modernização tinha como pano de fundo a guerra fria e a tentativa de conter o avanço do comunismo e do autoritarismo (embora alguns autores fossem coniventes com esta última forma de governo, como alternativa temporária que desapareceria automaticamente após alcançado o crescimento); a sua rejeição animou o que ela visava a combater.

A teoria forneceu fundamentos para políticas nacionalistas nos países em desenvolvimento, tais como políticas protetivas e indutivas à indústria local, em geral no sentido de promover substituição da exportação, restrições a estrangeiros do controle majoritário de certos tipos de atividades e repatriação dos lucros dos investidores estrangeiros. Embora os negócios se adaptassem rapidamente às medidas, os resultados dessas políticas foram díspares, tendo sido reduzidos os investimentos estrangeiros em alguns países que adotaram as reformas a elas correspondentes²²⁴.

A teoria também sofreu críticas severas pela sua origem marxista na explicação da dinâmica do capitalismo. Nessa perspectiva, o direito seria apenas formal e secundário da superestrutura necessária a dar suporte à base econômica. Ou, como anota Tamanaha, “[o] direito é incapaz de gerar quaisquer soluções, embora possa servir como meio essencial para incorporar e auxiliar a implementação das criadas e decididas por outros”²²⁵. Assim, o direito somente teria um papel derivado, servindo como meio para aprovar medidas destinadas à expansão colonial ocidental.

Ainda, a perspectiva aqui focalizada foi obscurecida por constatações empíricas, a exemplo do fato de que, no geral, o crescimento econômico e dos investimentos nos países em desenvolvimento foi muito mais substancial do que nos países ocidentais. A explicação para isto era que os países em desenvolvimento possuíam vantagem competitiva inigualável em relação ao ocidente, porque a mão-de-obra desqualificada era mais barata, o que importava na transferência maciça de empregos do ocidente²²⁶. Ademais, o argumento da disparidade de recursos naturais e de diferenças culturais entre os países em desenvolvimento fazia voltar à tona os teóricos da modernização, argumentando que os problemas estavam nos fatores internos organizacionais de cada país.

²²³ *Id. ibid.*, p. 204.

²²⁴ *Cf. id. ibid.*, p. 199.

²²⁵ *Id. ibid.*, p. 203.

²²⁶ *Cf. id. ibid.*, p. 199-200.

Por vezes, a teoria serviu de pano de fundo para justificar a violação a direitos humanos, seja sob o argumento de que as necessidades de desenvolvimento justificariam a prevalência de outros interesses sobre os direitos humanos, seja pela acusação de que o conteúdo das doutrinas de direitos humanos também eram etnocêntricas, criadas pela cultura ocidental sem se atentar para as especificidades regionais. Esse último argumento cai num evidente paradoxo, pois admitir que diferenças culturais possam ser objetadas ao cumprimento da universalidade dos direitos humanos, importa em última análise em renegar os valores admitidos como importantes e de validade universal. Como observa Tamanaha,

[o]s estudiosos da área de direito e desenvolvimento que condenaram a exportação de valores ocidentais, leis e instituições jurídicas estavam condenando muito daquilo que prezavam. Qualquer tentativa posterior de argumentar em favor desses valores colocados exatamente na mesma situação daqueles ‘exportadores’ que eles outrora condenaram²²⁷.

Se os paradigmas institucionais jurídicos ocidentais sofriam de etnocentrismo, a própria concepção de direitos humanos envolvida em sua crítica estaria impregnada do mesmo problema. Defender o primeiro argumento e renegar o último seria evidente contradição. Discussões sobre a proteção ao meio ambiente e ao trabalhador estariam dentro desse contexto, pois o estabelecimento de seu conteúdo, mais ou menos restritivo, tem o condão nitidamente de impor o ritmo do crescimento aos países desenvolvidos. Essas dificuldades levaram à emergência de uma nova concepção.

3.2.3. Transição do Direito e Desenvolvimento

Diante da crise estabelecida nas teorias da modernização e da dependência, pela dificuldade de ambas em retratar a realidade de modo adequado, abordagens mais atuais passaram a combinar aspectos das duas teorias, rejeitando parcialmente pressupostos de ambas. A grande dificuldade dessa reelaboração é estabelecer uma pauta que escape da armadilha que a refutação do etnocentrismo provoca ao esvaziar de paradigmas as críticas ao desenvolvimentismo.

Trubek e Galanter propunham uma crítica eclética que não sacrificasse os elementos centrais da teoria. Na sua proposta, contudo, mudavam a natureza do comprometimento com esses fundamentos, transformando-os em padrões críticos e problematizando-os. Reconheciam

²²⁷ *Id. ibid.*, p. 206.

os autores que as tendências que apontavam na direção dos elementos centrais da teoria não seriam agrupadas no mundo real de modo coerente, mas que as instituições poderiam ser encarnações desses ideais, libertando o estudioso do D&D para elaborar seu próprio arsenal crítico e sua abordagem diferenciada utilizando-se de diversas fontes²²⁸.

Na década de 1990, contudo, uma nova onda de projetos de reforma jurídica nos países em desenvolvimento deu um novo alento à perspectiva. Desta feita, é realçada a importância do “império do direito” (*rule of law*) no novo paradigma para reforma jurídica como efeito da globalização no pós-guerra fria²²⁹. Diante dos novos eventos geopolíticos, o paradigma foi fortemente influenciado por uma perspectiva neoliberal²³⁰, deslocando o centro de atenção da pauta desenvolvimentista do Estado para o mercado, de acordo com as proposições do denominado “Consenso de Washington” que tinha uma concepção ideológica do papel mínimo do Estado na economia. Assim, a nova configuração jurídica deveria proporcionar atração dos investidores internacionais, fortalecendo as instituições de mercado, orientado para o crescimento das exportações, das privatizações e dos investimentos estrangeiros. O Estado deveria abandonar sua posição dirigente e ficar de fora do campo econômico, exceto no que diz respeito às medidas tendentes a garantir o direito de propriedade e o cumprimento dos contratos por meio das instituições criadas pelo direito.

Por outro lado, o novo paradigma enfatizava a proteção de direitos humanos, apoiados pela comunidade internacional como nova força propulsora das ações institucionais do Estado. Percebeu-se que as reformas institucionais eram necessárias a atingir o império do direito ao qual se almejava, com o fortalecimento conjunto dos mercados e dos direitos humanos. É enfatizado o papel da liberdade como valor intrínseco, como fim e meio para realizar a riqueza. Essa concepção ajudou a criar no âmbito das Nações Unidas o índice de desenvolvimento humano (IDH), baseado em três fins do desenvolvimento estritamente correlacionados: longevidade como medida de expectativa de vida, conhecimento medido em termos de anos de escolaridade e padrão de vida considerado como rendimento *per capita*²³¹.

²²⁸ *Op. cit.*, pp. 293-294.

²²⁹ A nova perspectiva foi muito explorada por instituições internacionais. Segundo Trubek, só o Banco Mundial aprovou 330 projetos de império do direito gastando cerca de US\$ 2,9 bilhões desde 1990 (*Op. cit.*, 2009, p. 186).

²³⁰ Sobre o conceito de neoliberalismo, ver CHANG, Ha-Joon. *Globalisation, economic development & the role of State*. London: Zed Books, 2003.

²³¹ PRADO, Mariana Mota. *Op. cit.*, p. 6.

Mais uma vez, os projetos se concentraram em efetivar mudanças no sistema jurídico, mas foram mais abrangentes do que o D&D original, que privilegiava a educação. Agora, a atenção especial era na administração da justiça, com reformas tendentes a fortalecer a advocacia e os tribunais, aumento do acesso à justiça, mecanismos alternativos de solução de controvérsias, independência judiciária, etc. Novamente, os projetos de império de direito tinham uma fé cega no papel dos juízes como escudo às ações arbitrárias dos Estados.

Todavia, os projetos de império do direito sofriam do mesmo problema do etnocentrismo. Como nota Trubek, “a ênfase na reforma de cima para baixo, de ‘tamanho único’, indicava que pouco se havia se aprendido com as experiências anteriores”²³². Não se estabeleceram limites aos transplantes, não se adaptaram os projetos aos contextos locais, não se criaram mecanismos para evitar o risco de apropriação pelas elites, houve um distanciamento entre teoria e prática, e o pior: houve um retorno ao formalismo, em evidente contradição com o pretendido pragmatismo.

Além disso, os projetos tinham uma concepção ideológica equivocada sobre o papel do Estado nos países desenvolvidos. Na realidade, os arranjos institucionais desses países “usavam a lei para intervir nos mercados numa miríade de maneiras a fim de corrigir as falhas de mercado e alocar riscos”²³³. Outros críticos denunciaram que o império do direito apenas criava um marco para a alocação eficiente dos recursos, presumindo que todos seriam beneficiados do crescimento econômico. Não cuidou, portanto, de aspectos distributivos, gerando a crítica que o império do direito deveria promover não só a eficiência, mas também a solidariedade, de modo que foram renovadas concepções intervencionistas visando a distribuições equitativas.

Assim, os projetos desenvolviam linhas potencialmente contraditórias, numa “aliança instável entre o projeto dos mercados e o da democracia”²³⁴. Essa tensão era evidenciada com a potencial prejudicialidade da liberalização para investidores externos de alguns setores da economia, em oposição à constatação empírica de que algumas economias tiveram sucesso com o controle do investimento externo e o desenvolvimento de um mercado interno.

²³² *Op. cit.*, 2009, p. 204.

²³³ TRUBEK, David. *Op. cit.*, 2009, p. 205.

²³⁴ *Id. ibid.*, p. 206.

3.2.4. O Novo Direito e Desenvolvimento

Todos esses problemas e contradições da abordagem neoliberal têm levado a uma nova revisão da literatura sobre direito e desenvolvimento, numa nova etapa que supera a ingênua visão de que a expansão dos mercados iria, por si só, promover as reformas institucionais necessárias ao crescimento econômico. A nova concepção é fundada no reconhecimento de que são necessários um planejamento e uma execução ativos para implementar o desenvolvimento do mercado regulado, o que não poderia ser atingido sem a participação dos agentes do Estado. Os pilares do neoliberalismo para o desenvolvimento econômico foram questionados, levando a concepções temperadas que valorizam a mescla de políticas de incentivo ao crescimento via exportação com o fortalecimento de mercados internos, impondo-se controles de investimentos externos e da economia na medida das necessidades e estimulando metas de redução da pobreza.

O compromisso com o formalismo jurídico é abandonado, passando a serem prestigiados mecanismos informais mais eficientes. Um judiciário independente, enxergado inicialmente como instituição protetora dos direitos individuais, que estimularia investimentos externos, passa a ser visto com preocupação. Há o reconhecimento de que existem caminhos diferentes que possam proporcionar desenvolvimento, sem a importação de modelos jurídicos únicos, perfeitos e acabados. O império do direito passa a incorporar a efetiva participação dos interessados e preocupações com a pobreza, além de outras pautas, como a emancipação das mulheres, meio ambiente, proteção de minorias e crescimento econômico com equidade. Tais concepções que sugerem o futuro do D&D, resgatando o seu caráter emancipatório, reclamam uma abertura à complexidade, desconfiando de modelos universais preconcebidos e encarando cada país em sua particularidade.

Uma parte da recente literatura em D&D refere-se a estudos de caráter institucionalista. Isto significa que as novas pesquisas põem em evidência o papel das instituições no desenvolvimento, mesclando problemas práticos e questões teóricas na tentativa de renovar a disciplina, implementando projetos de desenvolvimento que respeitem as peculiaridades locais com participação social. A ideia é que, como resultado desse esforço, o desenvolvimento passe a servir assim o interesse de todos os cidadãos, permitindo a adoção de estratégias definidas no debate democrático e plural, e não um modelo abstrato imposto. É realçado o protagonismo da sociedade civil na solução dos problemas sociais e econômicos, mediante o estímulo à participação dos interessados na tomada de decisões políticas, com a

necessidade de prover o Estado de reformas institucionais no sentido de adaptar as estruturas existentes para atender a essas demandas²³⁵.

A perspectiva institucional tem como pressuposto o fato de que as pessoas respondem a incentivos, sendo que muitos desses incentivos são criados pelas instituições políticas, sociais, econômicas e educacionais que estruturam interrelações humanas. Assim, os países são subdesenvolvidos porque os mecanismos institucionais definem uma gama de restrições para a atividade político-econômica que não encorajam a atividade produtiva.

Essas perspectivas institucionalistas são muito influenciadas pelos estudos de Douglass North²³⁶, que estabeleceu a relação entre o crescimento econômico e as instituições, mediante a constatação empírica de que os países que alcançaram o maior nível de bem-estar na história moderna foram aqueles que ampliaram o regime das liberdades, especialmente os direitos de propriedade e de liberdade contratual, por meio de instituições representativas dos setores da sociedade. Por igual, merece referência neste ponto o entendimento de Peter Evans que cunhou a expressão “autonomia inserida” para designar a postura e o papel das instituições no crescimento econômico²³⁷, bem como ao identificar o giro institucional decorrente da superação do fundamentalismo do capital, com uma nova visão do desenvolvimento como dependente de inovações tecnológicas (tomadas como fator endógeno) e nas mudanças institucionais, que envolvem elementos culturais, normativos e políticos²³⁸.

Talvez seja prematuro dizer que essas novas abordagens prenunciem uma mudança efetiva na perspectiva do D&D. Há alguns críticos já veem problemas com essa perspectiva, como a falta de consenso a respeito da definição das instituições, a persistente existência de leis e instituições ineficientes nos países em desenvolvimento e a conseqüente dificuldade em promover reformas legais e institucionais, além da falta de compreensão adequada da influência da cultura no funcionamento e na alteração das instituições²³⁹. Isso sugere a necessidade de diferentes instituições para diferentes níveis de desenvolvimento, pois instituições informais

²³⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perspectivas para a pesquisa em Direito e Desenvolvimento. *In: Cadernos Direito GV*, v. 5, 2008, pp. 113-114.

²³⁶ Especialmente em: *New institutional economics and Third World Development*. *In: HARRIS, John; HUNTER, Janet (eds.). New institutional economics and Third World Development*. London: Routledge, 1995; e *Institutions, Institutional Change and Economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

²³⁷ O Estado como problema e solução. *Lua Nova*, n. 28/29, 1993.

²³⁸ The challenges of the “institutional turn”: new interdisciplinary opportunities in development theory. *In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (orgs.). The economic sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

²³⁹ Cf. PRADO, Mariana Mota. *Op. cit.*, pp. 13-18.

podem ter melhores resultados nos países em desenvolvimento, ao passo que instituições formais se tornam relevantes, apresentando melhor desempenho, com mais frequência, nos países desenvolvidos²⁴⁰.

3.3. Relações entre a AJPE e o D&D

Descritos os principais pressupostos teóricos da AJPE e do D&D, busca-se nesta seção identificar alguns pontos de contato entre as perspectivas que serão úteis no tratamento do tema objeto dessa dissertação. Com base no conjunto de ideias descritas, o jurista poderia ter dificuldade em visualizar os pontos de convergência entre as abordagens, de modo que cumpre desvelá-los.

É certo que a heterogeneidade das perspectivas abrangidas pela literatura do D&D prejudica a análise comparativa entre as ideias principais defendidas pelos diversos autores e a AJPE. Como visto, no D&D são vários autores com diversas matizes ideológicas que escreveram sobre a relação entre o direito e desenvolvimento num longo período histórico de quarenta anos, de modo que o contexto histórico influenciou nos trabalhos de seus contemporâneos. Já a perspectiva da AJPE se encontra mais homogeneizada, sendo sistematizada em um período bem mais recente. Nada obstante, há algumas convergências importantes.

As duas abordagens – a AJPE e o D&D -, embora com objetivos diferentes, buscam fornecer uma base teórica para dar sustentação a estudos empíricos, a primeira focada na efetividade da fruição dos direitos fundamentais e na promoção da justiça econômica e a segunda primordialmente centrada na promoção do desenvolvimento dos países em desenvolvimento. Como cediço, o direito é essencialmente uma ciência prática, e o seu estudo, permanecendo desvinculado da realidade socioeconômica, inexoravelmente não terá qualquer efetividade. E, pior, os estudos abstratos que se afastam da realidade social, se aplicados, podem acarretar distorções fáticas com consequências que podem aumentar a situação de desigualdade social e o sofrimento humano, notadamente nos países em desenvolvimento.

Assim, a AJPE e o D&D propõem uma crítica para além do formalismo jurídico que impera na dogmática do direito, mergulhando no contexto fático e social. A análise teórica, o

²⁴⁰ *Id. ibid.*

refinamento conceitual e a construção de tipos ideais não são fins em si mesmos. Tratam-se de esforços que possibilitam ao observador ordenar e compreender dados empíricos e históricos²⁴¹. Preenchendo o hiato entre teoria e prática, estudos empíricos assim orientados tornam as ideias e as construções jurídicas mais concretas e operacionais.

Por outro lado, a solução para resolver o paradoxo do etnocentrismo presente nos trabalhos em D&D pode ser a abordagem interdisciplinar proposta pela AJPE, com a apropriação, por exemplo, de métodos da antropologia econômica. Invariavelmente o analista se deixa levar por ideias preconcebidas de acordo com sua própria perspectiva que é plasmada por valores normativos que influenciam o pesquisador. De fato, todo conhecimento está associado a um sistema de referências, carregando uma bagagem ideológica preconcebida. A influência de critérios étnicos, sociais, culturais e interpretativos que incorporam sua experiência de vida como existência complexa deixam os pesquisadores cegos para fenômenos reais que desvirtuam suas construções, tornando-as conducentes a generalizações imprecisas. Assim, estudos científicos no campo do direito com enfoques oriundos de outras Ciências Sociais teriam a capacidade de se desviar dessa armadilha etnocêntrica na análise de qualquer realidade que esteja fora da sua comunidade principiológica.

Ambas as perspectivas (AJPE e D&D) traçam uma crítica contundente à cultura jurídica formalista, que considera um sistema jurídico como um conjunto de regras e princípios formais, permanecendo incapaz de interpretar e aplicar as normas jurídicas de acordo com o contexto social e os objetivos da política pública. Segundo Trubek, o formalismo jurídico apresenta debilidades como a) o cumprimento ineficaz da lei, pois as regras importadas eram ignoradas, em parte devido a deficiências administrativas e corrupção; b) a existência regras inapropriadas, porque copiadas de sistemas jurídicos dos países desenvolvidos desconsiderando contextos nacionais específicos e preocupações políticas reais; e c) a baixa legitimidade devido à impertinência com as necessidades do país²⁴². Críticas semelhantes são feitas pela AJPE ao formalismo jurídico, em especial, no que tange às falhas inerentes da compreensão da realidade e dos fenômenos sociais, que traduzem em respostas impregnadas de subjetivismos do intérprete.

²⁴¹ TRUBEK, David, 2009, pp. 108-109. Em sentido semelhante, merece transcrição o argumento de Castro: “Essa abertura da AJPE para a interdisciplinaridade procura ampliar os canais de abordagem dos fatos sociais de maneira a reforçar e organizar a capacidade do jurista de proceder à apreciação crítica da realidade empírica” (*Op. cit.*, 2009, p. 23).

²⁴² *Op. cit.*, 2006, pp. 188-189.

No plano da análise institucional, a classificação dada pela AJPE de agregados contratuais públicos e privados se aproxima bastante da concepção de contrato nas tipologias econômicas, conforme descrito por Trubek²⁴³. Com efeito, este último autor faz a distinção da estrutura jurídica do contrato na economia de mercado e na de comando. Enquanto que na primeira, as estipulações contratuais são estabelecidas livremente, cabendo ao Estado-juiz intervir apenas se houver descumprimento e se chamado a tanto pela parte que se achar prejudicada, na segunda, o contrato é visto como um instrumento da política pública e as partes não podem recusar a intervenção do Estado, pois devem se adequar às condições gerais do plano que estabelece a mudança nas condições econômicas. Embora reconheça o autor que não existem economias puramente de mercado e de comando, tais pressupostos possuem grande semelhança com a AJPE, que estabelece a separação analítica entre conteúdos de interesse privado e conteúdos de interesse público nos contratos ou agregados contratuais.

Todavia, ao menos para alguns autores do D&D, o modelo se distancia da AJPE no que tange à identificação da importância do papel do direito na construção da sociedade. Enquanto que parte dos autores em D&D, especialmente aqueles que propugnam a teoria da dependência, reconhecem a natureza apenas derivativa e secundária do direito no desenvolvimento econômico e no fornecimento de soluções aos problemas, a AJPE busca resgatar o direito como instância privilegiada e fundamental na compreensão e superação dos desafios postos às instituições econômicas que adquirem configuração jurídica. Ademais, a crítica recorrente dos adeptos do D&D, de que o jurista é apenas um técnico que executa as decisões tomadas por outros²⁴⁴ somente se justifica com uma visão estreitamente positivista e formal do direito.

O jurista, por si só, não pode resolver todos os problemas da sociedade, assim como os demais cientistas sociais também são impotentes para resolvê-las isoladamente. E, de fato, há metodologias jurídicas formais baseadas na análise fria da Constituição e da lei que não conseguem visualizar o imenso potencial do direito no tratamento da realidade social. Entretanto, não compartilham dessa visão metodologias que objetivam incorporar outros elementos e estabelecer outras abordagens à ciência jurídica, que integram perspectivas multidisciplinares. Por igual, a AJPE não se coaduna com essa concepção estreita (formalista) que ignora a íntima conexão do direito com a política, e que muitas vezes é acionado o sistema jurídico para resolver

²⁴³ *Op. cit.*, 2009, pp. 96-99.

²⁴⁴ Cf. TAMANAHA, Brian. *Op. cit.*, p. 208.

problemas que a política não conseguiu resolver por si só. A intensa judicialização da política que tem sido objeto das críticas mais diversificadas²⁴⁵ é apenas um retrato desse panorama, sendo muitas vezes o Poder Judiciário chamado a resolver problemas de política pública (econômica, social, etc).

Tamanaha, apesar de minimizar o direito, tratando-o como secundário na promoção do desenvolvimento, ressalta que a criação de instituições jurídicas que limitem as ações governamentais e estabeleça um corpo independente de julgadores é fundamental nessa seara²⁴⁶. Porém, olvida-se o autor que é o mesmo direito que proporciona a criação e a estabilização das instituições jurídicas que ele ressalta como importantes para o fim almejado. Assim, o seu argumento expressa um evidente paradoxo, pois minimiza o potencial daquilo que cria o que o autor efetivamente considera importante.

Além disso, apesar de renegar o direito, parte dos estudos em D&D está intensamente envolvida com a concretização dos direitos humanos nos países em desenvolvimento. A AJPE, por igual, pretende conciliar a funcionalidade da política econômica com a busca da justiça econômica na proteção dos direitos fundamentais. Assim, os modelos são convergentes nesse aspecto. A diferença é que, enquanto a AJPE foca num objetivo específico (fruição dos direitos fundamentais e promoção da justiça econômica), o D&D se concentra numa pesquisa instrumental destinada a definir as transformações jurídicas necessárias relacionadas ao desenvolvimento.

Ambas as perspectivas, contudo, possuem um escopo comum, pois tencionam propiciar ao estudo a recomendação de reformas jurídico-institucionais que seriam eficazes no atingimento de suas finalidades respectivas de transformação da sociedade. O ponto comum, portanto, é creditar ao direito o papel de promover as mudanças institucionais destinadas a produzir efeitos práticos concretos.

São poucos os estudiosos que se dedicaram a aplicar a AJPE e ainda não há estudos empíricos que aplicam os procedimentos analíticos recomendados. É preciso estimular um programa de pesquisas consistente em questões relevantes à luz dos pressupostos básicos da teoria. Assim, é necessário que se promovam estudos no campo da AJPE, como o de que é exemplo o presente trabalho.

²⁴⁵ Sobre o tema, ver CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *In: Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.

²⁴⁶ *Op. cit.*, p. 209.

Nada obstante, tais perspectivas devem se empenhar em descobrir construções jurídicas que sejam livres de apegos etnocêntricos e adaptadas às circunstâncias sociais locais, coexistindo com as diversas culturas jurídicas. O direito terá pouco a dizer sobre o desenvolvimento e a eficácia dos direitos fundamentais se ficar preso à análise meramente formal das normas. Daí a necessidade de se incorporar reflexões a respeito do ordenamento jurídico sob a ótica de estudos empíricos multidisciplinares que tragam ao debate o melhor desenho institucional apto à consecução dos objetivos almejados. O resultado disso, fazendo interagir as perspectivas, poderá ser a realização de mudanças efetivas bem-sucedidas no campo do direito que mantenham viva a esperança de um futuro melhor para as próximas gerações.

Ou seja, o direito pode fornecer respostas concretas e objetivas aos problemas econômicos como ciência de vanguarda, e não ficar a reboque das demais ciências sociais. O presente trabalho visa a contribuir para isso, problematizando e fornecendo respostas concretas, e não apenas expressar frustrações que resultariam de uma eventual percepção da impotência do trabalho do jurista frente a situações complexas e multifacetadas do mundo contemporâneo.

4. POLÍTICA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Estabelecidas as premissas do presente estudo, passa-se a discorrer sobre o aspecto empírico do objeto de análise, partindo do pressuposto já explicitado de que a política habitacional, em especial a política de crédito imobiliário, tem por função efetivar a fruição do direito à moradia. Antes, contudo, de analisar a política habitacional brasileira, será importante tecer algumas considerações preliminares acerca das características do mercado em que está inserido o bem afeito ao direito subjetivo em questão, além de oferecer considerações gerais introdutórias acerca do crédito imobiliário e sua relação com a referida política.

4.1. Mercado imobiliário

O direito à moradia somente pode ser concretizado em um imóvel residencial. Esse bem deve ser apto a satisfazer um conjunto de necessidades humanas básicas, mas, assim como qualquer bem considerado como objeto de consumo, o imóvel residencial se encontra num mercado específico, que a um só tempo tem características próprias que determinam e são determinadas pelas “transações” imobiliárias.

O valor do bem a que corresponde a moradia como direito usufruído está sujeito às regras do sistema produtivo, de troca e de consumo. O preço do imóvel é determinado inicialmente pelo valor do solo, agregado ao capital e ao trabalho disponibilizado para a sua construção, sendo influenciado ainda pela taxa de utilidade que lhe confere um valor de uso. Todavia, nesse mercado, há algumas características próprias que distinguem os bens imóveis residenciais dos demais bens disponibilizados ao público consumidor. Leonardo assim resume as características do bem imóvel destinado ao consumo habitacional:

- a) *heterogeneidade*: os imóveis destinados ao consumo são extremamente diversificados por características físicas, espaciais, que implicam uma variabilidade de critérios na formação de seu preço;
- b) *alto custo para o fornecimento*: o fornecimento de imóveis implica elevados investimentos, com retorno diferido no tempo;
- c) *alto custo para o consumo*: a compra de um imóvel para habitação representa, em média, de três a quatro vezes a renda anual do indivíduo, impulsionando a maioria dos consumidores aos financiamentos;
- d) *durabilidade*: a durabilidade do bem imóvel reverte-se na possibilidade de fruição prolongada, direta ou indireta por seu proprietário;
- e) *imobilidade física*: a imobilidade física impede que o *superávit* ou o *déficit* do bem, em determinada região, possa ser suprido em outra.
- f) *destina-se à satisfação de uma necessidade fundamental*: a habitação constitui um bem voltado para a satisfação de uma necessidade básica do sujeito, qual seja, a moradia. Nesse sentido, todo o sujeito, ou toda a família, é um demandante potencial deste bem, na busca, pelo menos, de saúde e autonomia, necessidades estas básicas de todos os seres humanos²⁴⁷.

A heterogeneidade das características dos imóveis disponíveis no mercado guarda uma relação com a heterogeneidade do público consumidor. O padrão e as características do imóvel relacionam-se ao padrão de renda do potencial comprador. Em outras palavras, em uma sociedade com distribuição desigual de renda, com alta concentração de renda nas mãos de poucos, a demanda relativa a imóveis de alto padrão em localização privilegiada é menor, ao passo que os imóveis populares em subúrbios têm uma procura maior, exatamente porque são os únicos a que a grande massa da população tem condição de pagar. O elevado preço da moradia em certas áreas das cidades determina automaticamente a expulsão das massas de trabalhadores para as áreas periféricas, impondo a muitos cidadãos uma condição de marginalidade, gerando núcleos habitacionais segregados, favelas, cidades-dormitórios. Assim, os potenciais

²⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 36-37. Em sentido semelhante, Santos e Cruz destacam as seguintes características: “(a) o estoque de habitações é marcadamente heterogêneo; (b) habitação é um bem imóvel: na maioria dos casos é impraticável mover habitações de uma localidade para outra; (c) habitação é um bem durável; (d) habitação é um bem caro: para comprar uma moradia, um chefe de família típico tem que recorrer a grandes financiamentos; e (e) os custos de mudança de uma habitação para outra são relativamente altos” (*A dinâmica dos mercados habitacionais metropolitanos: aspectos teóricos e uma aplicação para a grande São Paulo*. Brasília, março de 2000. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td_713.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2011, 15:48 hs., p. 6).

consumidores de moradias “serão distribuídos nos espaços da cidade, conforme suas possibilidades econômicas de maximizar a fruição do bem habitação”²⁴⁸.

Todavia, o fator demanda, por si só, não influencia decisivamente a formação dos preços, mas apenas indiretamente, ou seja, é baixa a elasticidade dos preços em função da demanda²⁴⁹. Geralmente, diante da característica da imobilidade do bem, o que influi na elasticidade dos preços é a rede de infraestrutura urbana (condições de acesso, iluminação, redes de saneamento básico e de esgoto²⁵⁰, etc.) e de serviços que atendem a área do imóvel residencial, ou seja, a proximidade com escolas, hospitais, comércio, opções de lazer, etc.

Assim é que o “o valor da terra urbana é, em grande parte, resultante de políticas públicas e não decorre, predominantemente, como no meio rural, de qualidades intrínsecas do solo”²⁵¹. Sendo o valor da propriedade urbana determinado pelos investimentos públicos, em tese, é defensável o ponto de vista expresso por Aragão:

nada mais legítimo que o setor público possa exigir um maior retorno social do uso do solo urbano, utilizando-o como instrumento de distribuição de renda e de redução de desigualdades de oportunidade ensejadas pela dinâmica intrínseca da acumulação nos regimes de mercado²⁵².

Nesse contexto, por exemplo, um imóvel próximo a um futuro *shopping center* tende a se valorizar; ao revés, o valor de um imóvel que é próximo a lixões, estações de esgoto e mesmo favelas violentas, tende a ser depreciado. Esses fatores exógenos ao imóvel determinam a formação dos preços porque influenciam diretamente a demanda que, indiretamente, afetam o preço. Assim, a demanda não é o fator mais relevante na formação do preço; ao contrário, as características de localização do imóvel influenciam o preço e, portanto, a demanda. Por outro lado, tal característica importa em um fator de estratificação social, porque as classes de semelhante poder aquisitivo tendem a escolher os mesmos lugares para morar.

Outros fatores demográficos e culturais influem na demanda, tais como a idade das famílias (normalmente, o grau de mobilidade diminui e a renda das famílias aumenta com o passar do tempo), o número de divórcios e a idade que os filhos saem da casa dos pais. Além disso, a oferta de moradias é afetada pelo custo da construção, inclusive pelo custo de captação

²⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 37.

²⁴⁹ Embora Santos e Cruz refiram que a elasticidade dos preços dos imóveis é bastante sensível ao aumento da renda da população. *Op. cit.*, p. 23.

²⁵⁰ No Brasil, desde a Lei nº 2.312, de 3 de setembro de 1954, é obrigatória a ligação de toda casa habitável à rede de canalização de esgoto (art. 11), norma que até hoje, como sabido, não se concretizou.

²⁵¹ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 41.

²⁵² *Id. ibid.*

do capital (taxa de juros) para financiar as construções, e pela quantidade de terra disponível na área urbana²⁵³.

Por outro lado, o mercado de compra e venda de imóveis tem intensa relação com o mercado locatício e com o mercado financeiro. Isso porque o preço elevado de aquisição dos imóveis limita a demanda por imóveis residenciais, estimulando o mercado de locação de imóveis residenciais. Quanto maior a demanda no mercado de locação, maior será o preço das locações²⁵⁴, o que, por sua vez, estimulará as pessoas a adquirirem a casa própria. Os potenciais consumidores, em geral, não possuem capital disponível para adquirirem o imóvel à vista, havendo a necessidade de se socorrer do mecanismo do crédito²⁵⁵. Por sua vez, o valor dos imóveis é alterado a depender da quantidade de crédito disponível no mercado, ou seja, uma grande quantidade de capital disponível para a aquisição da casa própria facilita o acesso à sua aquisição e, portanto, determina o acréscimo de demanda, o que interfere na formação dos preços, ou seja, eles tendem a subir. Assim, verifica-se grande dificuldade na aquisição da casa própria sem o recurso a instrumentos financeiros²⁵⁶.

Nesse ponto, merece nota a advertência de Castro no sentido de que é muito tênue e enfraquecido o “engaste monetário”²⁵⁷ da propriedade civil, notadamente no âmbito do mercado imobiliário de baixa renda, pois, conforme esclarece o autor,

usualmente, a relação institucional da propriedade civil com a moeda e mercados financeiros é muito mais limitada e indireta, pois, em relação a ela, é frequente a existência de especificidades tais como esquemas de financiamento público a juros, prazos e outras condições especiais (tipicamente, o financiamento para aquisição de ‘casa própria’)²⁵⁸.

²⁵³ SANTOS, Cláudio Hamilton M. dos; CRUZ, Bruno de Oliveira. *Op. cit.*, pp. 15-18.

²⁵⁴ Deve-se esclarecer que afirmou-se linhas acima que a demanda não é fator *decisivo* na formação dos preços de *compra e venda* de imóveis. Os principais fatores de elasticidade na formação do preço para *aquisição* de moradias são a localização e os serviços públicos e privados situados nas imediações do imóvel, em razão da sua característica de imobilidade. Já o mercado de *aluguel* apresenta maior elasticidade em relação à demanda.

²⁵⁵ Sobre a dinâmica dos mercados habitacionais, Santos e Cruz anotam que “o elevado preço da moradia e a existência de imperfeições nos mercados financeiros (que exigem pagamentos iniciais elevados como *entrada* e ainda patamares mínimos de renda familiar para liberarem financiamentos habitacionais) fazem que as famílias jovens e/ou pobres tenham que recorrer a imóveis alugados até que tenham tido tempo de poupar a quantidade de capital necessária à aquisição de uma moradia” (*Op. cit.*, p. 9).

²⁵⁶ Milton Santos observa que “[o] estabelecimento de um mercado da habitação “por atacado”, a partir da presença do Banco Nacional de Habitação e do sistema de crédito correspondente, gera novas expectativas, infundadas para a maioria da população, mas atuantes no nível geral. Como isso se dá paralelamente à expansão das classes médias urbanas e à chegada de numerosos pobres à cidade, essa dupla pressão contribui para exacerbar o processo especulativo” (*Op. cit.*, p. 107).

²⁵⁷ A noção de “engaste monetário” usada pela AJPE diz respeito aos valores monetários presentes na trama das relações contratuais da economia de mercado” (ver CASTRO, 2009, pp. 52-54).

²⁵⁸ *Op. cit.*, 2009, p. 53.

Entretanto, um engaste monetário mais efetivo entre bens civis e mercados financeiros pode submeter a propriedade civil a condições típicas da propriedade comercial, como ocorreu com as práticas contratuais de financiamento imobiliário nos últimos anos nos Estados Unidos, que unia estipulação das hipotecas *subprime* a devedores sem comprovação de renda e com histórico de inadimplência e a securitização dessas hipotecas em mercados secundários de derivativos²⁵⁹.

O alto custo para a construção de imóveis limita a atividade de construção civil de modo direto aos potenciais consumidores, resultando na proliferação de “empresas incorporadoras”²⁶⁰ que exercem essa atividade econômica e também dependem de crédito disponível. O crédito para o setor, ademais, quando efetuado diretamente ao beneficiário da moradia, envolve invariavelmente empréstimos de longo prazo, por vezes de 20 ou 30 anos. Ao tomar tal crédito, o trabalhador compromete o seu orçamento durante toda sua vida útil laboral para a aquisição da casa própria. Conforme anota Blay, “[e]m nome da aquisição da casa própria, sua força de trabalho estará previamente vendida”²⁶¹. A outra faceta desta constatação é a de que o capital disponível para tal tarefa não retorna facilmente para o sistema, em curto espaço de tempo, uma vez que a amortização dos investimentos se dá em longo prazo, havendo, portanto, pouca rotatividade ou circularidade do capital na inicialização de novos ciclos produtivos. Assim, invariavelmente, o déficit habitacional necessita ser combatido por programas oficiais que envolvem a utilização de recursos da poupança, incluindo fundos de poupança compulsória como o FGTS, FAT, etc.

Como anota Lopes, para propiciar a aquisição de uma casa, conferindo o direito à moradia, no sistema capitalista, é necessário estimular a indústria da construção civil, associando-a a um sistema financeiro. Segundo o autor, a perspectiva do BNH de dar uma casa enquanto mercadoria

é considerada tarefa do Estado. Mas como o núcleo desta perspectiva é um núcleo claramente individualista e capitalista, ele não pode separar-se de uma certa forma da solução que é capitalista, em que a lógica da mercadoria se impõe sobre uma lógica da

²⁵⁹ *Id. ibid.*, p. 54.

²⁶⁰ De acordo com o art. 29 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, considera-se “incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, [...] em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas”.

²⁶¹ *Op. cit.*, p. 85.

cidade ou do bem comum. Assim, para dar casa, nestes termos, nada mais evidente e óbvio do que estimular esta indústria como associá-la a um sistema financeiro²⁶².

Assim, o crédito é um componente fundamental no mercado imobiliário. Porém, quando o crédito é utilizado para a finalidade de lucro, transforma-se em instrumento de investimento, sendo difícil distingui-lo na prática, quando do fornecimento aos consumidores, entre a finalidade lucrativa ou de consumo. Quando uma pessoa toma um crédito para comprar uma habitação para moradia própria, ela está utilizando o mecanismo creditício para a aquisição de um bem de consumo; porém, a mesma pessoa pode tomar esse crédito para investir no ramo imobiliário, buscando obter rendimentos superiores aos juros pagos pelo fornecimento do crédito, como quando, por exemplo, o investidor aluga o imóvel por valor superior à prestação mensal destinada a pagar o financiamento. A própria valorização imobiliária pode servir de função de ganho de capital na aquisição financiada de bens que deveriam ser objeto de consumo, de modo que, com o uso das categorias jurídicas do direito formalista (vide capítulo 2 supra), é extremamente difícil divisar uma propriedade imobiliária para fins de consumo ou de produção. Em todos os exemplos que acabam de ser mencionados, o bem imóvel que seria objeto da fruição de um direito à moradia passa a se constituir um investimento, devendo sujeitar-se às regras da propriedade comercial. Por outro lado, no contexto da AJPE, a dificuldade apresentada pelo direito formalista não se sustenta tão facilmente, pois os usos que determinarão a finalidade da propriedade (consumo ou lucro) indicam com clareza a diferenciação entre propriedade civil e comercial.

De tudo o quanto foi exposto, pelas características do bem e do mercado, resta evidente a necessidade de se mudar o enfoque mercadológico do bem imóvel objeto do direito à moradia, evitando-se que ele seja objeto da intensa especulação imobiliária e financeira que desvirtua a finalidade do bem. Em outras palavras, é preciso separar as ideias de propriedade (civil) e mercadoria, instituições equiparadas pelo direito burguês²⁶³. Ou seja, a política de crédito deve ser orientada de modo a tratar o objeto como um bem de consumo, criando-se mecanismos para evitar a sua apropriação plenamente “comercial”. Encarar singelamente o bem imóvel residencial somente como uma mercadoria, sujeita às leis da oferta e procura, tem o potencial de acentuar a desigualdade social. A apropriação do espaço urbano orientada pela propriedade privada e pelo lucro, embora seja um traço marcante do mercado imobiliário

²⁶² *Op. cit.*, p. 126.

²⁶³ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 125.

capitalista, deve ser “temperada” pelo interesse social. Por vincular-se à fruição de um direito fundamental, a análise do mercado imobiliário não pode ser reduzida ao enfrentamento da escassez de oferta frente à crescente demanda. Trata-se, isto sim, de um problema de dimensões sociais, políticas, econômicas e jurídicas.

4.2. Crédito imobiliário e política

Diante das especificidades do mercado habitacional discutidas no item anterior, resta claro que a produção (construção) e a circulação (compra e venda) de imóveis são dependentes em grande medida da oferta de crédito para estimular, respectivamente, a incorporação e a aquisição de imóveis, propiciando a fruição do direito à moradia a toda a população. Nas incorporações imobiliárias, o capital necessário para dar início às construções é em parte financiado pelos próprios adquirentes das unidades habitacionais. Vale dizer, o incorporador consegue crédito no mercado privado, sem precisar, regra geral, obter financiamento no setor bancário, embora o instrumento do crédito possa ser utilizado por políticas públicas relevantes para estimular a produção de novas unidades.

De qualquer modo, o particular assalariado que pretende adquirir um imóvel pronto ou construir uma residência necessita invariavelmente se socorrer do crédito, pois o capital necessário sempre supera os rendimentos proporcionados pelo trabalho em médio prazo. Assim, a construção (ou produção) e a circulação (compra e venda) de imóveis pouco se desenvolveriam na ausência do crédito disponível para absorver o alto custo de tais operações. Pode-se afirmar que a própria existência do mercado habitacional depende do crédito, pois é o elemento que lhe dá sustentabilidade. Sem o crédito, o mercado seria travado e moroso, um “pássaro sem asas”, para usar as palavras de Ihering²⁶⁴.

No plano mais geral, discutir o crédito significa analisar a história do direito em diversos setores da economia de mercado, pois, desde que o homem passou a fazer trocas de modo mais contínuo, tornaram-se importantes as promessas de pagamento futuro baseadas na confiança na palavra e na solvência do devedor. O advento do crédito foi o divisor de águas entre

²⁶⁴ *A finalidade do direito*. Vol. I. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 86.

os sistemas mais rústicos de troca e os modelos econômicos consolidados na história ocidental²⁶⁵. Desde então, o crédito passou a se constituir em um dos principais motores do crescimento econômico.

No crédito está ínsita a figura da fidúcia, vale dizer, somente há crédito se o tomador inspira confiança no prestador de que um dia terá saldada sua dívida. Sem o fornecimento de crédito, o consumo dependeria de tempo disponível para a formação de poupança individual para a circulação das riquezas, o que reduziria o ritmo e o volume da economia, conforme proporcionado pelo conhecido efeito multiplicador das operações bancárias na dinamização da economia.

Todavia, esse fenômeno social se intensificou com a sociedade do consumo massificado, na qual o acesso ao crédito se tornou um mecanismo de inserção social e de própria “quantificação” do ser humano na sua aptidão econômica. O crédito é expressão da sociedade de consumo, na qual é necessário ter satisfação imediata para a aquisição de bens e serviços. O consumidor transformou-se, necessitando estar sempre em dívida, mas com crédito, para satisfazer suas necessidades.

Como cedição, as relações de troca no mercado podem ocorrer de forma instantânea, com o pagamento do preço e a entrega imediata do produto ou a disponibilização imediata do serviço. Quando essas operações ocorrem de forma instantânea, poucas vezes o sistema do direito é acionado, porque o contrato tende a ser adimplido no mesmo momento da celebração. Porém, a troca envolve com frequência obrigações futuras, fazendo com que o sistema de mercado dependa fundamentalmente do comportamento futuro dos participantes. Exsurge a importância do direito como instância apropriada para estabilizar expectativas dos agentes econômicos, visando ao cumprimento das obrigações livremente pactuadas, honrando-se o compromisso firmado.

Por vezes, contudo, há situações em que a previsibilidade das operações asseguradas pelo direito entra em conflito com o princípio da maximização dos lucros. A tensão fica evidenciada quando o agente econômico percebe que é possível ganhar mais em situações nas quais deve descumprir a avença pactuada livremente. Assim, todos os contratos podem ser descumpridos com base na expectativa de alguma das partes de que obterá maior proveito econômico na hipótese de inadimplência (ou quebra de confiança ou expectativa da outra

²⁶⁵ Sobre o assunto ver sobretudo BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVII*. Os jogos das trocas. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 57-73.

parte)²⁶⁶. Nessas ocasiões, o sistema do direito entra em campo para assegurar que as expectativas legitimamente geradas sejam adimplidas, forçando o cumprimento do contrato, mantendo a sobrevivência do próprio sistema de mercado. Daí o perigo em se adotar padrões de pura “eficiência econômica” para solução de problemas jurídicos.

No âmbito do mercado de imóveis residenciais (casa própria), o crédito funciona como uma atividade-meio para a implementação do direito à moradia²⁶⁷. Exsurge nesse contexto o interesse das políticas públicas na massificação da aquisição da propriedade imobiliária para a fruição do direito à moradia. Assim, a política de crédito imobiliário direciona a mobilização do excedente econômico para investimentos no mercado de imóveis, em vez de outros ativos. A hipoteca, nesse passo, como um dos direitos reais de garantia, configura “um dos pilares principais da mobilidade do tráfego do crédito financeiro na sociedade moderna”²⁶⁸.

Para Cláudio Hamilton M. dos Santos, a política de crédito imobiliário tem por escopo corrigir as falhas de mercado, levando-o a gerar mais investimentos e mais empregos, por meio de legislação tendente a incidir no mercado financeiro²⁶⁹. Todavia, esse enfoque estritamente mercadológico se olvida da íntima ligação entre a circulação do crédito e o direito à moradia, como aduz Lopes: “a especulação urbana hoje, no Brasil, depende de um regime de financiamento da construção, ou seja, o direito de moradia está intimamente vinculado ao modelo de ligação entre bancos e construtoras, patrocinado pelo Estado”²⁷⁰.

É de se salientar, entretanto, que a política de efetivação ao direito à moradia não se restringe ao crédito imobiliário²⁷¹. Ela engloba *várias ações do poder público*, sendo a política de crédito imobiliário apenas uma das ações adotadas para a realização do direito. Além disso, há políticas específicas para a locação de imóveis, de investimentos em construção de núcleos habitacionais destinados à população carente, de regularização fundiária de assentamentos,

²⁶⁶ Este tipo de situação relaciona-se, aliás, ao estudo empírico dos contratos e ao surgimento de discussões sobre os chamados contratos relacionais. Ver MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

²⁶⁷ GODOY, Luciano de Souza. *Op. cit.*, p. 138.

²⁶⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A circulação do crédito hipotecário no Sistema Financeiro da Habitação. In: *Revista de Direito Imobiliário*, ano 21, n. 43, São Paulo: RT, janeiro-abril de 1998, p. 47.

²⁶⁹ *Op. cit.*, p. 8. O autor diferencia esse tipo de intervenção da política de provisão de moradias para as camadas de menor renda da população, na qual o governo não auxilia, mas substitui o mercado, em segmento que não é por ele atendido, mesmo em padrão satisfatório de eficiência.

²⁷⁰ *Op. cit.*, p. 123.

²⁷¹ Como ressalta Silvio Luis Ferreira da Rocha, o crédito imobiliário é um dos instrumentos que pode ser utilizado pelo Estado para cumprir sua missão constitucional de permitir a todos o acesso à moradia, o que, portanto, não exclui outros mecanismos, como a construção direta de moradias (*Op. cit.*, p. 178).

conjuntos habitacionais e loteamentos irregulares da utilização de forma progressiva do imposto predial e territorial urbano (IPTU), da desapropriação de prédios que não atendem a função social, etc. Tais ações que aumentam a oferta de imóveis destinados à moradia devem ser acompanhadas de serviços públicos de canalização de esgotos, de fornecimento de rede de saneamento básico e de água potável, energia elétrica e outras comodidades necessárias à vida urbana, a exemplo do fornecimento de linhas telefônicas, rede de TV, etc. Assim, a política habitacional se articula com as políticas fundiária, de saneamento, de transporte, de segurança, que devem ser desenvolvidas de forma integrada. E tais políticas abrangem diversos interesses díspares. Nesse sentido, por exemplo, segundo observa Castro, “algum equilíbrio de forças entre inquilinos e proprietários de imóveis residenciais, traduzível em um componente da ‘política de habitação’ está presente na lei do inquilinato”²⁷².

Por outro lado, a política habitacional visa a precipuamente reduzir o déficit habitacional, ou seja, desempenhar ações para que seja alcançado o acesso à moradia para toda a população. Porém, ela não se resume ao aspecto *quantitativo*, devendo ser também observado o caráter *qualitativo* do exercício desse direito, vale dizer, não basta o indivíduo ter um teto para morar; também deve ser garantido um mínimo de condições materiais para que esse lar dê condições para o indivíduo possa desenvolver plenamente sua personalidade. Assim, é necessário oportunizar a essas moradias o acesso a toda uma rede de infraestrutura e de serviços públicos e privados de modo a permitir o gozo do direito de forma plena.

A política habitacional engloba, assim, uma gama de ações públicas para melhorar qualitativa e quantitativamente o direito à moradia. É o gênero do qual a política de crédito imobiliário é apenas uma das espécies. Nada obstante, esta última espécie é talvez a mais importante política de massificação do direito à moradia, pois, conforme consignado no item 2.2, no sistema capitalista o proprietário do imóvel tem mais garantias e segurança na sua posse do que aquele que tem um vínculo contratual ou precário com o imóvel destinado à moradia.

Nesse sentido, o papel principal de uma política de crédito imobiliário é criar um sistema institucional que seja provido de recursos que possam ser emprestados para os futuros proprietários comprarem suas casas. Esses recursos disponibilizados aos mutuários deverão retornar ao sistema, possibilitando o seu acesso por outros mutuários, e assim sucessivamente. Apesar de alguns sistemas criados em alguns países serem sofisticados, a característica básica é a

²⁷² *Op. cit.*, 2009, p. 18.

canalização de fundos alimentados por investidores que têm excedente de capital, direcionando-os aos adquirentes de imóveis que necessitam de recursos para realizar as operações de compra e venda. Normalmente, as pessoas que têm ativos excedentes são as pessoas de meia idade, que geram recursos que serão emprestados aos mais jovens, clientela recorrente dos empréstimos bancários para aquisição de casa própria. Daí a preocupação da política com os retornos dos poupadores como necessidade de sobrevivência do sistema, ou seja, ele tem que ser concebido de forma a garantir que os financiadores sejam remunerados pela disponibilidade de seu capital, sob pena de os recursos se esgotarem para os tomadores²⁷³.

Contudo, para além disso, há a necessidade de se estabelecer políticas para conter a especulação imobiliária. Os preços dos imóveis, deixados ao livre mercado, ao sabor da equação oferta-demanda, sem que haja regulações estatais, trazem ao mercado imobiliário o *capital especulativo*, que não tem qualquer preocupação com a fruição de direitos. Se o aumento da demanda de crédito levar a um aumento de preços das unidades imobiliárias, a principal vantagem do beneficiário do tomador do empréstimo – o direito à moradia - será anulada, pois a elevação de preços diminui seu poder de negociação.

Estabelecidas essas premissas, passa-se à identificação da forma pela qual política de crédito imobiliário está inserida na história recente brasileira, a fim de estabelecer as controvérsias atuais que são postas ao desafio analítico do jurista. Assim, a seguir o trabalho percorrerá o desenvolvimento histórico das políticas habitacionais brasileiras, com enfoque no crédito imobiliário. A intenção da pesquisa é trazer o máximo possível de informação, contextualizando marcos legais²⁷⁴ com eventos históricos, além de opiniões de analistas e acadêmicos, a fim de dar maior clareza na formação da convicção. A partir dos antecedentes jurídico-institucionais, políticos e econômicos, é possível estabelecer um referencial que será útil na extração e no desenvolvimento das conclusões.

²⁷³ Sobre as características principais de um sistema financeiro de habitação, ver BOLEAT, Mark. *National Housing Finance Systems: a comparative study*. Londres-Sidney: Croom Helm, 1985, em especial o capítulo 1 (pp. 1-18).

²⁷⁴ Para facilitar a compreensão, devido à enorme quantidade de textos legais pesquisados nos Capítulos 4 e 5, há no anexo uma listagem das leis e atos normativos desenvolvidos, em ordem cronológica e por seção.

4.3. Período do Império até meados do século XX

No Brasil, até o final do século XIX, em razão da economia predominantemente agrária que se assentava na responsabilidade dos empregadores no fornecimento da moradia dos seus trabalhadores, não houve uma linha racional de atuação pública na questão habitacional²⁷⁵. Até então, como exposto na seção 2.1, a única preocupação governamental com a habitação era relativa à questão da saúde pública e da prevenção de epidemias, decorrente do crescimento desordenado das cidades e da falta de saneamento básico.

Os riscos de propagação de doenças numa época de escassez de recursos médicos somados ao interesse do governo de atrair mão-de-obra estrangeira para as novas atividades econômicas que se desenvolviam nas cidades levam, por exemplo, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, por um edital de agosto de 1855, a proibir a construção de novos cortiços sem licença da Câmara, após aprovação da Junta de Higiene Pública²⁷⁶.

O período é influenciado fortemente pelo liberalismo, no qual o problema da habitação era resolvido predominantemente pelas leis do mercado, ou seja, os empregadores forneciam a moradia aos empregados, seja mão-de-obra escrava, seja, posteriormente, assalariada. A atuação do Estado era bastante limitada, em especial para garantir a propriedade dos empregadores e a saúde pública que colocava em risco a existência das cidades em formação.

A primeira medida legislativa que se tem conhecimento no Brasil sobre crédito imobiliário foi a Lei Imperial nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, que reformou a legislação hipotecária, estabelecendo que a hipoteca somente seria regida pela lei civil, revogando as hipóteses de hipoteca de bens de raiz previstas no Código Comercial. Na sistemática dessa lei, havia dois tipos de hipotecas: a legal (art. 3º) e a convencional (art. 4º). O art. 13, § 1º, da Lei previu a possibilidade de emissão, por sociedades anônimas especialmente autorizadas pelo Governo, de letras hipotecárias, que eram títulos garantidos por empréstimos hipotecários. As sociedades eram autorizadas por circunscrição territorial (art. 13, § 9º). Chama a atenção na referida Lei o tratamento dos escravos como coisas passíveis de serem hipotecadas, postos na mesma condição dos animais pertencentes à propriedade rural (art. 2º, § 1º).

²⁷⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 42.

²⁷⁶ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 62.

A referida Lei foi regulamentada pelo Decreto n° 3.471, de 3 de junho de 1865, que disciplinou as operações e a emissão das letras hipotecárias pelas sociedades de crédito real²⁷⁷. De acordo com tal regulamentação, os empréstimos hipotecários poderiam ser contraídos para a aquisição de propriedade rural e urbana, casos em que o valor do empréstimo não poderia exceder em metade e três quartos, respectivamente, do valor do imóvel (art. 20). Ainda, seriam pagos em parcelas anuais e sucessivas, amortizáveis de 10 a 30 anos, salvo os empréstimos de longo prazo que seriam amortizados em 30 a 40 anos (arts. 27 e 28). As letras hipotecárias representariam os empréstimos de longo prazo e não poderiam exceder o valor das dívidas (art. 38), podendo ser livremente negociadas (art. 47).

Assim, o fracasso da intervenção negativa que proibia construções de novos cortiços (ver acima) dá lugar a uma intervenção de caráter positivo, consistente na outorga a investidores privados de incentivos e favores fiscais (concessão de uso de terrenos públicos, isenção de impostos federais para importar materiais de construção, isenção de impostos municipais, etc) para construções de moradias populares dentro de padrões de habitabilidade fixados pelo poder público²⁷⁸.

Como exemplo de aplicação desses dispositivos, merece ser citado o Decreto Imperial n° 4.461, de 27 de janeiro de 1870²⁷⁹, que autorizou o Doutor Antonio de Castro Lopes a incorporar uma companhia denominada *Empreza predial*, que tinha por fim adiantar dinheiro a quem quisesse adquirir propriedade de casas mediante condições aprovadas nos estatutos que seriam apresentados à aprovação do Governo (art. 1°). A aprovação dos estatutos se deu pelo Decreto Imperial n° 4.784, de 6 de setembro de 1871, que caracterizou a *Empreza predial* como

²⁷⁷ As expressões “crédito real” e “sociedades de crédito real” eram as denominações utilizadas na época para designar o que hoje se denomina “crédito imobiliário” e “sociedades de crédito imobiliário”.

²⁷⁸ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 62.

²⁷⁹ Outros exemplos podem ser citados. Em Porto Alegre, foi autorizada a funcionar por 50 anos a Companhia Predial Edificadora, mediante o Decreto n° 5.094, de 25 de setembro de 1872, que também aprovou os estatutos da empresa. A companhia tinha por objeto comprar, aforar ou desapropriar casas, chácaras e terrenos dos Governos Geral e Provincial e dos particulares, bem como edificar ou fazer melhorias neles, além de alugar, aforar e vender os imóveis pertencentes a ela (art. 10). O Decreto n° 5.219, de 1° de fevereiro de 1873, concedeu a Luiz Frémy e outros autorização para incorporarem na Europa a sociedade de crédito real “The Imperial Credit Foncier limited”, cujas operações se realizariam no Brasil. O Decreto n° 6.695, de 24 de setembro de 1877, autorizou a Companhia “União dos Lavradores” para constituir-se como sociedade de crédito real, aprovando seus estatutos, para realizar empréstimos hipotecários no Município “Neuro” e nas Províncias do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo. O Decreto n° 9.457, de 11 de julho de 1885, autorizou a incorporação e aprovou os estatutos da sociedade anônima denominada Banco de Crédito Real de Pernambuco, autorizada a atuar na Província de Pernambuco. O Decreto n° 10.317, de 22 de agosto de 1889, concedeu autorização ao Banco de Crédito Real de Minas Gerais para funcionar, aprovando seus estatutos com alterações, limitando o fornecimento de empréstimos à Província de Minas Gerais.

“companhia anônima”, autorizando-a por 30 anos a captar recursos no mercado acionário para financiar empréstimos imobiliários nas cidades do Rio de Janeiro e Niterói. Os empréstimos eram concedidos mediante garantia hipotecária e fidejussória, cumulativamente, dispensada esta última “se o prédio valer um quarto a mais do que a quantia pedida” (art. 16, par. 4º). Curioso é notar que o fiador deveria ser “o indivíduo de reconhecido crédito, que seja proprietário, capitalista, ou negociante abonado; e excepcionalmente pessoa que a Diretoria mereça plena confiança” (art. 16, par. 14). Os créditos eram concedidos para aquisição de casa, de terreno ou para construção em terreno próprio (art. 17). As prestações eram amortizadas de 7 a 27 anos, de acordo com a escolha do tomador do empréstimo, nos parâmetros estabelecidos na tabela anexada ao decreto. Posteriormente, o Decreto nº 5.216, de 1º de fevereiro de 1873, autorizou a mesma companhia a operar com crédito real, por meio de empréstimos com recursos captados pela emissão de letras hipotecárias de longo prazo, na forma da Lei nº 1.237, de 1864.

Outras iniciativas para estimular a construção de habitações foram tomadas pela Coroa Imperial. Como exemplo, há a Associação Popular Cooperativa Predial da Cidade do Recife, autorizada a incorporar-se pelo Decreto Imperial nº 5.084, de 11 de setembro de 1872, que tinha a finalidade de construir e adquirir prédios para a distribuição aos seus associados, mediante o pagamento de juros à associação. A sua atuação era limitada ao município de Recife.

Ainda, no período do Império, medidas importantes foram adotadas para fomentar a construção de casas para operários na tentativa de substituir os cortiços existentes no Rio de Janeiro. Por meio do Decreto Legislativo nº 3.151, de 9 de dezembro de 1882, o governo foi autorizado a conceder favores a Americo de Castro e às empresas que se organizassem para o fim de construir edifícios destinados à habitação de operários e classes pobres na cidade do Rio de Janeiro, como a isenção do imposto predial, dispensa do imposto de transmissão na aquisição dos imóveis destinados às construções, direito de desapropriação e concessão de uso gratuita de áreas públicas destinadas às construções²⁸⁰. As empresas autorizadas eram obrigadas a demolir os

²⁸⁰ A partir daí, várias autorizações foram expedidas para esse fim, a exemplo dos Decretos nºs 9.509, de 17 de outubro de 1885 (Jorge Mirandola Filho), 9.510, da mesma data (Francisco Eugenio de Azevedo e João Franklin de Alencar Lima), 9.511, da mesma data (Luiz Raphael Vieira Souto e Antonio Domingues dos Santos Silva), 9.560, de 27 de fevereiro de 1886 (José Leite da Cunha Bastos), 9.859, de 8 de fevereiro de 1888 (Arthur Sauer), 10.386, de 5 de outubro de 1889 (Americo de Castro). A política continuou na República com concessões por meio dos Decretos n.s 843, de 11 de outubro de 1890 (Banco dos Operários), 894, de 18 de outubro de 1890 (Companhia Nacional de Construções), 895, de 18 de outubro de 1890 (Companhia Técnico-Constructora), 213, de 2 de maio de 1891 (Visconde Duprat, Alfredo de Barros e Henrique das Chagas Andrade), 326, de 16 de maio de 1891 (Carlos Poma), 327, da mesma data (Banco de Crédito Rural e Internacional), 328, da mesma data (Companhia Iniciadora de Melhoramentos), 329, da mesma data (Joaquim Anselmo Nogueira e Luiz Geraldo Albernaz), 330, da mesma data

cortiços condenados pela autoridade pública na proporção das unidades construídas²⁸¹. De acordo com June Hahner, a medida visava a acomodar 34 mil pessoas, numa média de 2 mil por concessão, o que correspondia na época a 73% da população residente em cortiços no Rio de Janeiro²⁸². Todas as autorizações impunham às construções requisitos mínimos de salubridade e comodidade das habitações, a exemplo de exigências de entrada independente, altura padrão, arejamento por meio pelo menos uma janela por compartimento, iluminação a gás, pelo menos uma torneira de água potável com a respectiva pia, uma latrina, um quintal calçado, esgoto de águas pluviais, etc.

Com a proclamação da república (praticamente coincidente com a libertação dos escravos – Lei Áurea), foram intensificadas a migração campo-cidade e a imigração estrangeira. O aumento da população urbana criou as condições para o interesse de proprietários e investidores urbanos na construção de vilas operárias destinadas a aluguel localizadas nas imediações das unidades fabris²⁸³. Por outro lado, a ideologia liberal da Constituição de 1891 limitaria as normas de utilização do solo às disposições do Código Civil e às posturas municipais, o que garantia a livre iniciativa na atividade econômica, abrindo o mercado para a especulação imobiliária²⁸⁴.

O Decreto nº 169-A, de 19 de janeiro de 1890, veio substituir a Lei nº 1.237, de 1864. Este novo diploma regulou inteiramente a hipoteca, estabelecendo os seus tipos (legal e convencional) e derogou expressamente as disposições do Código Comercial que tratavam do assunto. O art. 13 do referido decreto disciplinou a emissão das letras hipotecárias por sociedades de crédito real especialmente autorizadas para esse fim, de modo bastante semelhante à anterior lei. A matéria foi regulamentada no Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890, a partir dos arts. 278 e seguintes, inclusive de modo idêntico em vários aspectos à anterior legislação, como, por exemplo, no que tange ao percentual de composição da dívida em relação ao valor do bem imóvel rural e urbano (metade e três quartos, respectivamente – art. 291). O governo mais uma vez limitou a circunscrição territorial dos bancos de crédito real às localidades expressamente

(João Teixeira de Abreu, José Campello de Oliveira, Manoel Coelho de Souza Lima, José Francisco Lobo Junior, Antonio José Alexandrino de Castro e Antonio Moreira da Costa), 331, da mesma data (Daniel Gonçalves Teixeira de Oliveira e João Victorino da Silveira e Souza Filho), 332, da mesma data (Ernani Lodi Batalha).

²⁸¹ Posteriormente, essa obrigação foi retirada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 3.349, de 20 de outubro de 1887, que fixou o orçamento do Império para o exercício de 1888.

²⁸² *Pobreza e política: os pobres urbanos no Brasil – 1870-1920*. Brasília: Edunb, 1993, p. 39.

²⁸³ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 62.

²⁸⁴ SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Op. cit.*, p. 149.

autorizadas, estabelecendo uma série de exigências mínimas de seus estatutos, como o modo de emissão e amortização das letras hipotecárias e as épocas que deveriam ser elaborados e publicados inventários e balanços. Os empréstimos hipotecários seriam amortizados no prazo máximo de 50 anos, mediante o pagamento de parcelas anuais (art. 298). O art. 46, 2º, do Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891, reforçou a necessidade de autorização do Governo Federal para os bancos de crédito real operarem no mercado de empréstimos hipotecários. No período da República e até o governo provisório de Vargas, várias sociedades de crédito real foram autorizadas a funcionar no Brasil²⁸⁵.

O Decreto nº 2.407, de 18 de janeiro de 1911, concedeu diversos favores fiscais às associações que tinham por objetivo construir habitação de proletários, em especial isenção de impostos sobre os materiais destinados às construções e sobre os terrenos, prédios, aquisição e transmissão, além de cessão gratuita de terrenos de propriedade federal. Por seu turno, o Decreto nº 11.554, de 22 de abril de 1915, autorizou o Ministério da Fazenda a abrir crédito para as despesas do custeio e da administração de duas vilas operárias (Marechal Hermes e D. Orsina da Fonseca). O Decreto nº 4.209, de 11 de dezembro de 1920, autorizou o Poder Executivo a concluir a construção de casas nas citadas vilas operárias e, após a realização das obras, alienar ou arrendar as vilas, mediante concorrência pública, com preferência para as associações que se dispusessem a destiná-las a operários e proletários.

A preocupação com as operações de compra e venda de letras hipotecárias determinou uma maior restrição a novas autorizações de bancos de crédito real, culminando também com uma maior fiscalização, de acordo com o preceituado no art. 5º da Lei nº 4.182, de

²⁸⁵ Como exemplos, podem ser citados o Decreto nº 439, de 11 de julho de 1891, que concedeu a Joaquim José Teixeira autorização para organizar o “Banco União Agrícola do Brasil” de crédito real, aprovando seus estatutos; o Decreto nº 505, de 28 de agosto de 1891, que concedeu autorização ao Banco de Crédito Rural e Internacional para constituir-se como sociedade de crédito real, aprovando seus estatutos; o Decreto nº 1.305, de 7 de março de 1893, que aprovou com alterações o estatuto do Banco de Crédito Real de São Paulo e Minas; o Decreto nº 3416, de 26 de setembro de 1899, que concedeu ao bacharel Virgílio Brigido autorização para incorporar uma sociedade anônima sob denominação de “Banco de Crédito Real de Sergipe”; o Decreto nº 4.139, de 27 de agosto de 1901, que concedeu autorização a João Benigno da Silva para fundar em Manaus, um estabelecimento de crédito real denominado “Banco Hipotecário Prestamista da Amazônia”; o Decreto nº 7.785, de 31 de dezembro de 1909, que concedeu autorização ao Banco da Província do Rio Grande do Sul para criar uma carteira hipotecária para efetuar operações de crédito real e aprovou seus estatutos; o Decreto nº 7.841, de 19 de janeiro de 1910, que autorizou a criação do Banco de Crédito Real dos Estados Unidos do Brasil; o Decreto nº 18.374, de 28 de agosto de 1928, que autorizou o funcionamento do “Banco do Rio Grande do Sul”, sociedade anônima de crédito real, rural e hipotecário; o Decreto nº 18.485, de 14 de novembro de 1928, que autorizou o funcionamento do Banco do Estado do Paraná, sociedade anônima de crédito real; o Decreto nº 22.307, de 4 de janeiro de 1932, que aprovou os estatutos da Auxiliadora Predial SA, concedendo-lhe autorização para praticar operações de crédito real nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal; e o Decreto nº 23.090, de 17 de agosto de 1933, que concedeu autorização ao Instituto Hipotecário e Financeiro SA Banco de Crédito Real para funcionar no país.

13 de novembro de 1920. Ainda, o art. 4º do Decreto nº 14.728, de 16 de março de 1921, impunha que os bancos somente poderiam funcionar com autorização do governo.

O índice de urbanização cresceu muito pouco até 1920, mas entre 1920 e 1940, a taxa de crescimento foi de 31,24%²⁸⁶. Com a crise de 1929, a atuação do Estado na economia foi intensificada, estimulada por políticas públicas em prol da industrialização com o objetivo de combater a recessão.

O Decreto-lei nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932, possibilitou a criação de cooperativas de construção de casas populares, com o objetivo de edificar casas populares, que seriam vendidas aos associados em pagamentos parcelados. Facultou a elas também a possibilidade de efetuar operações de crédito com o fito de obter recursos para ampliar os seus serviços e para a melhor consecução de seu objetivo (art. 32).

A primeira Caixa Econômica Federal (CEF) foi fundada em 1860, no Rio de Janeiro²⁸⁷. Todavia, somente em 1915, foi aprovado o novo regulamento para a Caixa Econômica Federal e, no ano seguinte, os Estados foram autorizados a fundar suas próprias Caixas Econômicas²⁸⁸. Até 1930, as Caixas Econômicas Federais atuavam fundamentalmente como entidades de captação de recursos do público, com liquidez garantida pelo governo federal, e somente em 1931 elas começaram a trabalhar com carteiras hipotecárias. Com o novo regulamento das CEF's editado pelo governo provisório de Getúlio Vargas²⁸⁹, ampliou-se o leque de suas atividades, passando a incluir, dentre outras, as operações de crédito garantidas por hipoteca.

A ação estatal no setor habitacional foi intensificada no segundo período do governo de Getúlio Vargas, a partir de 1937, o chamado “Estado Novo”, oportunidade em que foram criados os institutos de previdência, cujos fundos poderiam ser utilizados para financiamento imobiliário, inclusive para construção de conjuntos habitacionais de grande porte. Além de propiciar ganhos de quantidade e velocidade na produção de novas unidades habitacionais, reduzindo o custo por meio de economias de escala, objetivava-se com a atuação dos institutos de previdência ampliar o patrimônio das entidades previdenciárias, mediante aplicações em imóveis

²⁸⁶ SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 25.

²⁸⁷ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 68. Afirma-se “primeira” Caixa Econômica Federal porque, após a fundação da inicial no Rio de Janeiro, foram criadas diversas Caixas Econômicas Federais em cada Estado que, posteriormente, foram fundidas em uma única empresa pública, como será visto adiante.

²⁸⁸ *Id. ibid.*, p. 63.

²⁸⁹ Decreto nº 24.427, de 15 de julho de 1934.

destinados ao uso dos respectivos associados²⁹⁰. Assim, suas operações não envolviam uma preocupação para resolver a problemática habitacional, mas sim criar uma reserva técnica financeira como modalidade de aplicação de seu capital disponível.

Inicialmente, os financiamentos concedidos pelas CEF's nos Estados e pelos Institutos de Previdência Social eram destinados à classe média. Somente em 1942, por meio do Decreto-lei n° 4.508, de 23 de julho do mesmo ano, o governo regulamentou o financiamento de conjuntos residenciais operários, por intermédio do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI), que passaria a ocupar a posição de principal entidade previdenciária do setor habitacional, principalmente para os empregados do setor industrial. Além da construção direta dos conjuntos residenciais populares, que deveriam proporcionar “moradia confortável e higiênica, compatível com o nível de vida de salário” dos associados (art. 14), os financiamentos também eram destinados aos empregadores industriais, que deveriam construir e destinar os imóveis nos conjuntos habitacionais à locação dos operários da sua indústria.

O crescimento industrial proporcionado pela 2ª Guerra Mundial ocasionou a aceleração do processo de urbanização e o agravamento do problema habitacional nas grandes cidades. Além disso, a melhoria progressiva do sistema de transporte induziu a mobilidade espacial da população, impactando nos grandes centros urbanos²⁹¹.

Para oferecer uma resposta à crescente demanda habitacional, o governo interveio mais uma vez no setor. O Decreto-lei n° 9.218, de 1º de maio de 1946, autorizou a criação da Fundação da Casa Popular (FCP), com a função de proporcionar a aquisição ou a construção de moradia própria a brasileiros e estrangeiros com residência há mais de dez anos no país ou com filhos brasileiros, na zona urbana ou rural (art. 2º). A FCP foi o primeiro programa institucionalizado de âmbito nacional com o objetivo de prover moradia a populações de baixo poder aquisitivo. Os benefícios envolviam empréstimos para aquisição de moradias que deveriam ser caracterizadas como obras populares destinadas à parcela mais necessitada da população. As moradias nas zonas rurais deveriam ser preferencialmente destinadas àqueles que se dedicavam ao cultivo de produtos essenciais destinados à alimentação popular (art. 6º, parágrafo único).

O Decreto-lei n° 9.777, de 6 de setembro de 1946, além de estabelecer as finalidades e competências da FCP, também dispôs sobre as suas bases financeiras. Para financiamento da

²⁹⁰ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 64.

²⁹¹ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 66.

sua atuação a FCP contava com dotações orçamentárias e uma contribuição compulsória de 1% sobre o valor das transações com imóveis de valor superior a Cr\$ 100 mil (arts. 2º, I, e 3º). Todavia, face à resistência dos Estados em cobrar tal contribuição, o adicional sobre as operações imobiliárias foi extinto pela Lei nº 1.473, de dezembro de 1951, de modo que a atuação da FCP ficou limitada à provisão de recursos orçamentários.

Após a alteração legislativa, a proposta ambiciosa envolvia, mediante apoio a iniciativas de prefeituras e empresas, (i) o financiamento da construção e da melhoria de habitações urbanas e rurais, (ii) obras urbanísticas tendentes a melhorar as condições de vida e de bem-estar das classes trabalhadoras (tais como saneamento básico e suprimento de energia elétrica), e (iii) proporcionar capital de giro para as indústrias de material de construção. De acordo com Azevedo e Andrade, o dispositivo tornou a FCP um “verdadeiro órgão de política urbana *lato sensu*”²⁹². Todavia, face à evidente desproporção existente entre os recursos financeiros disponibilizados e seus propósitos audaciosos, a Portaria nº 69, de 23 de maio de 1952, do Ministério do Trabalho, modificou os estatutos da FCP para restringir-lhe as atividades no campo da infraestrutura, apenas para as obras que fossem indispensáveis à execução dos programas e as destinadas aos municípios de orçamentos reduzidos, o que na prática, tornou inexecutáveis tais obras²⁹³.

A partir da segunda metade da década de 1950, a situação se agravou com a elevação dos índices inflacionários, que provocou a corrosão do valor real das amortizações dos financiamentos habitacionais e dos alugueis de imóveis construídos por instituições governamentais, uma vez que na época não existia qualquer fator de indexação. A falta de mecanismos de correção monetária implicou na descapitalização das instituições responsáveis pelos investimentos habitacionais. Isso determinou uma maior dependência de recursos orçamentários, numa época que o combate à inflação impunha a redução dos gastos públicos. A conjuntura provocou a estagnação das atividades da FCP²⁹⁴.

A FCP teve a responsabilidade pelo setor de financiamento imobiliário por 18 anos, sem que resolvesse o problema do déficit habitacional, em razão da escassez dos recursos destinados aos projetos e de pressões clientelísticas que faziam os recursos serem destinados a parcelas da população que não seriam seus clientes originários. Segundo Aragão, toda a

²⁹² *Op. cit.*, p. 2.

²⁹³ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 67; AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luis Aureliano Gama, *Op. cit.*, p. 4.

²⁹⁴ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 71.

produção da FCP entre 1946 e 1964 foi de apenas 17 mil unidades em apenas 143 conjuntos, distribuídos a sua grande maioria (77%) em apenas quatro Estados (RJ, MG, SP e Brasília), o que fomentou o descrédito quanto à efetividade de políticas habitacionais baseadas exclusivamente em recursos orçamentários descontínuos e aleatórios, que variavam de acordo com a conveniência política do momento²⁹⁵.

Conjugando-se a atuação das Caixas Econômicas, dos Institutos de Previdência, da FCP, e dos Estados e Municípios, a intervenção estatal no setor habitacional não foi eficaz desde o período do império até meados do século XX, apesar da evolução da mentalidade política no sentido de encarar o problema da moradia como um dos entraves ao desenvolvimento²⁹⁶.

Logo, no longo período do Império até a FCP, a política habitacional brasileira não conseguiu acompanhar o crescimento desordenado das cidades, recrudescendo o déficit habitacional²⁹⁷. Vê-se que nesse período a política habitacional variou da total ausência do Estado no período influenciado pelo liberalismo a um intervencionismo mais marcado na era Vargas. Da inicial proibição de construção de favelas, partiu-se para um modelo indutivo de incentivos a sociedades privadas que emprestavam recursos aos adquirentes de imóveis. Posteriormente, na era Vargas outros mecanismos de estímulo ao setor foram tentados, liderados pelos institutos de previdência e caixas econômicas. A tais iniciativas, foi acrescida a atuação da FCP, que não conseguiu decolar em razão de escassez de recursos e dificuldades na gestão de um programa que incorporou mentalidade clientelística. Assim, o traço comum em todo o período foi a total incapacidade do Estado, por meio de suas políticas, na resolução do problema do fornecimento de moradia à população.

²⁹⁵ *Op. cit.*, pp. 67-68. O dado é compartilhado por AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luis Aureliano Gama, *Op. cit.*, p. 97.

²⁹⁶ Waldírio Bulgarelli assim se refere aos resultados da política habitacional em tal período: “Dessa forma, sem contar com a ajuda da iniciativa privada, apenas se podia recorrer aos Institutos de Previdência, às Caixas Econômicas e à Fundação da Casa Popular; o fracasso dos primeiros é conhecido não só pela influência política que nêles sempre foi a constante, como também por terem sido obrigados a empregar suas reservas técnicas nos programas habitacionais, agravando dessa forma o seu desequilíbrio crônico, de cuja culpa a União não está isenta, já que não saldava seus débitos astronômicos com êsses órgãos. As Caixas Econômicas, embora dispondo das poupanças da classe média, também não cumpriram com êxito suas finalidades nesse setor, limitando-se a planos bem modestos, e cuja distribuição de financiamentos aos interessados nem sempre primou por critérios de justiça. A Fundação da Casa Popular é bem conhecida pela sua inércia e pelo redundante fracasso, já que, dispondo apenas de recursos de ordem tributária, estes eram absorvidos na totalidade pelos encargos de ordem burocrática” (*Op. cit.*, p. 14).

²⁹⁷ Este é o motivo de todo o período ter sido tratado em uma só seção por este trabalho, apesar de diversificados contextos históricos.

O crescimento populacional superava as iniciativas, expandindo a proliferação de favelas nos centros urbanos. O déficit habitacional somente aumentava, chegando ao seu ponto de esgotamento, com a aceleração do crescimento urbano que atingiu seu auge na década de 1960. Segundo Aragão, a população urbana de 18,7 milhões em 1950 mais que dobrou em 1964, com 38,3 milhões de habitantes. Uma nova proposta de criação do Instituto Brasileiro de Habitação (IBH) estava em curso desde 1961, mas a demora e o descompromisso do governo com a questão habitacional tomavam proporções preocupantes²⁹⁸. O quadro de instabilidade política associada a dificuldades econômicas e inflação foi o ingrediente necessário para o estopim do golpe militar em 31 de março de 1964.

4.4. O Sistema Financeiro da Habitação (SFH)

Com o golpe militar de 1964, o regime autoritário assumiu de forma mais decisiva o controle da atividade econômica, aumentando a ênfase do papel do Estado na gestão da economia, embora com discurso paradoxal de crença no livre mercado. Essa concepção diretiva mais acentuada na economia provocou uma miscelânea de regulamentação legal nos mais diversos campos visando a promover o milagre do desenvolvimento, dentre eles uma profunda reforma no sistema financeiro, no mercado de capitais e, em especial, no sistema de financiamento habitacional.

As antigas vilas operárias já não atendiam a necessidade de moradia da população com a expansão dos grandes centros urbanos. Por outro lado, o quadro de inflação crescente demandava inevitáveis políticas econômicas recessivas, de modo que um impulso à indústria da construção civil reduziria os impactos negativos de tais medidas.

Diante do crescimento do déficit de moradias, o setor habitacional foi um dos eixos principais da política econômica do novo regime, com o objetivo de provar sua capacidade gerencial para resolver problemas sociais e, com isso, atrair a simpatia das massas. A expressão “sonho da casa própria” é originária dessa concepção, que visava a controlar a instabilidade social e legitimar o autoritarismo, esvaziando o discurso da resistência popular. A satisfação da habitação pelas camadas populares, segundo Leonardo, “invariavelmente, provocaria a

²⁹⁸ *Op. cit.*, p. 45.

desestruturação de movimentos populares, em razão do *desaquecimento* de suas reivindicações ante uma ilusória *distribuição* de moradia pelo Estado”²⁹⁹.

Para Blay, a criação do SFH “reforça a aspiração da classe trabalhadora pela casa própria” e “[c]om isto se esvaziam reivindicações reais e imediatas que a população urbana venha a fazer”³⁰⁰. Transformar os trabalhadores em proprietários reduziria o impacto negativo do novo regime e a resistência com a supressão de direitos políticos e liberdades civis.

Assim, uma nova política habitacional é vista, de um lado, como uma bandeira do regime militar para consolidar a dominação na sociedade, fundada na propriedade privada, em contraposição com as medidas socializantes que ganhavam corpo. De outro lado, é concebida como um fator de redução do choque das medidas adotadas e de acomodação das consequências perversas, que impunham uma política de contenção de salários, supressão de direitos políticos e restrições à liberdade civil.

Com a aprovação pelo Congresso Nacional da quase literalidade do projeto encaminhado pelo Poder Executivo, foi criado o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pela Lei n° 4.380, de 21 de agosto de 1964, que tinha por objetivo inicial facilitar a aquisição da casa própria pelas populações de baixa renda, destinatárias da norma, tanto é que o capítulo III da Lei foi denominado SFH “de interesse social”³⁰¹. A iniciativa reunia esforços do Estado, de agentes financeiros e da sociedade civil para a resolução do problema do déficit habitacional crônico existente no Brasil.

Na mesma época, foram editadas outras leis importantes, que constituíram o estabelecimento do novo marco legal para a política habitacional, em especial:

- (i) a Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964, disciplinou a prática da incorporação imobiliária, com a finalidade de estimular o mercado de construção civil;
- (ii) a Lei n° 4.494, de 25 de novembro de 1964, que atacava o problema das locações urbanas, um outro gargalo para o problema habitacional;

²⁹⁹ *Op. cit.*, p. 48.

³⁰⁰ *Op. cit.*, p. 85.

³⁰¹ O art. 8° da Lei n° 4.380, de 1964, foi alterado pelo art. 86 da Lei n° 8.245, de 1991, para incluir na finalidade do SFH, a facilitação e a promoção da aquisição e construção da “moradia”, como significado alternativo da expressão “casa própria”.

- (iii) a Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que criou o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (Bacen) e disciplinou todo o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional; e
- (iv) a Lei n° 4.728, de 24 de julho de 1965, que dispôs sobre o mercado de capitais.

Portanto, a intervenção governamental se deu sob um novo panorama institucional, com regras fixas e rígidas e um forte “dirigismo contratual” que limitava a autonomia privada em vista da melhoria das condições de moradia da população³⁰². Apesar de já ter havido uma mudança no eixo na política brasileira desde a década de 1930, com uma maior presença do Estado no domínio econômico, no setor habitacional o intervencionismo somente se tornou mais efetivo na década de 1960, quicá impulsionado pelo cenário internacional que propugnava o Estado como líder central na efetivação dos direitos econômicos e sociais.

O arcabouço institucional do SFH envolvia três frentes de intervenção a nível federal: a) o Banco Nacional de Habitação (BNH), b) o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU), e c) as Caixas Econômicas Federais, IPASE, as Caixas Militares, os órgãos federais de desenvolvimento regional e as sociedades de economia mista (art. 2° da Lei). As iniciativas federais centravam-se preferencialmente na coordenação, orientação e assistência técnica e financeira, enquanto que os Estados e Municípios elaborariam e executariam seus planos diretores com o objetivo de solucionar seus problemas habitacionais. Para Azevedo e Andrade, o modelo estava assentado em três pilares:

- a) soluções subsidiadas, do tipo Fundação da Casa Popular, levam inescapavelmente à política clientelística; b) a capacidade administrativa do Estado é inferior à do setor privado; c) a centralização normativa e a descentralização executiva, esta última baseada no interesse próprio dos agentes executivos, seriam condições apropriadas para assegurar a eficiência do funcionamento do sistema³⁰³.

Foi criado o BNH (art. 16 da Lei) como autarquia com competência para gerir um sistema de financiamento em curto, médio e longo prazos, mediante pagamento de prestações mensais pelos mutuários³⁰⁴. Segundo Aragão, o BNH tinha caráter dúplice, pois ele, além de

³⁰² Em certa medida, pode-se reconhecer alguma semelhança ou influência das políticas do governo militar com a doutrina de desenvolvimento econômico e social, em especial a teoria da modernização, que considerava o Estado como dirigente e propulsor do sistema econômico, superando o liberalismo que predominou até o início do século XX.

³⁰³ *Op. cit.*, p. 43-44.

³⁰⁴ Competia ao BNH, dentre outras atribuições previstas na Lei: a) autorizar e fiscalizar o funcionamento das sociedades de crédito imobiliário; b) fixar as condições gerais quanto a limites, prazos, retiradas, juros e seguro obrigatório das contas de depósito no sistema financeiro da habitação; c) estabelecer as condições gerais a que

banco de investimento com atuação na área de habitação e desenvolvimento urbano, era também gerenciador de dois sistemas financeiros: “habitação”, constituído por agentes públicos e privados, e “saneamento”, integrado por todas as companhias estaduais de água e esgotos³⁰⁵. Além disso, foi criado o Serfhou pelo art. 54 da Lei, como entidade autárquica que absorveu e substituiu a FCP³⁰⁶. O Serfhou foi extinto em 1971 com a sua absorção pelo BNH³⁰⁷.

No plano institucional, a criação do BNH e de um Serfhou esvaziado de competências foi alvo de críticas contundentes. Como anota Bulgarelli,

a ênfase dada ao problema financeiro em relação ao problema técnico, deixando ao BNH o papel de dirigente geral da política habitacional, quando, a nosso ver, isto caberia ao Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, cujo objetivo se afina muito mais com um programa dessa ordem, e cujas virtualidades contidas em sua estrutura o indicam para isso, enquanto o BNH simplesmente um órgão financeiro que deveria ficar subordinado à orientação técnica desse Serviço³⁰⁸.

Assim, a reunião das competências de direção e de execução do sistema foi considerada como um dos principais entraves na concepção da política para o setor. O Serfhou

deverão satisfazer as aplicações do sistema financeiro da habitação quanto a limites de risco, prazo, condições de pagamento, seguro, juros e garantias; d) fixar os limites, em relação ao capital e reservas, dos depósitos recebidos e dos empréstimos tomados pelas sociedades de crédito imobiliário; e) fixar os limites mínimos de diversificações de aplicações a serem observados pelas entidades integrantes do SFH; f) fixar os limites de emissão e as condições de colocação, vencimento e juros das letras imobiliárias, bem como as condições dos seguros de suas emissões; g) fixar as condições e os prêmios dos seguros de depósitos e de aplicações a que serão obrigadas as entidades integrantes do SFH; h) fixar as condições gerais de operação da sua carteira de redesconto das aplicações do SFH; e i) determinar as condições em que a rede seguradora privada nacional operaria nas várias modalidades de seguro (art. 18).

³⁰⁵ *Op. cit.*, p. 48.

³⁰⁶ O Serphau tinha as seguintes atribuições: a) promover pesquisas e estudos relativos ao déficit habitacional, aspectos do planejamento físico, técnico e sócio-econômico da habitação; b) promover, coordenar e prestar assistência técnica a programas regionais e municipais de habitação de interesse social, os quais deverão necessariamente ser acompanhados de programas educativos e de desenvolvimento e organização de comunidade; c) fomentar o desenvolvimento da indústria de construção, através de pesquisas e assistência técnica, estimulando a iniciativa regional e local; d) incentivar o aproveitamento de mão-de-obra e dos materiais característicos de cada região; e) estimular a organização de fundações, cooperativas, mútuas e outras formas associativas em programas habitacionais, propiciando-lhes assistência técnica; f) incentivar a investigação tecnológica, a formação de técnicos, em qualquer nível, relacionadas com habitação e urbanismo; g) prestar assistência técnica aos Estados e Municípios na elaboração dos planos diretores, bem como no planejamento da desapropriação por interesse social, de áreas urbanas adequadas à construção de conjuntos habitacionais; h) promover, em colaboração com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a realização de estatísticas sobre a habitação no país; i) prestar assistência técnica aos Estados, aos Municípios e às empresas do país para constituição, organização e implantação de entidades de caráter público, de economia mista ou privadas, que terão por objetivo promover a execução de planos habitacionais ou financiá-los, inclusive assisti-los para se candidatarem aos empréstimos do BNH ou das sociedades de crédito imobiliário; j) prestar assistência técnica na elaboração de planos de emergência, intervindo na normalização de situações provocadas por calamidades públicas; k) estabelecer normas técnicas para a elaboração de Planos Diretores, de acordo com as peculiaridades das diversas regiões do país; e l) assistir aos municípios na elaboração ou adaptação de seus Planos Diretores às normas técnicas a que se refere o item anterior (art. 55).

³⁰⁷ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 123.

³⁰⁸ *Op. cit.*, p. 93.

ficou restrito aos campos de pesquisas, estudos e assistência técnica, assumindo um papel coadjuvante na política ditada exclusivamente pelo BNH, e executada por ele.

Nos Estados foram criadas as Companhias Estaduais de Habitação (as Cohab's), que obtinham financiamento junto ao BNH, contratavam construtoras para executar as unidades habitacionais e as repassavam a preço de custo para os consumidores finais, pagando o financiamento junto às Cohab's. As Cohab's obtinham financiamentos do BNH por meio da “apresentação de projetos tecnicamente compatíveis com a orientação do banco, e supervisionavam a construção de moradias destinadas às camadas mais pobres da população, de acordo com as prioridades estabelecidas pelos governos locais”³⁰⁹.

Como medida tendente a estimular a iniciativa privada na condução do programa habitacional, ciente das limitações orçamentárias dos recursos públicos, foi criado o Plano de Financiamento de Cooperativas Operárias pelo Decreto nº 58.377, de 9 de maio de 1966, incumbindo ao BNH a regulamentação da constituição, funcionamento e planos de financiamento das cooperativas. Com base no art. 4º de tal diploma, o BNH criou os Institutos de Orientação às Cooperativas Habitacionais (Inocoops)³¹⁰, com a finalidade de orientar as cooperativas habitacionais em todas as operações necessárias para a construção de conjuntos habitacionais, mediante o pagamento de uma taxa mensal de 3,8 a 5,8% sobre o valor do projeto. Os Inocoops integrariam, junto com as Cohab's, uma rede institucional que estaria presente em todas as regiões do país.

O BNH disponibilizou no mercado imobiliário uma grande massa de recursos, pois garantia o empréstimo antes de ter a propriedade imobiliária, eliminando a responsabilidade hipotecária do incorporador³¹¹. Segundo Miguel Reale e outros, o SFH constituía um “circuito negocial integrado” ou uma “malha contratual”, consubstanciada em uma articulação de diversos negócios jurídicos firmados entre os agentes do sistema, assim resumida: o BNH gere os recursos do FGTS e de outras fontes, assegura para essas fontes correção monetária e juros, e aplica os recursos no financiamento e execução de conjuntos habitacionais (inclusive refinanciando os créditos concedidos pelas sociedades de crédito imobiliário); as sociedades de crédito imobiliário aplicam os recursos havidos junto ao BNH e captados junto ao público (letras imobiliárias e cadernetas de poupança) em empréstimo às empresas de construção civil, para construção e

³⁰⁹ SANTOS, Cláudio Hamilton M. dos. *Op. cit.*, p. 11.

³¹⁰ Por meio da RC 68, de 1966, alterada pela RC 95, de 6 de outubro de 1966.

³¹¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. cit.*, p. 56.

venda de imóveis residenciais e aos adquirentes finais para aquisição desses imóveis; os construtores oferecem à venda a prazo os imóveis aos adquirentes mutuários finais; e por fim, os adquirentes tomam empréstimos junto às sociedades de crédito imobiliário para compra a prazo dos imóveis do construtor, que cede o crédito das alienações à sociedade de crédito imobiliário, em quitação do empréstimo contraído³¹². Assim, as construtoras tiveram participação decisiva no desenvolvimento do programa, intermediando, juntamente com os agentes financeiros, os financiamentos destinados à aquisição da casa própria.

A aquisição seria destinada à residência do mutuário, de sua família e de seus dependentes, tanto é que o art. 9º vedava a sua utilização para aquisição de terrenos, salvo como parte da operação financeira destinada à construção do imóvel residencial. Além disso, a operação de crédito era restrita a imóveis com até 180 dias de “habite-se”, conforme arts. 7º e 9º, § 2º, conceito mais restrito de imóvel novo, que limitava o uso dos recursos do FGTS e das cadernetas de poupança para a aquisição de imóveis usados. A restrição era justificada não só em razão da opção de estímulo à construção civil e à criação de empregos, mas também para evitar a estocagem de imóveis prontos pelas construtoras com fins especulativos. Posteriormente, o art. 4º da Lei nº 5.334, de 12 de outubro de 1967, autorizou a utilização de até 40% das aplicações habitacionais do SFH para o financiamento da compra de imóveis pelos respectivos inquilinos, independentemente da data de concessão do “habite-se”.

Uma crítica comum à concepção e implantação do SFH é o privilégio dado a aspectos do aparato financeiro em detrimento do objetivo principal de estimular a aquisição de casa própria pela população de baixa renda. Segundo Bulgarelli, o equívoco na formatação da política foi a premissa de que o problema na habitação do Brasil era substancialmente de ordem financeira, e que todas as medidas não tinham um plano subjacente, mas apenas uma série de diretrizes gerais de política financeira do governo no setor imobiliário³¹³. Leonardo concorda com essa assertiva nos seguintes termos: “[a]pesar do substantivo *habitação*, a Lei 4.380/64 apresentava, em verdade, um *sistema financeiro*, no qual a habitação, progressivamente, acabou tornando-se um dado secundário”³¹⁴.

³¹² *Sistema Financeiro da Habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado*. São Paulo: ABECIP, outubro de 1994, pp. 37-38.

³¹³ *Op. cit.*, p. 25.

³¹⁴ *Op. cit.*, p. 47.

Na realidade, como anota Aragão, o sistema foi criado de forma que as aplicações do BNH “tivessem uma rentabilidade média suficiente para cobrir os custos financeiros e operacionais e assegurar um mínimo de reservas técnicas destinadas a compensar o riscos de eventuais inadimplências dos tomadores de empréstimos”³¹⁵. Ou seja, o BNH foi concebido para atuar nas mesmas condições do mercado financeiro privado. Assim é que a política centrava-se no fornecimento do crédito como elemento principal, olvidando-se da moradia como um direito, considerando-a como uma mercadoria como qualquer outra, sujeita exclusivamente à técnica financeira. Isto porque, focando-se no crédito estabelecido em condições de mercado, o sistema nitidamente daria preferência a famílias com capacidade financeira para pagar os juros compatíveis com o custo das cadernetas de poupança e letras imobiliárias, o que impedia a aplicação dos recursos para a faixa mais pobre da população.

Uma outra censura recorrente é a de que a formatação da política importava em total centralização dos programas sob a direção do Poder Executivo federal, reduzindo a importância prática das políticas estaduais e municipais. O município perdia a gestão de seu território, o que Geraldo Serra denomina de “centralismo autoritário”³¹⁶. A suposta ideologia da neutralidade ignorava a urbanização como um processo social conflituoso e complexo, havendo um hiato entre o planejamento da burocracia estatal e a realidade das cidades brasileiras. As abstrações da cúpula burocrática permaneciam distanciadas da realidade social, marcadas pela falta de uma postura mais crítica e empírica em relação aos problemas urbanísticos que alocasse os recursos de forma a maximizar a fruição do direito à moradia, e não privilegiasse o setor financeiro³¹⁷.

Como exposto na seção anterior, quando da edição da Lei nº 4.380, de 1964, as Caixas Econômicas Federais eram instituições autônomas em cada Estado, vinculadas a uma política federal coordenada pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas. Diante da

³¹⁵ *Op. cit.*, p. 101.

³¹⁶ *Urbanização e centralismo autoritário*. São Paulo: Edusp, 1991.

³¹⁷ Aragão, no entanto, não concorda com essa avaliação, pois, segundo ele, o modelo concentrava em nível federal em um único órgão apenas a normatização e a coordenação dos investimentos públicos e privados no setor habitacional. Ainda de acordo o mesmo autor, a parte operacional e executiva dos projetos habitacionais era totalmente descentralizada aos Estados, Municípios e entidades do setor privado (cooperativas, incorporadoras, imobiliárias, construtoras, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo, etc). Para o autor, o modelo executivo era tão descentralizado que o BNH ficou refém de administrações estaduais e municipais que não manifestavam qualquer interesse no setor habitacional (*Op. cit.*, pp. 89 e 122). Não parece ter razão o autor, na medida em que no SFH não havia qualquer mecanismo de participação social ou de descentralização administrativa na *gestão* do programa. Decerto que a operacionalização era descentralizada, mas as administrações estaduais e municipais não tinham qualquer participação no processo decisório. Sua única alternativa era acatar (ou não) ao modelo rígido proposto pela administração central do BNH, aderindo aos seus termos.

determinação contida no art. 68 da Lei nº 4.380, de 1964, que incumbiu ao BNH a competência de orientar, disciplinar e coordenar as Caixas Econômicas Federais, foi editado o Decreto nº 55.279, de 22 de dezembro de 1964, com o objetivo de disciplinar a adaptação das CEF's como instrumentos do governo federal de implementação do SFH. Somente com o advento do Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969, foram as 22 CEF's unificadas em uma única empresa pública, consolidando sua posição de principal agente do SFH, nas funções de captadora de recursos e de financiadora do sistema.

O sistema foi inicialmente concebido de forma que seus recursos fossem constituídos fundamentalmente de recursos não onerosos para o BNH (capital subscrito pela União e contribuição de 1% sobre folhas de pagamento de salários) e pela subscrição compulsória de letras imobiliárias por locadores de imóveis, órgãos públicos e semipúblicos (Institutos de Previdência, Sesc, Sesi, Caixas Econômicas) e construtores. Porém, face às evidentes limitações das fontes de recursos para a consecução dos seus objetivos, o que foi notado nos resultados frustrantes dos dois primeiros anos do sistema, ele foi progressivamente alterado de forma a que se autofinanciasse sem participação de recursos públicos. Assim, os depósitos de caderneta de poupança e, posteriormente, do FGTS foram utilizados para abastecer o sistema, que, ao gerar mais empregos, também seriam alimentados por novos recursos, propiciando o desenvolvimento do sistema.

Dessa forma, o marco legal de atuação do SFH foi profundamente alterado com a Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o FGTS, obrigando os empregadores a depositar mensalmente quantia equivalente a 8% do total das remunerações do mês anterior, em conta individual nominal de seus empregados, que rendia correção monetária e juros. Na vigência do contrato de trabalho, a lei somente permitia o saque dos recursos do FGTS em hipóteses restritas, dentre elas, para aquisição de moradia própria no âmbito do SFH, desde que a conta tivesse pelo menos 5 anos de vigência. A instituição do FGTS representou um marco importante na política habitacional, que adquiriu uma fonte de financiamento até hoje imprescindível para a redução do déficit habitacional. Aragão chega a afirmar que o FGTS teve importância similar ou até superior ao da própria instituição do SFH, que não teria avançado muito além do que alcançado pela extinta FCP³¹⁸.

³¹⁸ *Op. cit.*, p. 100.

Lopes, entretanto, ressalta o caráter paradoxal na utilização dos recursos do FGTS, que acabaram não beneficiando a classe trabalhadora:

cria-se um sistema de financiamento, que é o financiamento pelo próprio trabalhador e duplamente. Pelo FGTS, que é uma parte de seu salário poupada forçosamente, e pelos incentivos e subsídios públicos, que é dinheiro dos tributos pagos, afinal, também pelos trabalhadores enquanto contribuintes. Mas tal esforço redundante, como todos sabemos, na produção de casas e prédios que vão cada vez mais servindo a classes superiores. E mesmo o benefício que os mutuários conseguem (no Brasil, nos anos 1980) terminam por beneficiar cada vez mais as classes superiores, paradoxalmente. Isto porque, na luta para defender um direito que é abstratamente de todos ou dos mais necessitados (direito a financiamento barato para a casa própria), acaba-se por beneficiar concretamente os menos necessitados, que compõem uma parcela não desprezível dos mutuários do SFH³¹⁹.

Ainda, a partir de 1967, foi iniciado o funcionamento do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), que agruparia todas as entidades públicas e privadas encarregadas de captar poupança do público e canalizá-las para o setor habitacional (Caixas Econômicas Federal e Estaduais, sociedades de crédito imobiliário e associações de poupança e empréstimo). A partir de então, com o FGTS e o SBPE, o BNH adquiriu capital suficiente para levar adiante a política habitacional, crescendo exponencialmente o número de unidades financiadas.

O Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, trouxe importantes inovações no sistema, dentre as principais: a) possibilitou a implantação e a estruturação das associações de poupança e empréstimo; b) instituiu a cédula hipotecária, sob a forma de um título de crédito nominativo emitido pelo credor hipotecário representativo das hipotecas contratadas pelo SFH, como uma das formas de alavancar o financiamento imobiliário; e c) dispôs sobre um novo sistema de execução extrajudicial das hipotecas do SFH, adotando um rito mais célere para a cobrança das dívidas. A Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971 (conhecida como “Lei Buzaid”), por seu turno, disciplinou a execução judicial das garantias hipotecárias vinculadas a contratos de financiamento do SFH, dando-lhe procedimento mais célere e flexível se comparado com o procedimento de execução utilizado via Poder Judiciário³²⁰.

O Conselho de Administração do BNH criou³²¹ o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), que seria constituído por uma contribuição acrescida às prestações

³¹⁹ *Op. cit.*, p. 126.

³²⁰ Sobre o assunto, calha citar a Súmula 199 do STJ no seguinte sentido: “Na execução hipotecária de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, nos termos da Lei 5.741/1971, a petição inicial deve ser instruída com, pelo menos, dois avisos de cobrança”.

³²¹ Por meio da Resolução nº 25, de 16 de junho de 1967.

pagas pelos mutuários, como meio de “segurança técnica”, e que teria a função de liquidar eventual saldo devedor no final do contrato. Com isso, garantia-se que a amortização dos financiamentos seria feita no prazo definido no contrato. Além disso, posteriormente, aos encargos do FCVS foram incorporados outros objetivos: a) garantir o equilíbrio da Apólice do Seguro Habitacional do SFH (SH-SFH), b) assumir a responsabilidade pelos descontos concedidos na liquidação antecipada dos créditos, nas transferências de contratos e nas renegociações com extinção da responsabilidade do Fundo, c) cobrir o saldo devedor do financiamento imobiliário em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário, as despesas de recuperação ou indenização decorrentes de danos físicos ao imóvel e as perdas de responsabilidade civil do construtor, de acordo com a Apólice do SH-SFH, e d) liquidar as operações remanescentes do extinto Seguro de Crédito.

Diante da inadimplência crescente, o Decreto-lei nº 1.358, de 12 de novembro de 1974, instituiu um benefício fiscal em favor dos mutuários do SFH, com o ressarcimento de encargos para aquisição de casa própria, por meio de um crédito equivalente a 10% do total dos pagamentos correspondentes ao ano-base e efetivamente realizados até a data da apresentação da declaração de rendimentos, nos prazos fixados pelo Ministério da Fazenda³²².

O BNH foi originalmente concebido como autarquia, pois pensava-se nele como uma agência estatal de atuação no campo social financiada essencialmente com recursos públicos³²³. Todavia, a sua estrutura institucional foi desvirtuada, pois suas atividades foram assemelhadas às de um banco, com a função de captador e aplicador de recursos de terceiros, com necessidade de garantir liquidez. Ou seja, segundo Aragão, “o BNH era um órgão com atuação marcante no campo social mas não uma ‘instituição social’”, devido à necessidade de se preocupar com a segurança das aplicações a seu cargo³²⁴. Com o objetivo de torná-lo mais operacional a essa configuração bancária, a Lei nº 5.762, de 14 de dezembro de 1971, alterou a sua natureza jurídica, transformando-o em empresa pública. Todavia, somente um ano e meio após, os seus estatutos foram adaptados à nova roupagem jurídica³²⁵.

³²² Após, os valores e os percentuais, fixados em 12%, do benefício fiscal foram sistematicamente alterados e renovados pelos Decretos-leis nºs 1.431, de 5 de dezembro de 1975, 1.491, de 1º de dezembro de 1976, 1.596, de 22 de dezembro de 1977, 1.657, de 23 de janeiro de 1979, 1.728, de 12 de dezembro de 1979, 1.851, de 27 de janeiro de 1981, e 1.930, de 18 de março de 1982.

³²³ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 108.

³²⁴ *Op. cit.*, p. 51.

³²⁵ Mediante a aprovação do Decreto nº 72.512, de 23 de julho de 1973.

Nada obstante essa característica, é de se notar que o caráter redistributivo ainda estava presente nos princípios de atuação do BNH estabelecidos no seu decreto regulamentador, como: a) o estabelecimento de prazos e ônus financeiros das operações em função da renda ou da capacidade de pagamento dos beneficiários (art. 8º, VI); b) prioridades em programas destinados às famílias de menor nível de renda (art. 8º, VII); e c) participação no financiamento de habitações em razão inversa do investimento unitário correspondente (art. 8º, VIII). Isso significava que as taxas de juros, os prazos e a exigência de participação própria deveriam ser diferenciados de modo proporcional em função da capacidade de pagamento dos beneficiários, sempre privilegiando os de menor nível de renda. Assim, esses mecanismos de direcionamento de recursos, favores e esforços para o setor menos favorecido assegurariam o cumprimento de seu mister social.

O art. 47 do Decreto nº 70.951, de 9 de agosto de 1972, autorizou a utilização de consórcios para a aquisição de imóveis, novos ou usados, prontos ou para construir. Os consórcios são regulamentados pelo Bacen, sendo as mais importantes normas regulamentares a Circular nº 2.289, de 20 de maio de 1999, que disciplina o repasse das informações sobre consórcios de imóveis pelas administradoras ao Bacen, e a Circular nº 3.432, de 3 de fevereiro de 2009, que disciplina a constituição e o funcionamento de grupos de consórcio.

O II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND – 1975-1979)³²⁶ estabeleceu a Política de Integração Social no capítulo VI, que compreendia, dentre outros esforços, a “reorientação da política habitacional, na direção de programas para as populações de mais baixos níveis de renda, e pela melhoria dos serviços urbanos básicos para todas as camadas da população, com vistas à elevação da qualidade de vida nas cidades”. Ainda, estabelecia que “a política habitacional ser[ia] conduzida de forma a reduzir gradualmente o ônus financeiro incidente sobre as operações de aquisição de casa própria pelas camadas de baixa renda familiar”. O II PND aprovou em seu capítulo IX diretrizes e prioridades para o desenvolvimento urbano, controle da poluição e preservação do meio-ambiente, onde se encontra registro que a população urbana passou dos 31% em 1940 para 56% em 1970, traçando projeção de que em 1980 somaria 2/3 da população total. Diante disso, o Plano previa ações conjugadas de planejamento urbano pelo poder público para conter a urbanização das regiões metropolitanas, propiciando uma distribuição mais equilibrada da população no território nacional.

³²⁶ Lei nº 6.151, de 2 de dezembro de 1974.

Visando a aumentar o público a ser atendido pelo SFH, a Lei nº 6.748, de 10 de dezembro de 1979, flexibilizou a exigência de apresentação de documentação aos pretendentes à aquisição de unidades habitacionais pelo SFH, nos financiamentos de valor igual ou inferior a 1.500 Unidades-Padrão de Capital.

É importante citar nesse contexto histórico a lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979), que somente, segundo posicionamento doutrinário, veio piorar as condições de habitação, “dada sua inadequação à realidade brasileira, convertendo-se em empecilho à urbanização e fomentando as invasões e ocupações desordenadas, perpetradas e até dirigidas por titulares de glebas sem condição ou disposição de submeter-se às onerosas imposições da lei, frustradora de seus projetos de lucro”³²⁷.

As regras rígidas do SFH que restringiam os financiamentos ao público de baixa renda foram flexibilizadas com o tempo, passando a contemplar mutuários de maior poder aquisitivo, atingindo as classes média e alta. Todavia, não há um consenso quanto ao número de unidades habitacionais que beneficiaram a classe média, pois os números encontrados são discrepantes entre si³²⁸.

Diante do que foi exposto, observa-se que o SFH constitui talvez o marco mais importante da política habitacional brasileira. O sistema concebeu um intrincado complexo de interrelações contratuais entre poder público, agentes financeiros, construtoras e mutuários, em um sistema de mercado autofinanciado, dependente apenas de formação de poupança voluntária e compulsória (basicamente FGTS), mas concebido inicialmente sem a alocação prévia de recursos públicos. No aspecto de opção política, ao concentrar esforços na construção de imóveis novos, estimulou a economia nacional e conteve a especulação imobiliária. Por igual, a concepção da utilização da taxa de juros e do direcionamento dos recursos em caráter redistributivo, fazendo

³²⁷ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Op. cit.*, p. 13.

³²⁸ Segundo Cláudio Hamilton M. dos Santos, ao longo da existência do BNH, somente 33,5% das unidades habitacionais financiadas pelo SFH foram destinadas ao público de baixa renda (*Políticas federais de habitação no Brasil: 1964/1998*. Brasília: Ipê, 1999, p. 17. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_654.pdf > Acesso em 20 de novembro de 2011, 16:20 hs.). Azevedo e Andrade corroboram esse percentual no período 1964 a 1980, ressaltando que apenas 35% das unidades habitacionais foram financiadas às famílias com faixa de rendimento de até 5 salários mínimos (*Op. cit.*, p. 100). Todavia, Aragão contesta esse dado afirmando que, de 1964 a 1986, 89,3% das unidades financiadas incluía famílias de baixa renda ou de estratos inferiores da classe média (*Op. cit.*, p. 150). Outro dado intermediário é fornecido por Robson R. Gonçalves, no sentido de que até 1994 o SFH financiou a construção de um total de 5,6 milhões de unidades domiciliares, sendo 59% dessas no estrato de renda familiar até 10 salários mínimos, faixa que continha, em 1993, 86% das famílias do país (*Aspectos da demanda por unidades habitacionais nas regiões metropolitanas – 1995/2000*. Rio de Janeiro, setembro de 1997, p. 5. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0514.pdf> > Acesso em 6 de dezembro de 2011, 11:01 hs).

com que os mutuários de classes mais privilegiadas subsidiassem os mais necessitados, foram características que merecem ser enaltecidas.

Todavia, problemas estruturais e conjunturais ficaram cada vez mais pronunciados com o tempo, tais como (i) o prestígio exacerbado dado ao setor financeiro sem que houvesse maior preocupação com a fruição de direitos; b) a institucionalização de um sistema altamente concentrado sob a administração federal, que era pouco sensível às reais demandas sociais; e c) o desvirtuamento da proposta redistributiva, beneficiando classes favorecidas. Somada a esses fatores, a conjuntura político-econômica da década de 1980 fez com que a inviabilidade do SFH fosse questão de tempo.

4.5. A crise do SFH e o vácuo institucional

A crise habitacional que se agravou no país, somada ao período de hiperinflação que caracterizou o início da década de 1980 e aos sucessivos planos econômicos editados no afã de conter a espiral inflacionária, determinaram a crise sistêmica do SFH. O sistema dependia da captação dos recursos do FGTS e da poupança que estava em declínio em razão do desemprego e da recessão. O aumento nos saques da poupança e do FGTS desaqueceu a indústria da construção civil, que não tinha mais recursos disponíveis para iniciar novos empreendimentos, aumentando o desemprego.

O descontrole inflacionário e os sucessivos choques econômicos atingiram gravemente a política habitacional, pois

(I) solaparam o poder de compra dos salários da classe média, (II) reduziram significativamente a competitividade das cadernetas de poupança ante a concorrência cada vez maior de papéis com juros reais muito superiores a 6% ao ano, liquidez similar e, no caso dos bancos oficiais e dos grandes conglomerados financeiros, segurança também equivalente, e (III) a recessão atingiu duplamente a arrecadação líquida do FGTS, ao diminuir sua base de incidência (total de remunerações pagas aos empregados) e elevar os saques por motivo de desemprego ou para complementar a parcela da renda familiar destinada ao pagamento das prestações dos financiamentos habitacionais³²⁹.

Por outro lado, a hiperinflação da década de 1980 acentuou a discrepância entre a correção dos saldos devedores e das prestações. O quadro foi agravado pela corrosão dos salários em decorrência da inflação, aumentando sensivelmente o índice de inadimplência e os conflitos

³²⁹ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 137.

entre mutuários e agentes financeiros. A conjuntura econômica recessiva e o achatamento dos salários levaram a duas dificuldades econômicas: dos mutuários em saldar suas prestações, de um lado, e de comercialização de unidades dos projetos habitacionais, de outro. A concomitante exigência de pagamento das prestações pelos agentes financeiros criou uma tensão social explosiva, que poderia inviabilizar o programa e comprometer a liquidez do próprio FGTS. A situação foi denominada “crise do SFH”, caracterizada por um preocupante quadro de inadimplência dos mutuários agravado pelo crescimento do desemprego.

Dois problemas principais incidiram nos contratos do SFH³³⁰: a diferença entre os critérios de correção das prestações e do saldo devedor e o sistema Price de amortização. O resultado foi a judicialização de milhares de financiamentos, com os mutuários questionando critérios de amortização e de correção monetária. Fórmulas irrelevantes, teoremas mirabolantes, conceitos equivocados e aplicações inúteis foram trazidos ao debate judicial, com pretensões e decisões igualmente equivocadas, produzindo distorções ainda maiores no sistema.

Referindo-se às decisões judiciais que beneficiaram mutuários do SFH que recorreram à justiça após 1983 contra a aplicação da correção monetária integral no reajustamento das prestações de seus financiamentos, Aragão sustenta que, em determinadas circunstâncias, decisões do Poder Judiciário podem levar à derrocada todo um sistema financeiro de interesse público, construído ao longo de uma geração, para atender reclamos individuais numerosos, mas ainda assim minoritários no conjunto da população do país, em nome do princípio do respeito a cláusulas contratuais presumidamente violadas³³¹. O mesmo autor, ao se referir sobre as liminares concedidas judicialmente aos devedores que contestavam os contratos, multiplicando-se desordenadamente, sustenta que elas “terminam por atingir não apenas aos credores mas o próprio instituto do crédito, vital para o funcionamento de qualquer economia”³³².

Um fato que atesta o desvirtuamento do desenho projetado para o SFH foi a aprovação da Lei nº 7.196, de 13 de junho de 1984, que autorizou o BNH a instituir o Plano Nacional de Moradia (Plamo), mediante a adoção do regime transitório do aluguel, como meio de atender as necessidades de famílias com renda até 5 salários mínimos, sem condições para a aquisição imediata de uma habitação completa.

³³⁰ O que será tratado no capítulo seguinte.

³³¹ *Op. cit.*, p. 379.

³³² *Op. cit.*, p. 459.

Os desequilíbrios resultantes da aceleração inflacionária atingiram o FCVS. Em 1984, houve a criação de um subsídio concedido aos mutuários e financiado pelo Fundo. O resultado foi um passivo estimado em torno de U\$ 50 bilhões para o FCVS, que determinou a inviabilidade do sistema. Segundo Cláudio Hamilton M. dos Santos:

Se, por um lado, o subsídio concedido contribuiu para diminuir as taxas de inadimplência e, conseqüentemente, aumentar a liquidez de curto prazo do sistema, por outro, esse subsídio aumentou consideravelmente o descasamento entre a evolução do passivo (junto aos poupadores do SBPE e ao FGTS) e o ativo (as prestações dos mutuários) do SFH, contribuindo assim de maneira decisiva para a formação do *rombo* do FCVS, o fundo responsável pela equalização entre as operações ativas e passivas do sistema. Além disso, cumpre destacar o caráter altamente regressivo do subsídio (indiferenciado) concedido aos mutuários do sistema, dado que a maioria desses últimos era composta por famílias de renda média e alta³³³.

Com tantos problemas, o SFH tornou-se alvo de críticas severas da oposição ao regime militar, como exemplo de ineficiência de gestão, sem que houvesse, contudo, uma proposta concreta para substituí-lo. Por isso, acabou se transformando até mesmo em uma nova bandeira entre os que lutavam pela redemocratização. Por meio do Decreto n° 91.145, de 15 de março de 1985, a supervisão do BNH foi transferida ao então criado Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, que não conseguiu conter as forças insatisfeitas com a política habitacional³³⁴.

A crise culminou com a extinção do BNH, determinada pelo Decreto-lei n° 2.291, de 23 de novembro de 1986, encerrando assim uma fase da história habitacional brasileira. O BNH foi incorporado e sucedido pela Caixa Econômica Federal (CEF), que assumiu o seu passivo. Desde então, compete ao Conselho Monetário Nacional exercer as funções de órgão central do SFH e ao Bacen fiscalizar as entidades do SFH. A CEF passou a atuar em três condições: a) como agente operador do FGTS; b) como captadora e aplicadora de recursos de poupança voluntária (cadernetas de poupança e letras hipotecárias), acrescidos de recursos próprios; e c) como repassadora de recursos orçamentários da União³³⁵. Cláudio Hamilton M. dos Santos critica essa opção política, pois, segundo argumenta, “na CEF a questão habitacional foi relegada a um interesse setorial, enquanto o BNH, que possuía um efetivo de funcionários qualificados que acumulavam a memória técnica de mais de vinte anos de funcionamento do setor, tinha o problema habitacional como atividade-fim”³³⁶. De se ressaltar, ainda, que o citado Decreto-lei

³³³ *Op. cit.*, p. 18.

³³⁴ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*

³³⁵ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 433.

³³⁶ *Op. cit.*, p. 19.

concedeu novos benefícios aos mutuários do SFH que antecipassem o pagamento dos financiamentos, sendo que os agentes financeiros seriam compensados pelo FCVS com o abatimento da dívida.

Aragão ressalta o caráter paradoxal da extinção do BNH, uma vez que ele foi criado por lei aprovada pelas duas casas do Congresso Nacional no início de um regime militar autoritário, em plena vigência do Ato Institucional nº 1, mas foi extinto após a redemocratização por um simples decreto-lei, apoiado por um pequeno número de assessores da Presidência, que foi aprovado por decurso de prazo, sem qualquer apreciação do poder legislativo³³⁷. O autor também discorda da concepção negativa recorrente da atuação do BNH, dirigindo sua crítica ao modelo segundo o qual o BNH tinha de atuar, ou seja, em um sistema de crédito habitacional que implicava o reembolso dos recursos seguindo as regras de uma economia de mercado, paradoxalmente, num país com elevados níveis de pobreza absoluta e altos índices de concentração de renda. Segundo o autor, um esquema de provisão de habitações fundado principalmente em recursos do orçamento fiscal teria produzido melhores resultados em termos de oferta de novas habitações, implantação e ampliação de sistemas de água potável e esgotos sanitários e outras obras de infraestrutura urbanas complementares³³⁸.

Ocorre que a extinção do BNH não foi sucedida por uma política planejada para o setor de habitação, predominando o improvisado em um verdadeiro vácuo institucional, com constantes readequações de competências, criação e transformação de órgãos. O Decreto nº 95.075, de 22 de outubro de 1987, transformou o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente em Ministério de Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente (MHU), com as mesmas competências, mas agregando a supervisão da CEF. O Decreto-lei nº 2.406, de 5 de janeiro de 1988, transferiu a gestão do FCVS do Bacen para o Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente³³⁹, conferindo ainda novos benefícios subsidiados com recursos do FCVS aos mutuários que liquidassem antecipadamente seus financiamentos.

Um ano após, o Decreto nº 96.634, de 2 de setembro de 1988, alterou a denominação do MHU para Ministério da Habitação e do Bem-Estar Social (MBES), promovendo a readequação da responsabilidade de alguns órgãos e entidades. Apenas cinco meses após, pela

³³⁷ *Op. cit.*, p. 88.

³³⁸ *Op. cit.*, p. 51.

³³⁹ É curioso notar que a gestão do FCVS foi alterada para o Ministério da Fazenda pela Medida Provisória nº 478, de 29 de dezembro de 2009. Ocorre que tal MP restou ineficaz, em razão do decurso de prazo sem apreciação pelo Congresso Nacional. Nada obstante, aquela pasta continua com a gestão do Fundo, ao menos “de fato”.

Lei n° 7.739, de 16 de março de 1989³⁴⁰, o MBES foi extinto, a CEF voltava à supervisão do Ministério da Fazenda, e as competências em matéria habitacional passavam para o Ministério do Interior. Já no governo Collor, o Ministério do Interior foi extinto pela Lei n° 8.028, de 12 de abril de 1990³⁴¹, sendo substituído pelo Ministério da Ação Social (MAS).

De acordo com Aragão, a extinção do BNH importou em menos famílias atendidas e o deslocamento para cima do nível de renda da clientela atendida, pois na época do BNH foram concedidos uma média anual de 89.455 financiamentos com valor unitário médio de 1,376 UPC, ao passo que nos quatro anos após sua extinção foram concedidos em média 61.375 financiamentos com valor unitário médio de 3,574 UPC, ou seja, foram concedidos 21,4% de financiamentos a menos com um valor médio de financiamento superior em 159,7%³⁴². Com a crise do sistema,

[o] problema não foi tanto a redução brutal nos financiamentos, mas a relativa paralisia em que mergulhou o pensamento urbanístico e arquitetônico, que durante alguns anos ainda mostrou-se criativo, mas limitou-se a verdadeiros bolsões de resistência. Aqui e ali ainda foram discutidas opções de materiais, de plantas, de abordagens para loteamentos de baixa renda, com soluções que não chegaram a se transformar em políticas públicas³⁴³.

Para Aragão, a extinção do BNH e o novo modelo implantado, no seu primeiro decênio,

não conseguiu ampliar os investimentos habitacionais geridos pelo poder público, provocou o desmantelamento das estruturas estaduais construídas ao longo de dois decênios para a construção e comercialização de habitações populares (Cohabs), não obteve uma melhoria no nível de articulação intergovernamental nos investimentos urbanos e distanciou a classe média do acesso à casa própria, ao reduzir os recursos de origem privada destinados aos financiamentos habitacionais (cadernetas de poupança), elevar as taxas de juros, os prêmios de seguro e o valor unitário dos créditos para habitação³⁴⁴.

A Lei n° 8.004, de 14 de março de 1990, permitiu aos mutuários do SFH a transferência de financiamentos a terceiros³⁴⁵. Possibilitou, ainda, a liquidação antecipada das dívidas dos contratos com cobertura dos saldos devedores pelo FCVS, desde que firmados até 28 de fevereiro de 1986, mediante pagamento da metade do saldo devedor atualizado ou do

³⁴⁰ Conversão da Medida Provisória n° 39, de 15 de fevereiro de 1989.

³⁴¹ Conversão da Medida Provisória n° 150, de 15 de março de 1990.

³⁴² *Op. cit.*, p. 199.

³⁴³ PRADO, Luiz. Minha Casa, Minha Vida: a ocultação da memória e um réquiem para o planejamento urbano. *In: Política democrática: revista de política e cultura*, ano IX, n. 27, junho de 2010, p. 71.

³⁴⁴ *Op. cit.*, p. 89.

³⁴⁵ Sobre o assunto, Lima anota que a nova normatividade que autoriza a mobilidade do crédito hipotecário “diz respeito muito mais à prévia aquiescência a ser dada pelo credor hipotecário, admitindo a realização da transferência da propriedade imobiliária a um terceiro, do que a repactuação do contrato original” (*Op. cit.*, p. 50).

equivalente ao produto do valor da prestação mensal atual pelo número de prestações restantes. Posteriormente, outra medida legal³⁴⁶ renovou os benefícios de liquidação antecipada aos mutuários do SFH mediante o abatimento da dívida, de modo proporcional à data do contrato.

Os Fundos de Investimento Imobiliário (FII) foram criados pela Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993³⁴⁷, com o objetivo de captar recursos para alavancar o financiamento de imóveis. Os fundos são uma “comunhão de recursos”, captados e administrados por um banco múltiplo com carteira de investimento ou de crédito imobiliário, banco de investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores imobiliários, caixas econômicas e associações de poupança e empréstimo, com prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Por meio desses fundos, a instituição financeira capta recursos que são distribuídos em quotas, devendo aplicar um mínimo de 75% do valor captado na aquisição direta de imóveis ou de direitos incidentes sobre eles. Tal fundo permite aos investidores combinar benefícios da solidez do mercado imobiliário com a liquidez dos valores mobiliários³⁴⁸. Embora os fundos imobiliários ainda não tenham se firmado no Brasil, Aragão entende que eles têm potencial muito grande para os empreendimentos destinados à população de renda média e alta³⁴⁹.

Por igual, como forma de angariar recursos para o sistema, mediante a Resolução nº 2.170, de 30 de junho de 1995, do Conselho Monetário Nacional, foi facultado aos bancos múltiplos com carteira comercial, de investimento e/ou de crédito imobiliário, aos bancos comerciais, aos bancos de investimento, às sociedades de crédito imobiliário, às associações de poupança e empréstimo, às caixas econômicas e às companhias hipotecárias, a captação de recursos no mercado externo destinados a serem repassados a pessoas físicas ou jurídicas com a finalidade de financiar a construção ou a aquisição de imóveis novos no âmbito do SFH³⁵⁰.

Apenas em 1995, o governo federal elaborou novo projeto habitacional calcado na necessidade de se descentralizar a política habitacional, superar o reconhecido esgotamento do

³⁴⁶ Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000.

³⁴⁷ Hoje regulamentados pela Instrução nº 472, de 31 de outubro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

³⁴⁸ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 485.

³⁴⁹ *Op. cit.*, p. 490.

³⁵⁰ Todavia, esse ato normativo foi revogado pela Resolução nº 2.770, de 30 de agosto de 2000, do Conselho Monetário Nacional, que impôs restrições gerais aplicáveis a todos os empréstimos contraídos no exterior. Atualmente, o assunto está previsto na Resolução nº 3.884, de 23 de março de 2010, do Conselho Monetário Nacional, que disciplina o ingresso de capital estrangeiro no Brasil, não trazendo regras especiais para os contratos do SFH, à exceção do art. 23, que autoriza a operação de arrendamento mercantil externo para aquisição de imóveis.

SFH e atingir o público de baixa renda. Foram lançados programas que não tiveram o mesmo vulto que o SFH, como o Plano de ação imediata para habitação, o Pró-moradia, o Habitat-Brasil, o carta de crédito-FGTS e o João de Barro, que tinham o mesmo público-alvo – a população de baixa renda.

Os programas Pró-moradia e Habitat-Brasil tinham propostas semelhantes do SFH, cabendo aos Estados e Municípios apresentarem projetos para o governo federal, que detinha o poder de aprovação. Os projetos diferenciavam na fonte de financiamento: orçamento geral da União e FGTS, respectivamente³⁵¹.

O programa carta de crédito era destinado a uma camada de renda mais elevada da população. A utilização do programa se iniciava por uma análise da CEF da renda mensal do proponente comprador que, após a realização de uma poupança programada por tempo determinado, recebia uma carta de crédito para financiamento de imóvel ou de uma reforma, com taxas de juros reduzidas em comparação às taxas praticadas no mercado³⁵².

Todavia, tais programas não tiveram grande expressão, em parte pela escassez de recursos destinados. Com o fim do BNH e a falta de uma política federal sistematizada para o setor, no final da década de 1990, alguns Estados passaram a alocar recursos próprios a construção de habitações populares³⁵³.

Além disso, a participação das construtoras no financiamento direto das unidades habitacionais passou a ser relevante no mercado, em substituição aos mecanismos de financiamento do SFH. A inexistência do BNH como intermediador das operações fez com que as construtoras buscassem alternativas de financiamento direto, por meio do parcelamento da venda dos imóveis aos compradores ou pela formação de consórcios. As construtoras passaram a ter carteiras próprias de cobrança, de modo semelhante às instituições financeiras. Entretanto, tais empreendimentos em geral atendiam à camada de renda mais alta da população³⁵⁴.

Portanto, no período aqui focalizado, verificou-se que os problemas econômicos conjunturais da década de 1980 atingiram o âmago do SFH, determinando sua crise sistêmica e a extinção do BNH. No entanto, a superação do intrincado complexo de relações contratuais do

³⁵¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 62.

³⁵² *Id. ibid.*, p. 63.

³⁵³ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, pp. 140-141.

³⁵⁴ VASCONCELOS, José Romeu de; CÂNDIDO JR., José Oswaldo. *O problema habitacional no Brasil: déficit, financiamento e perspectivas*. Brasília, abril de 1996, pp. 18-23. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_410.pdf > Acesso em 5 de dezembro de 2011, 22:58 hs.

SFH não foi sucedida de uma política habitacional planejada que conseguisse atender as demandas da população. O poder público foi chamado a cobrir a insatisfação dos mutuários com recursos orçamentários que acabaram por beneficiar classes privilegiadas. O vácuo institucional provocado pela extinção do sistema implicou na paralisia da política habitacional brasileira por um período de aproximadamente 10 anos, acabando por prejudicar a fruição do direito à moradia da população brasileira. Iniciativas tímidas no sentido de alavancar recursos não tiveram a mesma repercussão e os recursos despendidos para o setor habitacional estagnaram. Com isso, a conjuntura político-econômica da década de 1990 determinou uma mudança do eixo da política habitacional.

4.6. O Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI)

A necessidade de estabelecimento de uma política duradoura para o setor motivou a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) pela Lei n° 9.514, de 20 de novembro de 1997. A medida era tendente a revitalizar o setor imobiliário, na busca de uma nova fonte de financiamento para o atendimento à população, notadamente para os segmentos de classe média e alta³⁵⁵. Leonardo resume bem as características do SFI, que é

[m]arcado por uma flexibilização das condições econômicas do financiamento (juros, mecanismos de amortização) e por uma enorme ampliação das fontes de recursos (caderneta de poupança, poupança vinculada, debêntures, recursos externos etc.), para assim compor uma ampliação das garantias de retorno do capital investido, [...] fortalecendo amplamente as instituições financeiras e limitando, materialmente e processualmente, os direitos dos futuros mutuários³⁵⁶.

Aragão sustenta que essa foi a iniciativa mais ambiciosa no sentido de tentar encontrar novos mecanismos para dinamizar a participação do setor privado no financiamento dos investimentos imobiliários. Isto representou um divisor de águas no tratamento do problema habitacional no âmbito financeiro, incorporando uma filosofia radicalmente distinta da que inspirou o SFH. Para o autor, o SFI foi criado com o propósito de prescindir totalmente da disponibilização de recursos públicos para o crédito imobiliário, sendo baseado apenas em recursos de poupança *voluntária* captada por instituições financeiras e assemelhados,

³⁵⁵ Vasconcelos e Cândido Jr. (*Op. cit.*, p. 27) apontam que a medida foi proposta pela Associação Brasileira de Entidade de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP).

³⁵⁶ *Op. cit.*, p. 63.

remunerados a *taxas de mercado*. Como tal, a lei objetivou oferecer aos poupadores e investidores alternativas de aplicação financeira em condições competitivas de livre mercado, em termos de segurança, liquidez e rentabilidade³⁵⁷. Essa opção vem estampada no art. 1º da lei, ao definir a finalidade do SFI de “promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos”.

A Lei nº 9.514, de 1997, trouxe outra inovação importante ao possibilitar a utilização da alienação fiduciária em contratos imobiliários (art. 22), com o objetivo de se estimular o mercado com a retomada imediata do crédito. Tratava-se de uma alternativa financeira que traria maior garantia aos credores no caso de inadimplemento do devedor, e também aos devedores no caso de falência da incorporadora (o famoso caso Encol foi uma das justificativas à adoção da lei)³⁵⁸.

Tal medida pode ser considerada reversa à Lei nº 4.380, de 1964, superando os contratos de financiamento garantidos pela hipoteca, objeto da execução extrajudicial prevista no Decreto-lei nº 70, de 1966, que suscita muitas controvérsias judiciais sobre sua constitucionalidade. Sérgio Iglesias Nunes de Souza sustenta que o SFI aboliu o intervencionismo estatal nos contratos habitacionais e adotou, “por completo, a livre estipulação do mercado imobiliário e a vontade das partes, levando-se ao extremismo de estipularem-se, à mercê das partes, cláusulas de reajustes, condições e critérios”³⁵⁹. Godoy nota que, a partir de tal medida, o eixo se inverteu, passando de um total dirigismo contratual e forte intervenção governamental visando à proteção para o mutuário para uma legislação “desvinculada desses vetores, passando a dar integral remuneração ao capital emprestado, isto é, na proteção do valor do crédito emprestado em benefício da instituição financeira”³⁶⁰. Assim, houve uma inversão da lógica intervencionista de interesse social que caracterizava o SFH. Passava-se agora a adoção de uma postura assumidamente neoliberal pró-mercado. Com isso, a aquisição de imóveis por meio da alienação fiduciária se aproximou bastante da sistemática de aquisição de outros bens para o

³⁵⁷ *Op. cit.*, p. 492.

³⁵⁸ Na alienação fiduciária, o credor tem a propriedade do bem até que seja satisfeita a obrigação, ou seja, a propriedade do credor-fiduciante é resolúvel. Satisfeita a obrigação pelo devedor-fiduciário, é transferida a propriedade a ele; não satisfeita, resolve-se o negócio, consolidando-se a propriedade com o credor-fiduciante. Ou seja, ao contrário da hipoteca, em que a propriedade do bem permanece em poder do devedor, ainda que onerada com garantia real, na alienação fiduciária a propriedade se transmite ao credor, até o advento da condição resolutiva consubstanciada no pagamento integral do crédito.

³⁵⁹ *Op. cit.* p. 56.

³⁶⁰ *Op. cit.*, p. 140.

consumo (notadamente automóveis), que se encontram sob a égide do Decreto-lei n° 911, de 1° de outubro de 1969.

Leonardo sustenta que o SFI uma tripla ampliação das possibilidades: (i) de crédito, (ii) de garantia e (iii) de união de esforços entre fornecedores para oferta de imóveis para consumo. Porém, segundo ele, “por outro lado, indica o afastamento do Estado em sensível parcela do mercado habitacional, abandonando o papel de interventor para assumir um papel de árbitro nessa relação, absolutamente alheio às questões fundamentais do negócio, tais como os riscos da operação”³⁶¹. Para o citado autor, a nova concepção não significa o retorno do clássico liberalismo econômico, mas sim um novo conjunto de noções sobre a autonomia privada, entendida como pressuposto para a livre circulação de bens no mercado, mas que é redimensionada pelo próprio mercado e tem seus limites traçados pelo direito, em especial o direito do consumidor³⁶². Assim, a superação do SFH impõe a adoção da lógica neoliberal, de promoção do livre mercado para o setor habitacional.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza critica a medida por considerar em último lugar a destinação social, “pois o objetivo precípua é novamente o reaquecimento da economia e o avivamento de uma atividade rentável e lucrativa para empreendedores, cooperativas e agentes financeiros, em vez de propiciar e facilitar o exercício da moradia à coletividade”³⁶³. Assim, o SFI facilita a recuperação do bem pelo credor, na medida em que, de acordo com as regras aplicáveis, o devedor somente terá registrado o imóvel em seu nome após a quitação da última parcela e a simples alegação de não pagamento das parcelas autoriza a concessão de ordem judicial liminar de reintegração de posse.

Por outro lado, Robson R. Gonçalves elogia o modelo contratual de alienação fiduciária que, segundo ele, “permitiria uma redução dos prêmios de risco praticados nas operações de financiamento imobiliário, ampliando a potencial redução das taxas de juros”³⁶⁴. No mesmo sentido, para Marcelo Terra a alienação fiduciária atenua “as dificuldades normais encontradas nos tradicionais instrumentos de garantia, oferecendo maior rigor e eficiência na segurança do crédito, principalmente devido ao crescente abalo, pelo Poder Judiciário, ao prestígio da hipoteca como fomentador da garantia do crédito”³⁶⁵. O novo instrumento merece

³⁶¹ *Op. cit.*, p. 91.

³⁶² *Op. cit.*, p. 94.

³⁶³ *Op. cit.*, p. 57.

³⁶⁴ *Op. cit.*, p. 6.

³⁶⁵ *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 23.

ser enaltecido se, de fato, propiciar efeitos benéficos a toda a população, com a redução geral na taxa de juros. Todavia, se é certo que o SFI traz maior segurança ao credor, a consequência econômica deveria ser demonstrada empiricamente, e não meramente alegado. Parece que o argumento de um efeito benéfico automático (uma espécie de mão invisível), carece de evidência concreta no caso.

Em termos institucionais, o SFI não promoveu a criação de órgãos ou entidades públicos necessários à consecução de seus fins, apenas deixando às instituições financeiras a responsabilidade de operar no sistema. No plano institucional, no entanto, a grande inovação da Lei n° 9.514, de 1997, foi a previsão da atuação das companhias securitizadoras de créditos imobiliários, sociedades anônimas não financeiras cujas atividades são revestidas de duas modalidades:

- a) aquisição e securitização³⁶⁶ dos créditos imobiliários, e
- b) emissão e colocação no mercado financeiro e no mercado de capitais dos Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's), um título de crédito nominativo livremente negociado no mercado, contendo promessa de pagamento em dinheiro e de emissão lastreada nos créditos imobiliários adquiridos pela securitizadora³⁶⁷.

Uma das grandes vantagens apontadas pela securitização é a facilitação no giro dos ativos das instituições credoras, permitindo-lhes alavancar suas operações de financiamento, como fator multiplicador de operações de produção e aquisição de imóveis³⁶⁸. Assim, a lei possibilitou que as companhias securitizadoras coloquem sob regime fiduciário os créditos imobiliários que vierem a adquirir e que servirão de lastro aos títulos por elas emitidos.

Na realidade, trata-se de mais uma medida tendente a buscar financiamento privado do mercado habitacional, fortalecendo o sistema financeiro e afastando o Estado na execução direta de políticas públicas destinadas a fornecer moradia às populações de baixa renda. Notadamente, há um rearranjo da posição do Estado, que deixa de ser o provedor financeiro do acesso à moradia, buscando incentivar o mercado privado no fornecimento do financiamento habitacional.

³⁶⁶ A securitização, na definição de Aragão, “é o processo através do qual uma empresa não financeira adquire direitos creditórios e, tendo-os como lastro, emite títulos (valores mobiliários) negociáveis nos mercados financeiro e de capitais” (*Op. cit.*, p. 519).

³⁶⁷ ARAGÃO, José Maria. *Id. ibid.*, p. 493.

³⁶⁸ *Id. ibid.*, p. 520.

Uma outra crítica que se põe ao SFI é a de que, apesar de orientado para uma estrutura autofinanciável mediante a utilização de títulos securitizados em recebíveis imobiliários como fonte geradora de recursos, haveria aporte de recursos do SFH em seu *funding*, tais como letras hipotecárias da CEF lastreadas no SFH e cartas de crédito formalizadas no SFH³⁶⁹. De fato, se o público alvo é diverso do SFH, com regras autônomas e diferenciadas, não faz o menor sentido utilizar-se de seus recursos para compor o novo programa.

As crises que marcaram a economia mundial na segunda metade da década de 1990 (México, Ásia e Rússia) levaram à postergação da implementação do SFI na prática, pois foram ampliados os riscos da securitização. Isto importou na redução do volume do crédito imobiliário e na elevação das taxas de inadimplência³⁷⁰. Leonardo corrobora essa afirmação sob argumento diverso, de que as próprias instituições financeiras adiaram a conclusão dos contratos pelo SFI, reconhecendo que as regras desvantajosas ao mutuário e o elevado percentual de juros proporcionariam uma situação inviável³⁷¹.

Aragão aponta como principais problemas estruturais para a efetiva implementação do SFI: a) o número relativamente baixo das famílias com renda suficiente para habilitar-se a um financiamento imobiliário de longo prazo em condições de mercado, o que também limita o mercado secundário; b) a reduzida participação dos créditos imobiliários nos ativos dos bancos comerciais; e c) o precário funcionamento do judiciário³⁷². Ainda, para o mesmo autor, o SFI não é uma solução para os problemas habitacionais no Brasil, pois suas características são voltadas a atender aos segmentos de classes média e alta, de modo que o estrato da população de baixa renda ainda permanece como de responsabilidade estatal, diretamente ou por meio de recursos do FGTS³⁷³.

Na verdade, a superação do modelo do SFH³⁷⁴, que reunia recursos públicos e privados sob uma mesma orientação, provocou uma dicotomia no segmento do mercado

³⁶⁹ Nesse sentido, BATISTA, Roberto Cavalcanti. Serviços imobiliários: Sistema Financeiro da Habitação, Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, Sistema Hipotecário, Carteira Hipotecária Light, Carta de crédito da CEF – Sistema Sacre. O direito social e o Ministério Público. In: *Revista de direito do consumidor*, n. 26, São Paulo: RT, abril-junho de 1998, p. 190.

³⁷⁰ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 527.

³⁷¹ *Op. cit.*, p. 63.

³⁷² *Op. cit.*, p. 529.

³⁷³ *Op. cit.*, p. 533.

³⁷⁴ É de se lembrar que o SFH, em moldes totalmente diversos da concepção original, permanece vigente até hoje. Ele não foi, assim, substituído pelo SFI ou por outra política habitacional. Tão-somente foi alterado seu arcabouço institucional, de modo que o SFH continua a atender a classe de menor renda, embora em escala menor após a extinção do BNH.

imobiliário com suas políticas definidas segundo essa divisão: a) o segmento “popular” ou de “interesse social” representado pelos estratos da população cujos níveis de renda não são suficientes para pagar o preço de uma habitação que tenha condições essenciais de habitabilidade, ou de ter acesso a um sistema financeiro nas condições de livre mercado; e b) o “segmento de mercado propriamente dito”, constituído pelas famílias de renda média e alta, que preenchem os requisitos exigidos pelo sistema financeiro para a concessão de empréstimo de longo prazo. Para o primeiro segmento, são necessários subsídios governamentais com uma participação direta do poder público na definição e operacionalização da política habitacional. Para o segundo segmento, não haveria a necessidade de subsídios públicos, limitando-se o governo a estabelecer os marcos regulatórios para as políticas fiscal e monetária, deixando aos agentes privados as atividades de produção e comercialização de habitações³⁷⁵. Vasconcelos e Cândido Jr. resumem bem o dilema enfrentado pela política habitacional: “se subsidia, fica comprometida a produção quantitativa de casas; se busca um nível maior de eficiência, fica excluída uma considerável parcela da população dos programas convencionais de habitação popular”³⁷⁶.

Assim, sob ambiente de intensa reivindicação do setor financeiro e de construção civil, foram criados vários instrumentos legais para que o fornecimento de moradias fosse reavivado, desta feita encabeçado pela iniciativa privada. O neoliberalismo que liderou ideologicamente o processo de globalização na década de 1990 privilegiou a liberdade do mercado e reduziu o papel intervencionista do Estado, prestigiando a aceleração do recebimento do crédito na política do setor imobiliário.

Entretanto, o direito à moradia tem que ser o objetivo precípua da política habitacional, e não uma meta meramente secundária às políticas econômicas que prestigiam a financeirização dos contratos de empréstimos imobiliários, sem se preocupar em proporcionar aos mutuários condições para que possam saldar suas dívidas³⁷⁷. Diante disso, a partir de 2000, iniciou-se um processo de identificação e implementação de novas políticas no setor habitacional.

³⁷⁵ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 482.

³⁷⁶ *Op. cit.*, p. 18.

³⁷⁷ Para Sérgio Iglesias Nunes de Souza, “o direito à moradia passou a ser tratado [...] como um problema secundário, tornando-se, pelas atividades e medidas governamentais, interesse exclusivamente econômico, em prejuízo da função social desses contratos, e sobretudo, em manifesta desproteção e desestímulo gradativo do Estado ao direito à moradia” (*Op. cit.*, p 58).

4.7. A busca de novas alternativas

No final da década de 1990, toda uma conjuntura que envolvia a segmentação do mercado financeiro habitacional, com a extinção das sociedades de crédito imobiliário e a criação de bancos múltiplos com carteiras imobiliárias próprias, a concessão de subsídios aos mutuários do SFH que aumentou as obrigações do FCVS, bem como o declínio da participação das cadernetas de poupança no total de recursos captados do setor privado, fez com que os investimentos no setor habitacional ficassem estagnados³⁷⁸. Ainda, o impacto negativo da recessão na construção civil sobre o nível de emprego, agravado com a introdução de novas tecnologias menos dependentes de mão-de-obra, determinou a mudança de rumos na definição de novos mecanismos para mobilizar recursos para financiamento de habitações³⁷⁹.

A partir de 2000, foram retomadas algumas medidas importantes na tentativa de saldar o imenso passivo herdado da extinção do BNH e de superar o déficit habitacional para a população de menor poder aquisitivo, a exemplo do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), do Programa de Subsídio Habitacional (PSH), do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e dos programas de financiamentos com recursos do FGTS.

Pela Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000³⁸⁰, objetivando equacionar o passivo significativo do FCVS, facultou-se aos agentes financeiros do SFH titulares de créditos contra o Fundo, vencidos e vincendos, a possibilidade de substituí-los, mediante novação, por créditos contra o Tesouro Nacional, atendidas outras condições ali estabelecidas. Para induzir que os agentes optassem pela novação, foi determinado que somente aqueles que exercessem a opção poderiam continuar a computar como créditos de operação de financiamento habitacional contra o FCVS, para efeito de atendimento do percentual dos recursos de caderneta de poupança obrigatório para nessas operações. Segundo Aragão, os subsídios *post factum* concedidos por meio do FCVS e pagos por títulos da dívida pública renegociados terão por efeito onerar os cofres públicos pelo prazo de até 30 anos, beneficiando apenas 2.112 mil mutuários, num valor de R\$ 82,1 bilhões, que seria suficiente para construir 3.311 mil habitações populares no PAR³⁸¹.

³⁷⁸ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 483.

³⁷⁹ *Id. ibid.*

³⁸⁰ Conversão da Medida Provisória nº 1.520, de 24 de setembro de 1996, reeditada inúmeras vezes.

³⁸¹ *Op. cit.*, pp. 463-464.

A partir da Medida Provisória n° 2.155, de 22 de junho de 2001³⁸², que instituiu o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais, o FCVS passou a ser de responsabilidade da União, por meio da Empresa Gestora de Ativos (Emgea), empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Fazenda, cuja criação foi autorizada pelo art. 7° da citada MP³⁸³.

De acordo com a Resolução n° 3.005, de 30 de julho de 2002, do Conselho Monetário Nacional, os bancos deveriam destinar 65% dos recursos captados em depósito de poupança para aplicação em financiamentos imobiliários, sendo que, desse valor, 80% deveria ser direcionado a financiamentos do SFH (com taxas de juros limitadas a 12%) e 20% mediante as taxas de mercado. Isto significava que, de todos os recursos captados de poupança no âmbito do SBPE, apenas 52% era o percentual mínimo obrigatório de aplicação no âmbito do SFH. Ocorre que até 2002, era admitida a inclusão das operações dos agentes junto ao FCVS para o cômputo do percentual de aplicações que seriam objeto de recursos captados em no âmbito do SFH. Isto obviamente limitava a aplicação dos recursos para novos financiamentos. Com a citada Resolução n° 3.005, de 2002, o CMN determinou que essas operações fossem excluídas do cômputo do percentual à base de 1% ao mês. Após, em 2004, mediante a Resolução n° 3.177, de 8 de março, o CMN duplicou o ritmo da exclusão para 2% ao mês, obrigando o recolhimento ao Bacen do montante não aplicado. As medidas acarretaram o aumento expressivo de recursos destinados aos financiamentos habitacionais³⁸⁴. Como se vê, as normas do Conselho Monetário Nacional de direcionamento dos recursos da poupança constituem mecanismos importantes de regulação da quantidade de crédito imobiliário a ser disponibilizado no mercado habitacional.

³⁸² Revogada e reeditada por várias vezes, sendo a última a Medida Provisória n° 2.196-3, de 24 de agosto de 2001.

³⁸³ E cujos estatutos foram aprovados pelo Decreto n° 3.848, de 26 de junho de 2001 (hoje Decreto n° 7.122, de 3 de março de 2010).

³⁸⁴ Ocorre que, posteriormente, tais medidas que ampliavam o redirecionamento dos recursos do SBPE foram flexibilizadas pela Resolução n° 3.280, de 29 de abril de 2005, que determinou que os bancos ficavam dispensados da exigência de reduzir em 2% mensais o saldo dos financiamentos do FCVS utilizado para cômputo do percentual de direcionamento obrigatório, desde que o valor dos financiamentos habitacionais superassem em 45% os valores do ano anterior. Posteriormente, ambas as resoluções foram substituídas pela Resolução n° 3.347, de 8 de fevereiro de 2006, que, apesar de ter aumentado o percentual de exclusão para 1/36 avos mensais para cômputo do saldo do FCVS, autorizou várias operações dentro desse cômputo, a exemplo de financiamentos de imóveis a taxas de mercado e de materiais para construção para incorporadoras. Atualmente, o direcionamento dos recursos do SBPE está disciplinado na Resolução n° 3.932, de 16 de dezembro de 2010, que manteve o percentual de exclusão, mas incluiu no cômputo geral do percentual de aplicações outras operações, como os Certificados de Recebíveis Imobiliários (que será tratado adiante).

A Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001³⁸⁵, instituiu o Programa de Arrendamento Residencial (PAR) para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob forma de arrendamento residencial (ou *leasing*) com opção de compra. Até o advento dessa lei, não era permitido o *leasing* para a aquisição de imóvel residencial, mas tão-somente para fins comerciais³⁸⁶. Assim, diante da insuficiência das instituições criadas para atender o público de baixa renda, tal medida veio a cobrir esse vácuo, sob a gestão do Ministério das Cidades e operacionalização da CEF, e mediante recursos provenientes de um fundo criado com bens e direitos adquiridos pelo programa, recursos orçamentários de outros fundos, bem como do FGTS.

O Estatuto das Cidades criou outros instrumentos de acesso ao direito à moradia que não envolvem acesso ao crédito, como por exemplo a concessão de direito real de uso de imóveis públicos no caso de programas e projetos habitacionais de interesse social, que pode ser contratada inclusive de forma coletiva (arts. 4º, inciso V, 'g', § 2º, e 48). Outrossim, o Estatuto permitiu a instituição das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), que constitui um dos mecanismos importantes de regularização fundiária no município, pois integra espaços urbanos clandestinos (favelas, cortiços e loteamentos irregulares) às políticas públicas de interesse social, introduz infraestrutura urbana nesses locais e permite o acesso aos direitos fundamentais a parcelas marginalizadas da sociedade. As ZEIS constituem também o instrumento mais eficaz para evitar despejos forçados, ao garantir a permanência dos grupos que habitam nos assentamentos informais até a regularização da situação.

Além disso, foi editada a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001³⁸⁷, que disciplina a concessão de uso especial para fins de moradia. Por meio desse instrumento, é possível regularizar áreas públicas ocupadas por populações de baixa renda desde 30 de junho de 1996, se atendidos os demais requisitos legais (ocupação ininterrupta e sem oposição, área de até 250 m² de imóvel público situado em área urbana, utilização para moradia própria ou da família e não ser proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural).

³⁸⁵ Conversão da Medida Provisória nº 1.864-5, de 25 de agosto de 1999.

³⁸⁶ De acordo com o previsto na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974. O contrato de *leasing* nada mais é do que um contrato de locação acoplado com um contrato de opção de compra e venda no final do contrato. Ou seja, no final do contrato, o locatário pode optar por adquirir o imóvel, continuar com a locação ou ainda devolvê-lo ao arrendador.

³⁸⁷ Com o objetivo de substituir os arts. 15 a 20, vetados na redação original aprovada pelo Congresso Nacional do Estatuto das Cidades.

Por seu turno, o Estatuto das Cidades conferiu competência à União para “promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” e para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (arts. 3º, III e IV). Como anota Viola, o Estatuto da Cidade “é um importante instrumento legislativo para solucionar muitos dos problemas relacionados com o desenvolvimento urbano, especialmente voltado ao direito de moradia”³⁸⁸.

Atualmente, a política habitacional na esfera federal é coordenada pelo Ministério das Cidades, criado pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, ao qual incumbe a promoção da Conferência Nacional das Cidades. Trata-se de um fórum permanente de debates e avaliação acerca dos problemas urbanísticos que tem por objetivo colher a participação de toda a sociedade civil na concepção da política de desenvolvimento urbano. Além disso, como resultado da primeira conferência, realizada em 2003, foi criado o Conselho Nacional das Cidades, órgão colegiado paritário composto de setores governamentais e da sociedade civil, subordinado à estrutura do Ministério das Cidades, que tem por competência realizar estudos, propor encaminhamentos, assessorar, deliberar e fiscalizar no tema desenvolvimento urbano.

Na estrutura do Ministério das Cidades, há a Secretaria Nacional de Habitação, competente pela gestão das ações e programas federais destinados à efetivação do direito à moradia, que são executados ou operados pela CEF. Ela é responsável pelos seguintes projetos: a) carta de crédito, nas seguintes modalidades: individual, que financia, para pessoas físicas, a aquisição de imóvel novo ou usado, a construção em terreno próprio e a reforma de moradias, beneficiando famílias com renda mensal de até 12 salários mínimos; e associativo, que disponibiliza a associações de beneficiários, com renda mensal de até 20 salários mínimos, financiamento para a construção de moradias; b) Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH), que financia a aquisição de moradia para famílias com renda inferior a R\$ 1.000,00; c) o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), já citado; d) Morar Melhor, que mediante financiamento produz moradias e urbaniza áreas, beneficiando grupos de famílias com renda mensal de até 3 salários mínimos que vivem em zonas urbanas ou rurais, e complementarmente, financia a compra de material de construção; e) Programa de Atendimento Habitacional através do Poder público (ou Pró-moradia), que beneficia famílias com renda mensal de até 3 salários

³⁸⁸ *Op. cit.*, p. 336.

mínimos, financiando obras e serviços que visem à melhoria na qualidade das moradias, infraestrutura e saneamento básico, utilizando recursos do FGTS, que são emprestados a Estados, Municípios e Distrito Federal; e f) Habitar Brasil-BID (HBB), que financia, com recursos do orçamento-geral da União e do Banco Interamericano de Desenvolvimento, com contrapartida dos Estados, Distrito Federal e Municípios de regiões metropolitanas, preferencialmente programas integrados de habitação, saneamento, infraestrutura, trabalho social, cursos profissionalizantes e geração de trabalho e renda para famílias com renda de até 3 salários mínimos mensais³⁸⁹.

Outro programa importante é o crédito solidário, destinado a famílias com renda de até 5 salários mínimos, organizadas em forma de cooperativas, selecionadas pelo Ministério das Cidades, cujos recursos podem ser utilizados na compra de terreno e de material de construção, na edificação da moradia, na reforma de prédios antigos e regularização fundiária de habitações³⁹⁰.

Aragão destaca a ênfase da política habitacional do Ministério das Cidades no atendimento das famílias de renda mais baixa (até 3 salários mínimos), pela adoção de maior disponibilidade de recursos a fundo perdido alocados pelo governo federal, constituído nos programas acima³⁹¹.

A Medida Provisória n° 2.212, de 30 de agosto de 2001, criou o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH), com o objetivo de “tornar acessível a moradia para os segmentos populacionais de renda familiar alcançados pelos programas de financiamentos habitacionais de interesse social”. A Lei n° 10.998, de 15 de dezembro de 2004³⁹², reformulou o programa, ampliando seu alcance para operações de parcelamento³⁹³. O programa³⁹⁴ tem por objetivo complementar a capacidade financeira do beneficiário ou o valor necessário para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das operações, mediante subsídios para famílias com renda mensal de até R\$ 740,00. O programa é gerido pelo Ministério das

³⁸⁹ Fonte: Ministério das Cidades (<www.cidades.gov.br> Acesso em 24 de janeiro de 2012, 19:12 hs).

³⁹⁰ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 447.

³⁹¹ *Op. cit.*, p. 450.

³⁹² Conversão da Medida Provisória n° 200, de 20 de julho de 2004.

³⁹³ Assim consideradas aquelas caracterizadas “no mínimo, pelo aporte de recursos financeiros, bens ou serviços, provenientes de órgãos e entidades responsáveis pela promoção dos empreendimentos necessários à composição do pagamento do preço de imóvel residencial, passíveis de retorno, parcial ou integral, pelos beneficiários finais das operações” (art. 2º, II).

³⁹⁴ Que foi regulamentado pelo Decreto n° 5.247, de 19 de outubro de 2004.

Cidades e operado pela CEF constituindo de um subsídio com recursos do Orçamento-Geral da União³⁹⁵.

Desde 2002, a CEF obteve um repasse de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), para financiar a produção de imóveis novos. Dentre outras, essa fonte alternativa de recurso é destinada ao financiamento para a aquisição de materiais de construção (o programa chamado Construcard), pelo qual a CEF financia a compra de materiais para a construção, ampliação ou reforma de habitações, por meio da utilização de um cartão magnético aceito por fornecedores previamente cadastrados³⁹⁶.

Importa citar que o Estatuto do Idoso, no seu art. 38, estabelece algumas prioridades aos idosos nos programas habitacionais para aquisição de moradia própria, dentre elas, a) reserva de pelo menos 3% das unidades habitacionais para atendimento aos idosos, b) implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso, c) eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas como garantia de acessibilidade, d) critérios de financiamento proporcionais compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão, e e) unidades residenciais reservadas preferencialmente no pavimento térreo.

A Lei n° 10.931, de 2 de agosto de 2004³⁹⁷, adequou as letras hipotecárias às disposições da Lei n° 9.514, de 1997, agora sob a denominação Letras de Crédito Hipotecário (LCI), criando, ademais, a Cédula de Crédito Imobiliário (CDI), regulada nos arts. 18 a 25 da lei. A LCI e a CDI admitem como lastro a alienação fiduciária e outros tipos de garantia, podendo a última ser emitida, além dos bancos, por empresas construtoras e incorporadoras.

Outra importante inovação dessa lei foi a instituição do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, pela qual a incorporadora pode constituir um patrimônio autônomo, separado do patrimônio do incorporador, protegido da eventual insolvência deste. Os condôminos estarão resguardados de eventuais problemas financeiros de outros empreendimentos do mesmo incorporador, ficando responsáveis apenas por compromissos relacionados com seu próprio empreendimento. Assim, créditos preferenciais de dívidas do incorporador, tais como trabalhistas e fiscais, não poderão ser mesclados com as de outros grupos do incorporador, tendo cada empreendimento um patrimônio e uma contabilidade autônoma. Como a adoção do

³⁹⁵ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, pp. 447-448.

³⁹⁶ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 435.

³⁹⁷ Que revogou e substituiu a Medida Provisória n° 2.223, de 4 de setembro de 2001, mantendo, contudo, o seu conteúdo principal.

patrimônio de afetação é facultativa, foram previstos estímulos fiscais para aumentar a sua utilização.

A Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, resultante de aprovação de projeto de lei de iniciativa popular, criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), com o objetivo de centralizar todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social, que contemplam uma variada gama de ações³⁹⁸. Os benefícios envolvem desde subsídios financeiros destinados a complementar a capacidade de pagamento das famílias beneficiárias, até equalização de operações de crédito e isenção ou redução de impostos municipais e estaduais, sendo que os valores dos benefícios são inversamente proporcionais à capacidade de pagamento das famílias. O programa tem como público alvo as famílias com renda de até 3 salários mínimos, o que representaria mais de 80% do déficit habitacional brasileiro³⁹⁹. O FNHIS é constituído basicamente por recursos públicos provenientes de fundos públicos e do orçamento-geral da União, embora haja previsão de novas fontes complementares de custeio, a exemplo de empréstimos externos e internos e até doações.

De toda a conjuntura citada observa-se que a partir da década de 2000, houve uma reestruturação no rumo da política habitacional. Restou evidenciada a insuficiência das regras pró-mercado criadas no final da década de 1990, pois não ocorreu o aumento automático das operações e dos recursos disponíveis, como se previa. Tampouco as classes mais necessitadas foram beneficiadas com essas regras. O imenso passivo herdado pelo FCVS ainda atormentava as autoridades, mas medidas importantes foram tomadas para enfrentar o problema, com a renegociação e redimensionamento da dívida. Novos mecanismos, tais como a utilização das normas de direcionamento da aplicação de recursos de poupança, produziram resultados bastante expressivos em termos de aumento de recursos destinados ao setor. A retomada da condução da política habitacional foi marcada pela estabilização institucional da competência federal centrada no Ministério das Cidades. E, sob o influxo da nova concepção urbanística trazida pelo Estatuto

³⁹⁸ Tais como: a) aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais; b) produção de lotes urbanizados para fins habitacionais; c) urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária e urbanística de áreas caracterizadas de interesse social; d) implantação de saneamento básico, infra-estrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas habitacionais de interesse social; e) aquisição de materiais para construção, ampliação e reforma de moradias; e) recuperação ou produção de imóveis em áreas encortiçadas ou deterioradas, centrais ou periféricas, para fins habitacionais de interesse social; e f) outros programas e intervenções na forma aprovada pelo Conselho Gestor do FNHIS.

³⁹⁹ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 451.

das Cidades, o estímulo à descentralização e à participação social trouxe um alento ao setor, com o estabelecimento de políticas adequadas à realidade social. O retorno dos investimentos públicos no setor foi gradual, com o estabelecimento de várias políticas importantes pulverizadas num manancial de programas, muitos dos quais destinados à população de baixa renda. Todavia, um fator exógeno provocou a mudança mais expressiva.

4.8. Programa ‘Minha Casa Minha Vida’

O déficit habitacional continuava crescendo, sem que o setor privado fosse capaz de atender à demanda por moradias ao segmento de população de baixa renda. A taxa de juros de mercado somente poderia ser paga por uma classe que possuísse algum poder aquisitivo para tornar a atrair investimentos do mercado financeiro. Conforme explicitado acima, a experiência demonstrou que, se a política habitacional for meramente indutiva ao setor privado, parcelas significativas da população de baixa renda não serão atendidas. Como visto nos itens anteriores, algumas iniciativas em meados da década de 2000 davam mostras do esgotamento do modelo neoliberal, com o retorno dos investimentos públicos no setor habitacional, ainda que de forma tímida. A conjuntura internacional, contudo, conduziu a que o setor público brasileiro, mais uma vez, tivesse de intervir ativamente, desta feita em escala maior, suprimindo a deficiência de investimentos privados no setor de baixa renda.

A crise financeira global que se iniciou em meados de 2008 - e ainda hoje são sentidos seus efeitos - tem sua origem mediata no fornecimento de crédito imobiliário indiscriminado na modalidade denominada *subprime* nos Estados Unidos da América, que proporcionou uma bolha especulativa imobiliária sem precedentes na história mundial. A massificação dos empréstimos a minorias, incrementada pelo *Community Reinvestment Act*, possibilitou a clientes que possuíam renda baixa, por vezes de difícil comprovação, e com histórico de inadimplência, o acesso às hipotecas *subprime*. Por igual, a crise está imediatamente vinculada à proliferação de ativos financeiros derivativos securitizados nessas hipotecas “podres”, em pacotes de engenharia financeira que mascararam os problemas, mas a sua gênese tem por substrato contratos de financiamento imobiliário. O resultado foi que a total falta de transparência na formação desses ativos gerou uma grave crise global, pois foram eles

negociados no mercado financeiro com total desconhecimento e desinformação da extensão da sua vinculação com essas hipotecas. As más práticas de crédito imobiliário nos EUA que contaminaram investidores e tomadores de empréstimo do resto do mundo causaram perturbações nos mercados financeiros globais que se alastraram na denominada economia real. Os problemas na concessão de crédito, na formação de derivativos e na exagerada alavancagem financeira dos ativos deixaram evidente que a capacidade regulatória não foi suficiente, gerando uma crise de confiança que atravancou o mercado de crédito⁴⁰⁰.

Como parte do programa para combater os efeitos da crise internacional de 2008, o governo federal lançou, por meio da Lei n° 11.977, de 7 de julho de 2009⁴⁰¹, o plano nacional de habitação denominado “*Programa Minha Casa, Minha Vida*” (PMCMV), cujo objetivo inicial era criar um milhão de novas moradias, com acesso de famílias brasileiras de baixa renda (até 10 salários mínimos) à casa própria. O programa seria implementado mediante a disponibilização de R\$ 34 bilhões para a construção e financiamento de casas populares, sendo a maioria desses recursos provenientes do orçamento-geral da União.

Assim, a medida anticíclica visava, de um lado, à manutenção do ritmo da atividade econômica, dotando a economia de mecanismos que superassem as restrições impostas ao crédito no contexto de um novo cenário econômico internacional. De outro, objetivava garantir a melhoria da qualidade de vida da população, principalmente de baixa renda, em razão do déficit habitacional se concentrar nesse segmento da população, que sempre tem maior dificuldade de acesso a financiamentos pela ausência de mecanismos de comprovação de renda⁴⁰².

Segundo dados da Pnad/IBGE de 2007, 90,9% do déficit habitacional do país se concentrava na faixa de renda de até três salários mínimos e, em razão disso, o plano previa subsídio maior para famílias incluídas nessa faixa de rendimentos. Foram ainda estabelecidas

⁴⁰⁰ Existem vários estudos sobre as causas e consequências da crise financeira mundial de 2008, inclusive analisando seus reflexos jurídicos, como por exemplo: FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. In: *Revista Direito GV*, v. 5, n. 2, julho-dezembro de 2009; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Crise financeira mundial: tempo de socializar os prejuízos e ganhos. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 48, n. 78, julho-dezembro, 2008. Sobre o aspecto econômico, ver em especial, KRUGMAN, Paul. *A crise de 2008 e a economia da depressão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁴⁰¹ Conversão da Medida Provisória n° 459, de 25 de março de 2009. Os críticos do programa enaltecem o caráter populista e eleitoral do programa, editado no final do 2° governo do Presidente Lula, com uma solução financeira, sem se atentar para o planejamento urbano, a exemplo de PRADO, Luiz. *Op. cit.*

⁴⁰² É curioso notar que o fenômeno de expansão do crédito habitacional nos Estados Unidos foi uma das *causas* da crise financeira global, enquanto que uma política semelhante de massificação do crédito imobiliário foi adotada no Brasil à guisa de *combate* aos efeitos da mesma crise.

faixas de subsídios de acordo com a capacidade de pagamento das famílias. Entretanto, alguns autores não percebem o diferencial do programa em relação às políticas passadas. Para Fernando Sá, por exemplo, os “ideais e ideias do novo programa [referindo-se ao PMCMV] confundem-se com as linhas programáticas do Sistema Financeiro da Habitação”⁴⁰³.

Os Programas Nacionais de Habitação Urbana e Rural⁴⁰⁴ estabelecem critérios para prover recursos orçamentários mediante subvenção econômica para complementar a capacidade de pagamento do mutuário de baixa renda na aquisição da unidade habitacional, em benefício que é concedido uma única vez, em conjunto com os descontos dos recursos provenientes do FGTS. O Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) é constituído de quatro ações: a) Financiamento com recursos do FGTS; b) Fundo de Arrendamento Residencial (FAR); c) Fundo de Desenvolvimento Social (FDS); e d) Oferta Pública de Recursos.

O Financiamento com recursos do FGTS é destinado ao atendimento a famílias com renda mensal de até R\$ 3,1 mil e o subsídio com recursos orçamentários corresponde a um desconto sobre o valor da aquisição ou da construção. O valor do subsídio é calculado em função da aplicação de três critérios: a) localização do imóvel objeto da operação, de forma diretamente proporcional aos municípios de grande porte, capitais estaduais e regiões metropolitanas; b) beneficiário, de acordo com a faixa de renda familiar, de forma inversamente proporcional ao desconto concedido; e c) a modalidade operacional do crédito, separada em grupos, de modo que a maior parcela de desconto seja absorvida para a aquisição e produção de imóveis novos⁴⁰⁵.

O Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) atende famílias com renda mensal de até R\$ 1,6 mil e se destina à aquisição de imóveis de valor limitado a R\$ 65 mil, com transferência de recursos orçamentários da União, de acordo com projetos de empreendimentos elaborados pelos Municípios, Distrito Federal ou Estados que assinarem termo de adesão ao programa e apresentarem contrapartida⁴⁰⁶.

⁴⁰³ O seguro de crédito obrigatório no Sistema Financeiro da Habitação e no Programa “Minha Casa Minha Vida”. In: *Revista Jurídica Empresarial*, v. 3, n. 13, março-abril de 2010, p. 72.

⁴⁰⁴ Criados pela Lei n° 11.977, de 2009, e previstos nos arts. 4° a 10 (PNHU) e 11 a 17 (PNHR), respectivamente, como os programas de implementação do PMCMV.

⁴⁰⁵ O valor do desconto subsidiado na operação não ultrapassa R\$ 23 mil para operações de carta de crédito nos municípios situados em regiões metropolitanas e de beneficiário com renda familiar de até R\$ 1,6 mil, de acordo com o item 5.3 da atual regulamentação – Instrução Normativa n° 32, de 21 de julho de 2011, do Ministério das Cidades, editada de acordo com os parâmetros definidos pela Resolução n° 460, de 14 de dezembro de 2004, do Conselho Curador do FGTS (em especial item 9.4 do Anexo II).

⁴⁰⁶ O programa é atualmente regulamentado pela Portaria n° 465, de 3 de outubro de 2011, do Ministério das Cidades.

O Fundo de Desenvolvimento Social (FDS) se destina a atender famílias com renda mensal de até R\$ 1,6 mil, por meio de financiamentos concedidos com recursos do orçamento-geral da União a pessoas físicas organizadas em entidades sem fins lucrativos (cooperativas habitacionais ou mistas, sindicatos, associações, etc.) que visem à produção, aquisição ou requalificação de imóveis urbanos. As entidades organizadoras definem os beneficiários dentro da faixa preconizada pelo programa, apresentam os projetos ao Ministério das Cidades e, se selecionados, os beneficiários receberão o financiamento. O desconto no financiamento será variável de acordo com a capacidade de pagamento dos beneficiários, sujeitando-os ao pagamento de prestações mensais correspondentes a 10% da renda familiar mensal bruta ou R\$ 50,00, o que for maior, pelo prazo de 10 anos⁴⁰⁷.

A Oferta Pública de Recursos atende a famílias com renda mensal de até R\$ 1,6 mil em municípios com população de no máximo 50 mil habitantes, mediante concessão de subvenção econômica de até R\$ 25 mil por beneficiário. O benefício é concedido após aprovação de proposta de instituição financeira ou agente financeiro habilitado, de acordo com cotas de beneficiários estipulados por região⁴⁰⁸.

O Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR) tem por objetivo subsidiar a produção ou reforma de imóveis, com custo de edificação não superior a R\$ 10 mil, para agricultores familiares e trabalhadores rurais cuja renda familiar anual bruta não ultrapassa R\$ 60 mil, mediante aporte de contrapartida equivalente a 4% do valor repassado⁴⁰⁹.

O PMCMV objetivou permitir aos agentes financeiros a mitigação do risco de lhes serem impostas condições que aviltem o valor do capital emprestado, mediante o afastamento de imposições judiciais que desrespeitem princípios previamente acordados pelas partes, reduzindo, em consequência, o *spread* bancário sem impor ônus aos mutuários. O objetivo foi “resgatar a segurança jurídica dos empréstimos e financiamentos realizados pelo SFH e, ainda, coibir o fortalecimento da ‘indústria’ de liminares”, segundo a exposição de motivos da MP.

A MP também trouxe inovação importante relativa ao seguro habitacional. Anteriormente, todos os contratos de financiamento imobiliário deveriam, obrigatoriamente,

⁴⁰⁷ O programa é regulamentado pela Resolução nº 141, de 10 de junho de 2009, do Conselho Curador do FDS.

⁴⁰⁸ Atualmente, o programa é regulamentado pela Portaria Interministerial nº 531, de 10 de novembro de 2011, dos Ministérios das Cidades, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

⁴⁰⁹ Regulamentado pela Portaria Interministerial nº 326, de 31 de agosto de 2009, dos Ministérios das Cidades e da Fazenda.

contratar a cobertura securitária⁴¹⁰. Até então, só havia a cobertura da Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH-SFH), cujo equilíbrio financeiro era garantido pelo FCVS. Posteriormente, a partir da edição da Medida Provisória nº 1.671, de 24 de junho de 1998⁴¹¹, foi facultado aos agentes financeiros utilizarem apólices de mercado⁴¹². Assim, cada agente financeiro, mediante livre ajuste das cláusulas do contrato de financiamento imobiliário, passou a contratar com seguradora de sua livre escolha, na condição de estipulante e beneficiário direto, uma apólice de seguro. Isso limitava a livre escolha dos mutuários, que não podiam optar por qualquer seguradora que operasse no mercado, o que configurava inclusive venda casada das instituições financeiras que operavam no sistema, estimulando aumento de preços e prejudicando a livre concorrência do setor⁴¹³. Assim, foi alterado tal dispositivo pelo art. 35 da MP, possibilitando a livre escolha da cobertura securitária pelo mutuário, devendo o agente financeiro, contudo, em qualquer caso, ofertar a apólice de seguro habitacional do SFH.

Ocorre que a Medida Provisória nº 478, de 29 de dezembro de 2009, extinguiu a Apólice do SH-SFH, proibindo a contratação de seguro para operações de financiamento imobiliário com equilíbrio assegurado pelo FCVS. Porém, a referida medida provisória perdeu a eficácia em razão de decurso de prazo de vigência, mas não houve qualquer solução legal satisfatória para a questão. Assim, até 31 de dezembro de 2009, o FCVS garantia o equilíbrio permanente do SH/SFH em nível nacional. Assim, contrariando cláusulas contratuais, 450 mil contratos de financiamento que se encontravam na Apólice do SH/SFH estavam sem nenhuma cobertura, pois não havia nenhuma entidade habilitada para concedê-la, o que expôs o FCVS, antigo garantidor do SH/SFH, a uma avalanche e ações judiciais. Na inexistência de cobertura securitária, os segurados deveriam optar pela migração para apólices de mercado para preservar a

⁴¹⁰ De acordo com a previsão da Lei nº 7.682, de 2 de dezembro de 1988 (conversão da Medida Provisória nº 14, de 3 de novembro de 1988, que alterou o Decreto-lei nº 2.406, de 5 de janeiro de 1988). Os contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do referido seguro contavam com a cobertura securitária para os sinistros de Morte e Invalidez Permanente (MIP), de Danos Físicos aos Imóveis (DFI) e de Responsabilidade Civil do Construtor (RCC). As seguradoras que operavam o SH/SFH neste modelo não realizavam atividade típica de seguro, mas eram somente prestadoras de serviços do Seguro Habitacional para regulação dos sinistros. Todo o risco da operação era do FCVS, e, por conseguinte, da União. Mesmo sendo um seguro atípico e apresentando sistemática operacional e regulamentar ineficiente, o SH/SFH, para os maiores interessados, os mutuários do SFH sinistrados, cumpria o seu objetivo: indenizava as ocorrências de morte e invalidez e de responsabilidade civil e recuperava os imóveis nas ocorrências de danos físicos.

⁴¹¹ O que foi mantido por todas as suas reedições, sendo a última a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001, ainda em vigor.

⁴¹² Assim consideradas aquelas estabelecidas por seguradores privados com cláusulas livremente pactuadas, desde que prevendo, no mínimo, a cobertura dos riscos de morte e de invalidez permanente do mutuário (art. 2º).

⁴¹³ O STJ reconheceu essa prática como venda casada no REsp 969.129-MG, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 09-12-2009, 2ª Seção.

garantia do contrato de financiamento imobiliário. No entanto, essa migração causaria ônus aos mutuários, que teriam dificuldades na contratação de seguro, por se tratar de contratos antigos em sua maioria, com risco de sinistralidade maior e, por essa razão, sujeitos a prêmios mais altos do que aqueles previstos na extinta Apólice do SH/SFH. Assim, havia grandes riscos de que não houvesse seguradoras interessadas, vez que o modelo de gestão era ultrapassado, sujeito a fraudes administrativas e judiciais, e vinha sendo constantemente questionado por todos os entes operadores, principalmente, pelas seguradoras envolvidas. Outrossim, essa medida iria de encontro à evolução histórica e ao desenvolvimento do mercado segurador, que apontavam para a desnecessidade de manutenção de apólice com garantia pública para o setor habitacional. Por essa razão, de forma a não prejudicar os mutuários que possuíam direito ao pagamento de indenização e permitir a recuperação de direitos do SH/SFH pelo FCVS, veio a Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011⁴¹⁴, que autorizou o FCVS a assumir direitos e obrigações do SH/SFH, oferecendo cobertura direta a contratos de financiamento habitacional averbados na Apólice do SH/SFH.

Além disso, o PMCMV criou o Fundo Garantidor da Habitação Popular (FGHab), que tem por finalidades: a) garantir o pagamento aos agentes financeiros de prestação mensal de financiamento habitacional, no âmbito do SFH, devida por mutuário final, em caso de desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento; e b) assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário, em caso de morte e invalidez permanente, e as despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel (art. 17). Assim, o FGHab tem por fim garantir o agente financeiro com mecanismos necessários para que o construtor ou incorporador dê continuidade ao empreendimento no caso de infortúnios com os mutuários.

O PMCMV, contudo, não se restringiu ao mecanismo de crédito. Foram introduzidas importantes alterações no sistema de registro de imóveis, com a adoção do registro eletrônico nos Serviços de Registro de Imóveis (arts. 40-44), a redução de custas e emolumentos na elaboração das escrituras e registros de empreendimentos ou imóveis adquiridos ou financiados no âmbito do PMCMV (arts. 46-47), a padronização na abertura das matrículas das incorporações imobiliárias (arts. 45 e 48) e a restrição do envio e do acesso às informações na internet às pessoas detentoras de assinatura digital (art. 48). Além disso, o programa trouxe inovações no que tange ao procedimento de regularização fundiária de assentamentos urbanos, objetivando torná-la mais

⁴¹⁴ Conversão da Medida Provisória nº 513, de 26 de outubro de 2010.

célere e efetiva, permitindo uma melhor gestão ambiental das áreas ocupadas por populações de baixa renda sem planejamento prévio⁴¹⁵.

Como meio de dar maior efetividade e abrangência ao programa, as Leis n^os 12.024, de 27 de agosto de 2009⁴¹⁶, e 12.350, de 20 de dezembro de 2011⁴¹⁷, conferiram benefícios fiscais a empresas de construção que se dediquem à incorporação de imóveis residenciais de interesse social no âmbito do PMCMV.

A Lei n^o 12.249, de 11 de junho de 2010⁴¹⁸, estruturou algumas mudanças no PMCMV e criou o Cadastro Nacional de Pessoas Físicas e Jurídicas Impedidas de Operar com os Fundos e Programas Habitacionais Públicos ou Geridos por Instituição Pública e com o Sistema Financeiro da Habitação (CNPI). O cadastro visa a preservar os direitos dos adquirentes de imóveis no tocante à qualidade dos imóveis construídos ou financiados no âmbito dos fundos e programas habitacionais voltados à habitação de interesse social. Nele podem ser incluídos construtores e sociedades construtoras que se recusarem a assumir o ônus da recuperação do imóvel que, previamente vistoriado, acuse vício de construção, ou por não cumprirem suas obrigações contratuais no tocante a prazos estabelecidos para entrega da obra (art. 47).

O PMCMV foi reestruturado na sua segunda fase (o chamado “Minha Casa, Minha Vida 2”), com a meta de promover a produção, aquisição, requalificação e reforma de mais dois milhões de unidades habitacionais, a partir de 1^o de dezembro de 2010 até 31 de dezembro de 2014⁴¹⁹. Por meio da Lei n^o 12.424, de 16 de junho de 2011⁴²⁰, o PMCMV foi reformulado, passando a constituir o escopo da norma não só a produção e aquisição de novas unidades habitacionais, mas também a requalificação de imóveis urbanos⁴²¹ e a produção ou reforma de habitações rurais.

Na redação da conversão em lei aprovada pelo Congresso Nacional, o público alvo também foi alterado, pois o programa passou a prever como beneficiárias famílias com renda

⁴¹⁵ Segundo o art. 50 da Lei, “[a] regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos urbanos e a titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

⁴¹⁶ Conversão da Medida Provisória n^o 460, de 30 de março de 2009.

⁴¹⁷ Conversão da Medida Provisória n^o 497, de 27 de agosto de 2010.

⁴¹⁸ Conversão da Medida Provisória n^o 472, de 15 de dezembro de 2009.

⁴¹⁹ Art. 82-B, inserido na Lei n^o 11.977, de 2009.

⁴²⁰ Conversão da Medida Provisória n^o 514, de 1^o de dezembro de 2010.

⁴²¹ Assim considerada a “aquisição de imóveis conjugada com a execução de obras e serviços voltados à recuperação e ocupação para fins habitacionais, admitida ainda a execução de obras e serviços necessários à modificação de uso” (art. 1^o, parágrafo único, IV).

mensal de até R\$ 4.650,00, remetendo ao Poder Executivo a fixação dos limites de faixa de renda aplicáveis às modalidades operacionais, desde que observado o teto de 10 salários mínimos. Hoje, o PMCMV está regulamentado pelo Decreto nº 7.499, de 16 de junho de 2011, que estipulou o teto da renda mensal familiar em R\$ 5.000,00.

Visando a impedir fraudes ou desvirtuamento da proposta original, a alteração passou a vedar, no âmbito do PNHU e PNHR, subrogações contratuais que permitam a transferência das subvenções concedidas, determinando dessa forma que o benefício seja concedido uma única vez, não só por cidadão, mas também por imóvel (§ 1º dos arts. 6º e 13). A quitação antecipada do financiamento concedido mediante subvenção importará no pagamento total da dívida, sem a subvenção, ficando neste caso o mutuário impedido de proceder a transferência *inter vivos* sem a quitação, considerando nulos os atos em desacordo com tal proibição (art. 6º, § 4º, I e II, e § 5º).

Além disso, a alteração objetivou aperfeiçoar os programas de regularização fundiária de assentamentos urbanos, superando alguns de seus entraves operacionais e esclarecendo pontos específicos, em especial as normas relativas ao registro imobiliário.

Recentemente, o Ministério das Cidades publicou a Portaria nº 610, de 26 de dezembro de 2011, estabelecendo os novos parâmetros de priorização, as condições e procedimentos para a seleção dos beneficiários do PMCMV no âmbito do PNHU. De acordo com a nova regulamentação, foram estabelecidas cotas para idosos e deficientes físicos na seleção dos candidatos a beneficiários do programa. Conforme os itens 5.2 e 5.6 do anexo da citada Portaria, deverão ser reservadas, no mínimo, 3% das unidades habitacionais para o atendimento aos idosos e, para os deficientes físicos, pelo menos 3% das unidades habitacionais de cada empreendimento, salvo se houver percentual superior fixado em legislação municipal ou estadual. Além disso, foram mantidas como prioridades no critério de seleção famílias residentes em áreas de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas e famílias com mulheres responsáveis pela entidade familiar (item 4.1).

Como se vê, tendo como pano de fundo a crise mundial de 2008, o PMCMV representa o retorno dos investimentos do poder público no setor habitacional em escala até então inédita no Brasil, considerando os recursos públicos disponibilizados e as metas ambiciosas do programa. O programa importa talvez um marco mais importante: a consolidação da mudança do eixo da política habitacional brasileira, deslocando-se mais uma vez a sua centralidade para o poder público, como líder e principal investidor no fornecimento de moradias para o segmento de

baixa renda, em substituição ao setor privado, que provou não conseguir por si só atender à parcela mais necessitada da população.

4.9. Análise empírica: PMCMV x direito à moradia

Ao cabo da análise histórica aqui empreendida, a conjuntura sociojurídica e econômica deve ser cotejada com elementos concretos quantificáveis, na linha do que propugna a AJPE, que ponderem a correção e a efetividade da política habitacional na promoção do direito à moradia.

Para fim do presente estudo, optou-se por adotar um corte temporal metodológico com o objetivo de avaliar se a última política federal de maior expressão no setor habitacional, o PMCMV, tem potencial de propiciar melhoria nos padrões de fruição do direito à moradia. Com efeito, são muitos os estudos, com conclusões por vezes antagônicas entre si, que tratam da eficácia do SFH, principalmente na época do BNH, de modo que o assunto parece ter sido esgotado - ou, no mínimo, ele perdeu a sua relevância atual. Entretanto, o valor do estudo histórico da política habitacional brasileira se situa no plano de conhecimento dos acertos e equívocos do passado, procurando conduzir a análise no sentido de não se repetir os erros cometidos e otimizar as boas práticas⁴²².

Pelo instrumental analítico da AJPE, para avaliar a efetividade da política habitacional atual na melhoria da fruição do direito à moradia, seria necessário colher elementos a respeito de segurança pública, de acesso a serviços básicos (água, esgoto, energia elétrica), transporte público, além de outros fatores que poderiam ser agregados à pesquisa empírica. Com base em tais dados, que constituem a decomposição analítica do direito à moradia, poderiam ficar evidenciados alguns elementos para se chegar a um índice de fruição empírica (IFE) do direito, que por sua vez poderia ser comparado a um padrão de validade jurídica (PVJ) adotado por alguma instituição internacional que se ocupe de estudar a fruição do direito à moradia em nível global. Todavia, os elementos da decomposição analítica do direito à moradia, nos dados oficiais existentes, não dialogam com a perspectiva da integração das políticas públicas de segurança,

⁴²² Neste sentido, Cláudio Hamilton M. dos Santos: “A experiência dos erros e acertos do SFH até hoje repercute na discussão acerca da questão habitacional brasileira, de modo que a análise de seu desenho e de sua evolução constitui-se em insumo fundamental para o entendimento do debate atual acerca do tema” (*Op. cit.*, p. 7).

saneamento básico, universalização de serviços públicos, transporte, legalização fundiária, etc., de modo a propiciar uma análise cabal da fruição do direito à moradia.

Ademais, a política de crédito imobiliário, objeto específico do presente estudo, somente tem por preocupação um aspecto do direito à moradia, qual seja, o de propiciar os recursos e os meios necessários à aquisição da casa própria à população. O crédito imobiliário, embora possa ser direcionado somente a habitações que possuem condições mínimas de segurança e salubridade, não possui, sob as políticas habitacionais recentes, interface com a qualidade da moradia, pois a preocupação central é prover o acesso à propriedade de uma residência ao mutuário que, por seu turno, será objeto de moradia. Assim, o aspecto da política aqui focalizado diz respeito ao seu eventual êxito em promover, em relação a pessoas que não seriam atendidas pelas regras da oferta e demanda no mercado imobiliário privado, melhorias na condição de acesso à aquisição da propriedade imobiliária, onde será exercido o direito à moradia.

De outro lado, por óbvio, o aspecto quantitativo, no aumento do número de operações de financiamento e, portanto, de proprietários, em relação à proporção de pessoas que não dispõem casa própria, reflete um dado importante que sugere o sucesso da política habitacional de acesso ao crédito. A quantidade de unidades produzidas ou comercializadas (oferta) no mercado, sem dúvida, é um fator relevante, se considerado com a demanda potencial (déficit habitacional). Todavia, com tal inferência, não é possível mensurar a faceta qualitativa dessas habitações, ou seja, o nível de fruição do direito à moradia, em função de sua decomposição em diversos itens prestacionais que servem a residência adquirida.

Na impossibilidade de se medir empiricamente o aspecto qualitativo da fruição do direito à moradia, o que importaria na apropriação de dados oficiais confiáveis a respeito dos diversos componentes prestacionais, como preconizado pela AJPE, adota-se para o fim desse estudo uma análise meramente quantitativa, no sentido de se averiguar se a política habitacional de estímulo ao crédito está diminuindo o déficit habitacional brasileiro, ou tem o potencial de promovê-lo. De um certo aspecto, contudo, o PVJ da política de crédito imobiliário pode ser considerado o déficit habitacional “zero”, isto é, não é admissível que qualquer pessoa não seja provido por uma moradia adequada. Portanto, parte-se da premissa de que uma maior disponibilidade e um acesso mais facilitado ao crédito, por aumentar o número relativo de

proprietários que exercem a habitação no imóvel financiado, resultam em uma melhoria da fruição do direito à moradia em uma esfera global.

Deve-se, contudo, fazer uma advertência. Embora seja intuitivamente verdadeira a premissa, é extremamente difícil a tarefa de se comprovar onexo causal entre a redução de déficit habitacional e a disponibilidade de crédito imobiliário⁴²³. Embora o volume de crédito imobiliário seja mensurável aritmeticamente, mediante a soma de todas as operações em um determinado período, o déficit habitacional efetivo, considerado como a quantidade de pessoas que não tem um lar para viver, é influenciado por uma diversidade de fatores de complicada ponderação, como o nível da atividade econômica, o conseqüente aumento ou redução do desemprego, o padrão e o ritmo do crescimento urbano, além de fatores imprevistos ou imprevisíveis, como enfermidades, calamidades públicas, etc. Em uma sociedade complexa como a atual, muitas vezes ocorrências imponderáveis podem distorcer as relações, determinando resultados inesperados, o que dificulta sobremaneira e aumenta o desafio do trabalho do analista.

Uma outra dificuldade na proposta aqui empreendida se refere à ausência de precisão e volatilidade dos dados empíricos colhidos, por vezes contraditórios, mesmo que elaborados por entidades e órgãos oficiais. A metodologia aplicada no tratamento dos dados estatísticos influi decisivamente no resultado dos trabalhos colhidos em campo, provocando distorções que devem ser sopesadas numa análise que busque retratar a realidade. Ademais, dados citados por diversos autores não são congruentes entre si. Muitos dos dados encontrados na pesquisa realizada são inconsistentes, de modo que optou-se por utilizar fontes oficiais, fazendo reservas quando se revelar necessário.

No que tange ao volume de crédito disponibilizado no mercado para operações imobiliárias, o Bacen disponibiliza informações sobre a aplicação de recursos do SBPE (poupança voluntária e compulsória – FGTS) no setor habitacional mês a mês, cuja consolidação computa sempre os últimos 12 meses. Os dados apresentados na tabela a seguir somente computam crédito fornecido para a aquisição e construção de casa própria, ou seja, não consideram crédito para material de construção ou para reforma ou ampliação de unidades.

⁴²³ Robson R. Gonçalves ressalta que a “análise sobre a atual dimensão do déficit habitacional brasileiro exige que sejam tratados com a atenção necessária fatores explicativos de ordem mais propriamente macroeconômica, como as trajetórias passadas do crescimento da renda agregada, dos investimentos em infra-estrutura e saneamento, além da questão (essencial) dos mecanismos de geração de crédito habitacional” (*Op. cit.*, p. 3).

TABELA 1 - Financiamentos habitacionais (construção e aquisição) pelo SBPE⁴²⁴

	Unidades	Valor R\$
Jan-93 a dez-93	53.708	186.175.466.365
Jan-94 a dez-94	61.384	1.735.395.626
Jan-95 a dez-95	46.560	1.870.954.073
Jan-96 a dez-96	38.286	1.462.676.288
Jan-97 a dez-97	35.487	1.724.606.348
Jan-98 a dez-98	38.887	2.083.623.117
Jan-99 a dez-99	35.549	1.695.588.931
Jan-00 a dez-00	36.333	1.909.848.517
Jan-01 a dez-01	35.756	1.870.213.292
Jan-02 a dez-02	28.902	1.766.458.956
Jan-03 a dez-03	36.446	2.218.736.443
Jan-04 a dez-04	53.786	3.000.187.906
Jan-05 a dez-05	60.788	4.792.698.865
Jan-06 a dez-06	111.988	9.314.060.219
Jan-07 a dez-07	194.853	18.252.529.599
Jan-08 a dez-08	298.496	29.996.176.774
Jan-09 a dez-09	296.765	33.889.745.217
Jan-10 a dez-10	416.355	55.991.563.642
Jan-11 a set-11	362.185	58.681.544.801

Com base nos dados acima coletados, torna-se perceptível que, após um período de estagnação até 2003, a partir de 2004 o crédito imobiliário passou a ter uma progressão crescente, a ponto de ter dobrado em unidades e triplicado em recursos dois anos após (em 2006). Isso pode ser explicado pelas novas regras de direcionamento das aplicações de poupança utilizadas pelo

⁴²⁴ Fonte: Banco Central do Brasil. Obs.: os dados foram colhidos da tabela estatística consolidada 2.11 do mês de outubro de 2011 (último disponível), em razão de divergência dos números apresentados nas consolidações anuais.

CMN a partir de 2002, que deram uma alavancagem maior ao crédito do setor. Aragão afirma que as normas editadas pelo CMN de direcionamento obrigatório dos recursos da poupança e a Lei nº 10.931, de 2004, explicam o crescimento da quantidade de financiamentos habitacionais em 2004 da ordem de 55% sobre a média do quadriênio anterior, tendência que seria mantida em 2005⁴²⁵. Entretanto, notadamente a partir de 2007, as unidades financiadas e os recursos disponibilizados praticamente dobraram, se comparados com o ano anterior, ritmo que continuou bastante acelerado em 2008, tendo em vista o crescimento médio de 50%. Em 2009, ano de lançamento do PMCMV, o mercado de crédito imobiliário praticamente manteve os mesmos patamares do ano anterior, talvez pela falta de internalização das novas regras e ainda sob o rescaldo da crise econômica mundial. Porém, em 2010, o volume de crédito e de unidades financiadas teve um aumento expressivo de cerca de 30%. Já em 2011, o valor total bruto de disponibilidade de crédito já ultrapassou todo o exercício de 2010, embora o número de unidades financiadas ainda não tenha atingido o resultado de 2010. Nada obstante, em número de unidades habitacionais financiadas, proporcionalmente ao número de meses, o resultado parcial de 2011 é cerca de 17% maior. Como se vê, notadamente a partir de 2007, o aumento do volume do crédito imobiliário no Brasil é visível, majorando em quase 7 vezes em um período de cinco anos (de 2005 a 2010). Resta saber se tal volume impactou na redução do déficit habitacional.

Desde 2005, o Ministério das Cidades se utiliza dos estudos do Centro de Estatísticas e Informações da Fundação João Pinheiro (CEI-FJP), elaborado em parceria com o Banco Mundial, no âmbito de contrato de empréstimo para a Assistência Técnica ao Setor Habitacional, para acompanhar a evolução do déficit habitacional brasileiro e formular as políticas para o setor. Em números absolutos, são essas as cifras do déficit quantitativo constantes das publicações:

TABELA 2 – Déficit habitacional absoluto brasileiro⁴²⁶

⁴²⁵ *Op. cit.*, p. 461.

⁴²⁶ Fonte: Déficit habitacional 2008/Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação. Brasília, 2008, p. 102 (tabela 8.1). São utilizados os dados consolidados da última publicação, uma vez que a metodologia do último estudo foi aprimorada, o que refletiu na alteração dos números do déficit apresentados nas anteriores publicações para garantir a harmonia da série histórica. Importante ressaltar que tais números refletem a necessidade de construção de moradias (critério quantitativo) em razão de deficiências no estoque de imóveis disponíveis. São os seguintes motivos que influenciam o cálculo do déficit: a precariedade das construções ou a deficiência da estrutura física, a coabitação forçada, ou seja, aquelas famílias que convivem com outras e pretendem ter uma residência unifamiliar, a dificuldade no pagamento de aluguel e o adensamento excessivo de pessoas em unidades alugadas. Não se refere, assim, ao critério de inadequação de moradia (aspecto qualitativo), que está ligado ao conceito de qualidade de vida dos moradores e da existência de infraestrutura urbana básica.

2000	2005	2006	2007	2008
5.875.426	6.307.253	6.262.203	5.989.064	5.546.310

Como se vê, em números absolutos, e mesmo relativos, se considerada a evolução demográfica da população brasileira, o déficit habitacional brasileiro segue uma tendência de queda. Enquanto o déficit habitacional apresenta uma curva descendente, o crédito habitacional mostra o desenho contrário, em ascensão, o que sugere a íntima relação entre as duas variáveis. Entretanto, com a manutenção dos níveis de financiamento da política de crédito imobiliário atual, com o financiamento de cerca de 500 mil unidades ao ano, o Brasil somente atingirá a efetivação do direito à moradia plena⁴²⁷ a todos os brasileiros num período de 11 anos, isso sem considerar o crescimento da população. É de se ressaltar que, se cumprida a meta da segunda fase do PMCMV, o déficit nominal de moradias será menor em 2 milhões de unidades habitacionais em dezembro de 2014.

Um outro dado que merece atenção é que o déficit habitacional é concentrado em grande parte nas populações de baixa renda. O estudo citado do CEI-FJP destaca os números do déficit habitacional segundo os segmentos de renda, dividindo-os em 5 categorias, conforme quadro abaixo, que reflete o percentual da distribuição do déficit habitacional por faixa de renda.

TABELA 3 – Distribuição percentual do déficit habitacional urbano por faixas de renda média familiar mensal⁴²⁸

Sem renda	Até 3 SM	De 3 a 6 SM	De 6 a 10 SM	Mais de 10 SM
9,1	80,5	9,4	1,9	0,7

Assim, percebe-se facilmente que a principal dificuldade das políticas públicas de habitação é atender a faixa mais pobre da população, correspondente a mais de 90% do déficit habitacional brasileiro. Diante disso, a redução da pobreza em si pode ter impactos significativos na diminuição do déficit habitacional. Como anota Milton Santos, “é um equívoco pensar que problemas urbanos podem ser resolvidos sem solução da problemática social, ou seja, “[é] esta

⁴²⁷ Ou, em outras palavras, na esteira do propugnado pela AJPE, em um índice de fruição empírica (IFE) próximo do PVJ, considerado como déficit habitacional “zero”.

⁴²⁸ Fonte: Déficit habitacional 2008/Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação. Brasília, 2008. (tabela 3.3, p. 39).

que comanda e não o contrário”⁴²⁹. Sob esse aspecto, merece ser enaltecida a política estabelecida pelo PMCMV, que, ao complementar os financiamentos habitacionais com recursos orçamentários, preferencialmente à faixa de renda até R\$ 1,6 mil, proporciona o acesso à moradia ao segmento mais necessitado da população.

No que tange à relação entre a política de crédito imobiliário e o desenvolvimento econômico e social, Boleat faz um estudo comparativo sobre a proporção de proprietários por habitante nos diversos países, chegando à conclusão que o desenvolvimento econômico e social não conduz necessariamente ao aumento do número de proprietários. Assim, segundo o estudo, não existe evidência de que a moradia própria seja sinônimo de desenvolvimento social, pois países desenvolvidos como a Suíça e Alemanha apresentam percentual pequeno de proprietários (30% e 37%, respectivamente), enquanto que em países pobres o percentual era significativamente maior (Filipinas – 89%, Tailândia – 89%, Paquistão – 78%, Índia – 85% e Bangladesh – 90%)⁴³⁰. Todavia, segundo o mesmo autor, isto pode ocorrer porque esses últimos países têm uma porcentagem mais alta de população rural, cuja proporção de proprietários é significativamente maior, mas com condições de habitabilidade inferiores. O estudo, realizado há mais de 25 anos, com dados comparativos colhidos há até 40 anos atrás, mereceria no mínimo uma atualização, a fim de se verificar se atualmente seus pressupostos se mantêm. Ademais, o próprio estudo sugere que outros fatores culturais influenciam a relação entre desenvolvimento econômico e número relativo de proprietários, como a idade que as famílias normalmente adquirem a casa própria e a existência de um mercado de alugueis competitivo. Todavia, merece nota a advertência de Aragão no sentido de que

um significativo número de países ricos (Suécia, Luxemburgo, Noruega, Estados Unidos, Bélgica, Canadá e Austrália) apresentavam percentuais de proprietários entre 57% (Suécia) e 65% (Estados Unidos), o que indica a existência de outros fatores, além da renda *per capita*, a influir no comportamento da população quanto à condição da ocupação do domicílio (próprio, alugado, cedido), tais como a estrutura etária (entre os jovens o percentual de inquilinos normalmente supera o de proprietários), as facilidades de acesso ao crédito imobiliário, a mobilidade espacial da população, a estrutura de distribuição da renda etc.⁴³¹.

De toda sorte, nas estatísticas do IBGE, constam dados referentes ao número de proprietários de casa própria. Os números, desde 2001, se mantêm semelhantes, sempre na faixa dos 73 a 74% de proprietários declarados, enquanto que de 17 a 19% declararam que vivem em

⁴²⁹ *Op. cit.*, p. 125.

⁴³⁰ *Op. cit.*, p. 461.

⁴³¹ *Op. cit.*, p. 259.

imóveis alugados⁴³². Importa ressaltar que no censo de 2009, ainda, foi acrescido um dado referente à declaração de propriedade do terreno que, no mesmo ano, importou no percentual de 69,2%. Sobre esse aspecto, importa notar que Boleat refere que, em 1970, 60% dos imóveis eram de proprietários no Brasil, enquanto que 19% eram alugados⁴³³, o que sugere um aumento expressivo do número relativo de proprietários nesse período de 40 anos.

Por seu turno, o aumento do nível de renda geral da população não é garantia automática de que mais pessoas terão acesso ao direito à moradia adequada se não houver políticas específicas redistributivas para o setor habitacional. Ou seja, a relação entre desenvolvimento econômico e redução do déficit habitacional não é automática. Segundo Aragão,

[a] ampliação da oferta de bens e serviços aparece como uma condição necessária mas não suficiente para reduzir as dimensões do problema da moradia, conforme ficou comprovado, no caso brasileiro, durante o 'período do milagre', quando o PIB crescia a taxas elevadas e decresceu a produção de habitações⁴³⁴.

Nessa perspectiva, mesmo que a economia revele crescimento em termos quantitativos, não é natural que esse fato seja acompanhado inexoravelmente pela melhoria das condições habitacionais da população, se não houver uma política orientada à democratização do seu acesso à população.

Logo, da análise dos dados aqui coletados, percebe-se que a atual política de crédito imobiliário vem obtendo resultados expressivos em termos de redução do déficit habitacional. O direcionamento da disponibilidade de recursos orçamentários à parcela mais carente da população atende a esse desiderato, uma vez que se trata da camada mais vulnerável em termos de fruição do direito à moradia. Nada obstante, se tais medidas redistributivas no campo habitacional não forem acompanhadas de políticas efetivas de geração de renda ao segmento de menor renda, a tendência é que ocorra o aumento do inadimplemento, que refletirá no padrão de fruição do direito à moradia no país. Portanto, há que se conciliar funcionalmente a política habitacional aos segmentos mais carentes da população às políticas de desenvolvimento econômico e de redução da pobreza.

⁴³² Os restantes 7 a 8% constam na condição de imóveis "cedidos" ou "outros".

⁴³³ *Op. cit.*, p. 342.

⁴³⁴ *Op. cit.*, p. 40.

5. ESTRUTURAS MONETÁRIAS DO CONTRATO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

O presente capítulo, valendo-se da concepção de agregados contratuais da AJPE, e das cláusulas de interesse público e privado, pretende analisar as principais cláusulas monetárias de conteúdo público presentes nos contratos de financiamento imobiliário. Com efeito, foram diversas normas que tiveram incidência nos contratos de mútuo do setor habitacional ao longo da história recente do país, configurando o conteúdo do interesse público em sua conexão com os mercados financeiros. Assim, as principais cláusulas monetárias serão desveladas nas seções seguintes, a saber: correção monetária, sistemas de amortização e taxa de juros. Antes, contudo, há que se tecer algumas considerações introdutórias acerca do próprio contrato de crédito imobiliário.

Os contratos definem o mercado, o ambiente onde ocorrem as trocas econômicas, estruturando-o institucionalmente⁴³⁵. Nesse ambiente se insere a política econômica⁴³⁶, mediante a adoção de normas jurídicas que conformam a estrutura dos contratos e, como corolário lógico e inafastável, a própria instituição do mercado. Assim, a política econômica, se bem manejada, tem o potencial de concretizar a função social do instrumento contratual, prevista na dicção expressa no art. 421 do Código Civil.

A concepção mais recente da função social do contrato traz uma nova compreensão do contrato em geral, que abre espaço para a concretização da justiça social, em contraposição à clássica visão que o enxerga apenas como mero instrumento de circulação das riquezas. Nessa perspectiva, o contrato de crédito imobiliário deve ser analisado sob o aspecto de sua importância como ferramenta de acesso a um direito fundamental por parte do titular do direito à moradia.

⁴³⁵ Cf. CASTRO, Marcus Faro de. *Op. cit.*, 2009.

⁴³⁶ Na perspectiva da AJPE, seguida aqui, a política econômica é um conjunto de normas de interesse público, adicionado a contratos públicos e privados e que assim estrutura a atividade econômica. Nas palavras de Castro: “A AJPE considera a política econômica como conjunto de regras politicamente instituídas que organizam a produção, a troca e o consumo na vida social” (*Op. cit.*, 2009, p. 22).

Baseia-se tal construção também na superação da tradicional dicotomia entre direito público e privado⁴³⁷, passando este último a incorporar preocupações com a realização de direitos fundamentais.

Sob essa ótica, procurar-se-á examinar o contrato de financiamento imobiliário e seus conteúdos monetários de interesse público, em conexão com os componentes financeiros que estão presentes no instrumento contratual, levando-se em conta a concepção do contrato como meio de fruição de direitos fundamentais (no caso, focalizado o direito à moradia).

O contrato de compra e venda de imóvel é estruturalmente diferenciado do contrato de crédito, porém ele é funcionalmente interligado, numa perspectiva que enxerga os contratos como redes contratuais voltadas a uma operação econômica individualizada⁴³⁸. Assim, o contrato de crédito é conexo à compra e venda de imóvel, objeto do direito à moradia.

Apesar da característica apontada pela doutrina formalista que concebe o direito à moradia como indisponível, nada obsta que sua fruição seja regida por um contrato, no qual se estipulem obrigações e deveres, pois não se está em jogo a existência do direito, mas sim apenas a forma pela qual o direito será exercido⁴³⁹. Assim, no contrato de financiamento imobiliário, confere-se ao mutuário o direito à moradia em relação a um imóvel, enquanto ele está adimplindo com a obrigação contratual. Se o mutuário deixa de pagar as prestações, deve ser entendido que o direito à moradia do titular do contrato persiste, mas o seu direito de habitar no imóvel cederá aos interesses do credor.

Todos os contratos imobiliários, como os contratos de compra e venda, locação, financiamento, consórcio, alienação fiduciária e *leasing*, se tiverem como objeto imediato (ou como cláusula valorativa) um imóvel residencial, envolvem, sem dúvida, o direito fundamental à moradia. Se o objetivo do comprador, locatário, mutuário, consorciado ou fiduciário for adquirir (ou alugar, no caso da locação) o imóvel com a intenção de ali estabelecer sua residência, por óbvio, se está diante de uma operação que tem por objeto a satisfação de um direito fundamental.

⁴³⁷ Aqui, mais uma vez, adota-se a perspectiva da AJPE, segundo a qual "a separação doutrinária usual entre 'propriedade privada' e 'propriedade pública' ou 'propriedade do Estado' tem pouca relevância para fins da AJPE". De fato, para a AJPE "[e]m ambos os casos, seria preciso considerar a função econômica a que o direito em questão se refere. No caso da propriedade privada [...], há necessidade de distinção entre a propriedade que serve à função do consumo (propriedade civil) e a que serve à função da produção (propriedade comercial). [...] A diferença doutrinária entre 'direito público' e 'direito privado' deve estar referida a contextos concretos e à determinação empírica da presença de interesses públicos e de interesse privados nos contratos" (CASTRO, Marcus Faro de. *Op. cit.*, 2009, pp. 51-52).

⁴³⁸ Nesse sentido, ver LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*

⁴³⁹ É de se registrar, contudo, a posição de Sérgio Iglesias Nunes de Souza, que entende que os contratos disciplinam apenas o direito de habitação (*Op. cit.*, p. 258).

Sob a perspectiva da AJPE, o uso do imóvel residencial onde é exercido o direito à moradia corresponde ao conteúdo da cláusula valorativa do contrato, ou seja, constitui o objeto material da relação jurídica, que é regulado pela política habitacional, já analisada no capítulo anterior.

Há que se ressaltar, contudo, que outras motivações podem ser determinantes na formação de tais contratos, como por exemplo, obter lucros financeiros decorrentes da valorização imobiliária. Nesse caso, o instrumento que, na origem, seria apto a realizar a fruição de um direito fundamental, está sendo utilizado como um meio para circulação de riquezas e de investimentos de indivíduos ou empresas. Resta desvirtuado o seu escopo, inserindo o contrato a uma outra regra, referente aos direitos de produção⁴⁴⁰.

Diante da sua relevância social, é defensável o entendimento de que deva haver um forte dirigismo contratual nas avenças pelas quais se estabelecem e se concretizam o direito à moradia. Isto, conseqüentemente, mitiga a livre disposição das partes contratantes. Assim é que, por exemplo, os contratos de locação para fins residenciais⁴⁴¹ possuem várias normas cogentes que limitam a liberdade de negociação *privada* das partes, a exemplo do prazo para desocupação e dos índices de reajustes. As cláusulas que estabelecem o preço, os critérios de correção monetária, o sistema de amortização e a taxa de juros são exemplos de conteúdos monetários dos contratos de crédito imobiliário, que também podem e devem ser objeto de regulação pública, pois tais temas conectam o instrumento contratual com os pressupostos da fruição do direito em questão.

Assim, em homenagem à função social do contrato, os conteúdos das cláusulas valorativas e monetárias dos contratos de crédito imobiliário, por envolverem a concretização do direito à moradia, não devem inteiramente ser postas à livre disposição das partes contratantes, havendo inclusão de interesses públicos nos contratos mediante a adoção obrigatória de modelos contratuais, concebidos como contratos de adesão, aprovados pelas autoridades competentes. Como anotam Miguel Reale e outros, o caráter social que determina a intervenção estatal converte os “contratos privados em instrumento de ação do Estado”⁴⁴². A livre manifestação da vontade fica limitada, assim, pela incidência do direito à moradia. As partes contratantes não poderão criar direitos e obrigações que, na prática, anulem as possibilidades contextualizadas de

⁴⁴⁰ Conforme CASTRO, Marcus Faro de. *Op. cit.*, 2009.

⁴⁴¹ Nos termos da Lei nº 8.245, de 1991.

⁴⁴² *Op. cit.*, p. 54.

efetivação do direito, e isto deverá funcionar como regra interpretativa na resolução de eventuais conflitos que surjam na aplicação das cláusulas contratuais.

As discussões sobre os conteúdos do contrato de crédito imobiliário são uma via mediante a qual pode ser realizada a atuação do sistema jurídico, na medida em que conflitos inerentes à aplicação e à interpretação das regras contratuais tendem a ser objeto de escrutínio judicial. Por exemplo, o STJ⁴⁴³ reconheceu a solidariedade do agente financeiro com o incorporador por defeitos de solidez e segurança da obra financiada, aduzindo que tal solidariedade decorreria do fato de que o negócio havia sido celebrado para o fim de aquisição da casa própria. Ou seja, para o entendimento jurisprudencial os contratos de construção e comercialização das unidades habitacionais devem ser vistos como intensamente interligados, pois existe relação de subordinação entre o agente financeiro e o empreendedor. Com a nova política habitacional levada a cabo pelo PMCMV, outras discussões podem vir a surgir, desembocando no Poder Judiciário. Sá, por exemplo, defende que a criação do patrimônio de afetação e do FGHab pelo PMCMV não acarretará na isenção de responsabilidade do agente financeiro em face de eventual prejuízo aos mutuários causado pelas incorporadoras, pois não terá havido nesta hipótese a alteração na sistemática da concessão de empréstimos conjugados⁴⁴⁴.

Assim, os negócios jurídicos firmados com o objetivo de propiciar a aquisição da casa própria devem ser encarados como importantes mecanismos utilizados pela política habitacional para efetivação da fruição do direito à moradia. Importa, para o fim do presente trabalho, entender a lógica financeira que estrutura as cláusulas monetárias de conteúdo público nos contratos de financiamento imobiliário, notadamente, as que foram ou são objeto de discussão judicial. Cumprindo tal desiderato, o capítulo será dividido em três partes analíticas contendo as seguintes cláusulas monetárias dos contratos de mútuo: correção monetária, sistemas de amortização e juros.

⁴⁴³ REsp 51.169-RS, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 28/02/2000, 3ª Turma; entendimento reiterado recentemente pelo REsp 385.788-RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 18/12/2009, 4ª Turma.

⁴⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 76-77.

5.1. Correção monetária

Até a lei de criação do SFH não havia dispositivo legal que determinava a correção monetária nos financiamentos imobiliários. Como ressalta Cláudio Hamilton M. dos Santos, citando Kampel e Valle, o sistema vigente antes de 1964 de concessão de empréstimos a valores nominais fixos distorcia o mercado em três aspectos: a) premiava os mutuários, que pagavam suas amortizações em cruzeiros desvalorizados; b) afastava a poupança voluntária desse mercado, tendo em vista as taxas reais de juros fortemente negativas; e c) restringia a capacidade de fornecimento de crédito por parte das poucas instituições existentes⁴⁴⁵.

Tal característica da estruturação contratual e monetária do mercado imobiliário brasileiro remete à temática das “relações intercontratuais” e sua importância para a realização da “justiça econômica”, nos termos da AJPE. As relações intercontratuais tornam-se relevantes porque a existência civil dos indivíduos, na sociedade de mercado, depende de sua participação em vários contratos simultaneamente. Sobre isto, Castro esclarece:

[T]omando-se um dado contrato C-1, celebrado entre um prestador de utilidade “X” e por um prestador de pecúnia “Y”, os recursos monetários contratados, que correspondem à obrigação de “Y”, em tese, necessitam ser representativos da obtenção, por “X”, de bens específicos abrangidos por cláusulas valorativas de outros contratos, “C-2”, “C-3”, “C-4” etc., nos quais “X” atua como prestador de pecúnia. [...] É diante dessa organização intercontratual e intertemporal das expectativas individuais que se torna relevante a operação da política econômica [...]. E é sobretudo nesse campo que a segurança dos interesses econômicos é distribuída aos diferentes grupos e indivíduos mediante a política econômica de maneira menos inteligível e talvez mais injusta⁴⁴⁶.

Tendo isto em mente, vale lembrar que, antes de 1964, não havia correção monetária nos contratos de financiamento imobiliário. Foi a Lei nº 4.380, de 1964, que, pela primeira vez, estabeleceu a correção monetária das parcelas e do saldo devedor nos contratos de aquisição de casa própria. O art. 5º desta Lei previa que o reajuste das prestações mensais ocorreria quando o *salário mínimo* fosse alterado⁴⁴⁷.

Portanto, ao vedar que o valor da prestação sofresse aumentos sem que houvesse a alteração do salário mínimo, a lei visava a impedir que o reajustamento da prestação inviabilizasse a adimplência pelo mutuário, mantendo a sua capacidade de pagamento ao longo

⁴⁴⁵ *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁴⁶ *Op. cit.*, 2007, pp. 122-123.

⁴⁴⁷ É a seguinte redação: “Art. 5º Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, com a conseqüente correção do valor monetário da dívida toda a vez que o salário mínimo legal fôr alterado”.

da duração do contrato. O critério denominado de “equivalência salarial”⁴⁴⁸ teve por fim facilitar a aquisição da moradia, de acordo com a finalidade ideológica da criação do SFH. Houve assim uma decisão política, veiculada na Lei nº 4.380, de 1964, no sentido da necessidade de se indexar a correção da prestação ao salário do trabalhador, pois o achatamento do salário poderia determinar o não pagamento das prestações pelos mutuários. Se se permitisse o reajustamento por qualquer índice superior aos aumentos salariais dos mutuários, a prestação poderia ficar superior aos vencimentos recebidos, inviabilizando a aquisição da casa própria, objetivo da lei.

Com isto enfatiza-se um processo descrito por Castro e Carvalho como “uso político da administração macroeconômica”, que, segundo estes autores, tornou-se uma das características do regime ditatorial de 1964. Pondo a questão em perspectiva histórica e de desenvolvimento institucional, os autores registram:

[P]aralelamente às estruturas do modelo desenvolvimentista dos anos 1930-1950, uma outra característica institucional desenvolveu-se e adquiriu uma relevância crucial desde meados dos anos 1960 [no Brasil]. Trata-se do uso político, pelo Executivo federal, da administração macroeconômica e de seus impactos econômicos e sociais.⁴⁴⁹

Segundo Castro e Carvalho houve três mecanismos comparáveis, utilizados pelo regime de 1964 para evitar a instabilidade social: a correção monetária a partir de 1964, as mini-desvalorizações cambiais a partir de 1967 e isenções fiscais. Para os autores, esses mecanismos ofereceram aos governantes “meios capazes de evitar a multiplicação das crises políticas durante a ditadura militar”⁴⁵⁰.

Assim, torna-se fácil visualizar do ponto de vista político o que, no campo jurídico, traduzia-se em medidas que viabilizavam ou obstaculizavam a fruição de direitos fundamentais, no caso sob exame, o direito à moradia.

Nesse sentido, dando continuidade à caracterização das mudanças iniciadas em 1964, é de se esclarecer que o critério de indexação da correção das prestações ao salário mínimo previsto na Lei nº 4.380 foi alterado por diversos dispositivos legais supervenientes.

A Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 (art. 26, § 6º), incluiu a “possibilidade” de aplicação da correção monetária trimestral pela variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) nas prestações mensais e no valor dos contratos no âmbito do SFH. Por seu

⁴⁴⁸ Exatamente a indexação do reajuste da prestação ao do salário mínimo (posteriormente, indexado aos salários dos mutuários ou ao de sua respectiva categoria profissional).

⁴⁴⁹ CASTRO, Marcus Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990. In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 18, 2002, pp. 112-113.

⁴⁵⁰ *Op. cit.*, 2003, p. 114.

turno, o art. 30 da Lei n° 4.864, de 29 de novembro de 1965 (art. 1°, III), estabeleceu a “possibilidade” de previsão de correção monetária semestral das prestações e do saldo devedor nos contratos de venda de habitações a prazo, financiados ou não pelo SFH, com base em índices de preços apurados pelo Conselho Nacional de Economia ou pela Fundação Getúlio Vargas.

Até então, as normas apenas facultavam a adoção da correção monetária trimestral ou semestral, sem caráter impositivo. A diversidade de critérios e índices gerava incertezas e dúvidas, com o potencial de estimular a insatisfação dos mutuários. Assim, buscando dar uma uniformidade aos índices de correção monetária, o art. 1° do Decreto-lei n° 19, de 30 de agosto de 1966, determinou a correção monetária das operações do SFH pela variação da ORTN, de acordo com os critérios definidos em instruções do BNH. Segundo o art. 1°, § 1°, do referido Decreto-lei, o reajustamento das prestações somente teria por base o salário-mínimo se as operações envolvessem a aquisição de imóvel de valor unitário inferior a 75 salários-mínimos e se destinassem às famílias de baixa renda. Portanto, o critério da correção pela variação do salário mínimo, que era impositivo no âmbito da Lei n° 4.380, de 1964, passou a ser obrigatório apenas nas operações das famílias de baixa renda, sendo que nas demais o critério deveria ser definido com base na ORTN.

Posteriormente, o Decreto-lei n° 70, de 1966, estabeleceu que todas as hipotecas ainda não vinculadas ao SFH teriam o mesmo fator de reajuste das prestações daquelas instituídas no âmbito do SFH (art. 9°, § 1°). A ORTN passou a ser equivalente à Unidade-Padrão de Capital (UPC) como critério de atualização monetária do BNH. A Lei n° 6.205, de 29 de abril de 1975, proibiu a utilização do salário mínimo como indexador de quaisquer obrigações pecuniárias, descaracterizando-o como fator de correção monetária, inclusive nas operações do SFH. Após, a Lei n° 6.423, de 17 de junho de 1977, fixou a ORTN como o único indexador de correção monetária para obrigações pecuniárias originárias de lei ou de negócio jurídico, considerando sem efeito quaisquer outros índices estipulados.

Entretanto, como será visto, apesar dos dispositivos legais que vedavam a utilização de salário mínimo ou de equivalência salarial como indexadores de contratos, a verdade é que o BNH jamais se desvinculou desses critérios na fixação das cláusulas padrão dos contratos do SFH.

Na realidade, de acordo com a Instrução n° 5, de 27 de janeiro de 1966, do BNH, foram estabelecidos dois planos de correção monetária: a) o Plano A, destinado à erradicação das

favelas e às camadas de baixa renda, no qual a correção do valor das prestações tinha periodicidade anual, tomando por base a variação do maior salário mínimo vigente no país, enquanto o saldo devedor continuava a ser corrigido, trimestralmente, com base na variação da ORTN do período (que era a variação da UPC do BNH); e b) Plano B, voltado para os demais setores da população, no qual tanto a prestação mensal quanto o saldo devedor seriam corrigidos, trimestralmente, com base na variação da UPC⁴⁵¹. Segundo Aragão, apesar do inconveniente de comprometer parte maior da renda com a prestação, este último era o único plano consistente que possibilitava a quitação do empréstimo no final do prazo contratado, pois os salários sempre foram corrigidos em coeficientes inferiores à ORTN⁴⁵². A dualidade de índices e periodicidades de correção estabelecia uma distorção na equação financeira dos contratos e do próprio sistema.

Assim, as prestações pagas pelos mutuários no Plano A não correspondiam ao montante dos recursos contratados no prazo do financiamento. Isto porque os critérios de correção do saldo devedor eram diferentes daqueles utilizados para a atualização da prestação, vinculados à correção da ORTN, que reajustava as aplicações da poupança. Assim, mesmo que pagas todas as parcelas, no final do período contratual de pagamento das prestações, haveria sempre um resíduo de saldo devedor⁴⁵³.

Para superar o problema, o Conselho de Administração do BNH criou⁴⁵⁴ o Plano C, no qual o saldo devedor continuava a ser corrigido trimestralmente pela UPC, enquanto que a prestação seria corrigida pela variação do salário mínimo 60 dias após a decretação deste ou do reajuste salarial do mutuário. Se no final do contrato, houvesse um resíduo, o prazo seria prorrogado num prazo máximo equivalente à metade do prazo original. No final da prorrogação do prazo, o pagamento de todas as prestações dava o direito à quitação. Como visto, a mesma resolução criou o FCVS para cobrir os resíduos dos saldos devedores no final dos contratos, diante da discrepância entre os valores das prestações e do saldo devedor⁴⁵⁵. O objetivo era evitar eventual resíduo no final do contrato. O mutuário pagaria uma contribuição na prestação mensal que seria destinada ao FCVS, que, por seu turno, assumiria eventuais resíduos no final do

⁴⁵¹ Sobre a diferença dos planos ver Azevedo e Andrade, *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁴⁵² *Op. cit.*, p. 184.

⁴⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 53.

⁴⁵⁴ Por meio da Resolução nº 25, de 16 de junho de 1967.

⁴⁵⁵ Como observam percutientemente Azevedo e Andrade, “[a]o admitir que se saldasse a dívida apurada no prazo máximo, ainda que através de um Fundo, o BNH estava de fato abrindo caminho para subsidiar parte da moradia, e reconhecendo, tacitamente, a inexequibilidade de aplicação de uma política estritamente empresarial para as famílias de baixa renda” (*Op. cit.*, p. 52).

contrato. Assim, o FCVS passou a compor o encargo pago pelos mutuários, subsidiando parte da dívida das aquisições de casa própria pelo SFH, inclusive para cobertura de saldos devedores provenientes de altos financiamentos para as classes mais abastadas.

Como o Plano C não teve o êxito esperado, o Conselho de Administração do BNH criou⁴⁵⁶ o Plano de Equivalência Salarial (PES), destinado a substituir os Planos A e C⁴⁵⁷, que estabelecia a variação do salário mínimo como parâmetro de reajuste da prestação mensal, mas era aplicado apenas, à eleição do mutuário, no início de um dos 4 trimestres civis. 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 funcionava como um multiplicador aplicado à prestação inicial. O CES refletia a relação salário mínimo-UPC e variava em função do mês da assinatura do contrato e da previsão da variação da ORTN até o próximo reajuste, ou seja, era um prognóstico da evolução futura da inflação. O CES constituiu, na realidade, um reforço ao FCVS, com o intento de liquidar o saldo devedor no final do prazo do contrato, sem a necessidade de prorrogação, como exigia o Plano C. Assim, com o PES, extinguiu-se a contribuição mensal do mutuário ao FCVS, pois presumiu-se que o CES seria suficiente a cobrir a diferença do saldo devedor. Todavia, o PES, ao contrário do Plano A, não se destinava apenas às camadas de baixa renda, sendo também estendido à classe média⁴⁵⁸.

Apesar da inconsistência financeira estrutural dos métodos de reajustamento das prestações e do saldo devedor, com o CES tentava-se reduzir o risco de insuficiência do FCVS para quitação dos resíduos no final dos contratos. Todavia, a efetividade do CES dependia, em grande medida, da confirmação das estimativas da inflação futura embutidas no seu cálculo, o que ficou totalmente inviabilizado com a inflação galopante que assolou o país na década de 1980. A fixação de um CES realista na década de 1980 que acompanhasse a inflação importaria no pagamento de uma parcela incompatível com a renda dos mutuários, cujos salários continuavam a ser reajustados em níveis inferiores à inflação⁴⁵⁹. Pela primeira vez desde 1972, a partir de 1983, os reajustes das prestações mensais dos financiamentos do SFH foram superiores aos dos salários dos mutuários, diferença que quintuplicou entre 1982 e 1985⁴⁶⁰, ocasionando uma reação dos mutuários.

⁴⁵⁶ Pela Resolução n° 36, de 11 de novembro de 1969.

⁴⁵⁷ O Plano B foi mantido com o nome de Plano de Correção Monetária (PCM).

⁴⁵⁸ AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luis Aureliano Gama. *Op. cit.*, p. 53.

⁴⁵⁹ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 185.

⁴⁶⁰ *Id. ibid.*, p. 276.

Assim, o art. 1º do Decreto nº 88.371, de 7 de junho de 1983, determinou que o reajustamento das prestações mensais devidas pelos mutuários do SFH, cujos contratos estabelecessem periodicidade anual de reajuste, não deveria exceder o reajustamento percentual nominal dos limites superiores das respectivas faixas salariais, ocorridos no período de 12 meses anteriores ao mês estabelecido para o reajustamento das prestações periódicas. Com a confusa redação, estabelecia-se o limite do percentual do reajuste das prestações vinculando-o ao reajuste dos salários. Na prática, a medida restabelecia a equivalência salarial no reajuste das prestações, e seria efetivada mediante requerimento do interessado que concordasse com o reajustamento semestral das parcelas vincendas. Ao devedor que não concordasse com o benefício, o decreto facultava a opção pelo reajuste de 98% sobre as prestações vincendas. Todavia, os mutuários deveriam pagar no prazo de 12 meses, com carência de 6, o resíduo do saldo devedor resultante da diferença entre o reajuste integral pelo contrato (UPC) e o subreajuste dos 98%.

O decreto gerou uma multiplicidade de ações judiciais dos mutuários questionando a sua legalidade, de modo que, pouco mais de um mês após, foi publicado o Decreto-lei nº 2.045, de 13 de julho de 1983, que permitiu aos mutuários optar pela semestralidade do reajuste, corrigida por 80% da variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), mediante o compromisso de liquidação do resíduo do saldo devedor resultante do subreajuste das prestações após o final do prazo do financiamento. Três meses após, foi o dispositivo substituído pelo Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, que reintroduziu o salário mínimo como fator de reajuste das prestações dos financiamentos habitacionais, facultando ao mutuário 3 opções: a correção pelo salário mínimo, em periodicidades semestral ou anual, ou a UPC-BNH em periodicidade trimestral.

O inconformismo dos mutuários era crescente e, por meio do art. 9º do Decreto-lei nº 2.164, de 19 de setembro de 1984, foram concedidos incentivos financeiros aos mutuários que estivessem em dia com as prestações, que seriam suportados pelo FCVS mediante a emissão de bônus pelo BNH. Todavia, a maior novidade do dispositivo legal foi a instituição no SFH de um novo sistema de reajustamento das prestações baseado no princípio da equivalência salarial por categoria profissional (PES-CP), um sistema de pagamento por meio de reajustes periódicos das prestações indexadas de acordo como o aumento correspondente aos índices que regeriam a

categoria profissional de cada mutuário, de modo a estimular os mutuários a dar continuidade aos pagamentos⁴⁶¹.

Os mutuários, contudo, continuavam a questionar judicialmente os critérios, entendendo que a Lei nº 4.380, de 1964, conferia o direito adquirido ao reajustamento anual pelo salário mínimo. A insatisfação motivou a edição do Decreto-lei nº 2.240, de 31 de janeiro de 1985, que possibilitou aos mutuários em atraso a concessão dos mesmos incentivos concedidos para os mutuários em dia com as prestações, desde que requeressem a incorporação dos débitos no saldo devedor. Também fixou o reajuste das prestações para o segundo mês subsequente ao reajuste da categoria, em lugar do primeiro, como constava no decreto-lei anterior.

Com o Plano Cruzado⁴⁶², foram determinados a conversão em cruzado das prestações do SFH pela média dos 6 meses anteriores e o congelamento das prestações. O art. 10, § 1º, do Decreto-lei nº 2.284, de 1986, previa que, em nenhuma hipótese, a prestação do mutuário do SFH seria maior do que a equivalência salarial da categoria do mutuário. Tendo em vista que o congelamento determinou a manutenção do valor das prestações dos financiamentos, ao passo que o saldo devedor continuava a ser corrigido, houve um conseqüente incremento das obrigações do FCVS. Assim, as ações judiciais que questionavam a correção monetária das parcelas cingiram-se ao período anterior a este plano⁴⁶³.

O art. 3º do Decreto-lei nº 2.406, de 1988, determinou a aplicação do reajuste pelo IPC dos saldos devedores dos contratos de financiamento do SFH, de 28 de fevereiro de 1986 a 30 de novembro de 1986, e após essa data, pelos índices utilizados para corrigir o saldo dos depósitos em cadernetas de poupança, de acordo com a periodicidade de atualização de cada contrato.

O chamado Plano Verão⁴⁶⁴ decretou novo congelamento de preços, determinando regras para a conversão das parcelas que venciam no período do congelamento. Todavia, o art. 16 manteve a aplicação da correção monetária do saldo devedor das operações lastreadas com recursos da poupança com base na atualização das respectivas cadernetas, ao passo que as

⁴⁶¹ É a redação do citado dispositivo: “Os contratos para aquisição de moradia própria, através do SFH, estabelecerão que, a partir do ano de 1985, o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente”.

⁴⁶² Decretos-lei nºs 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, e 2.284, de 10 de março de 1986.

⁴⁶³ O Plano Bresser (Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987) manteve em linhas gerais o estabelecido pelo Plano Cruzado, relativamente às operações do SFH..

⁴⁶⁴ Leis nºs 7.730, de 31 de janeiro de 1989, e 7.737, de 1º de março de 1989.

prestações observariam o princípio da equivalência salarial. Ficava mantida, assim, a distorção entre a correção das prestações e do saldo devedor.

O art. 9º do Decreto-lei nº 2.164, de 1984, acima transcrito, foi revogado pela Lei nº 8.004, de 14 de março de 1990, passando a prever a correção das prestações pelo IPC nos contratos do PES-CP⁴⁶⁵. Assim, as prestações não seriam mais corrigidas em percentual equivalente ao reajuste obtido pela categoria, mas sim pelo IPC.

O Plano Collor⁴⁶⁶ não trouxe alterações significativas para o SFH. Todavia, a Lei nº 8.100, de 5 de dezembro de 1990⁴⁶⁷, dispôs sobre o reajuste das prestações dos contratos do SFH vinculados ao PES-CP, determinando o reajuste das prestações na respectiva data-base de revisão salarial do mutuário mediante a aplicação do percentual que resultar: a) da variação, até fevereiro de 1990, do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e, a partir de março de 1990, o valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional (BTN); e b) do acréscimo de percentual relativo ao ganho real de salário. Se o mutuário tivesse aumento salarial inferior à variação dos percentuais do IPC e do BTN, sua prestação seria reajustada em percentual idêntico ao do respectivo aumento salarial. As diferenças apuradas no saldo devedor, mais uma vez, seriam suportadas pelo FCVS.

O Plano Collor II⁴⁶⁸ determinou que os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no âmbito do SFH com recursos de depósitos de poupança, independentemente da previsão contratual, passariam a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança (art. 18 e § 1º). Todavia, o STF, após deferir liminar para suspender a sua aplicação, julgou inconstitucionais tais dispositivos, sob o entendimento de que a lei nova que estabeleceu regra diversa de correção monetária não poderia alcançar os contratos já celebrados, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição)⁴⁶⁹. O mesmo Plano também definiu a mesma Taxa Referencial (TR) para os

⁴⁶⁵ É a seguinte redação: “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 em 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”.

⁴⁶⁶ Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990.

⁴⁶⁷ Conversão da Medida Provisória nº 260, de 1º de novembro de 1990.

⁴⁶⁸ Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

⁴⁶⁹ ADI 493-0-DF, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 04/09/1992, Pleno. No mesmo julgado, entendeu o STF que a Taxa Referencial (TR) não poderia ser considerada índice de correção monetária, pois refletia as variações do custo primário da captação de depósitos a prazo fixo.

contratos futuros que utilizassem recursos de poupança, o que também suscitou uma série de questionamentos judiciais⁴⁷⁰.

Por seu turno, a Lei n° 8.692, de 28 de julho de 1993⁴⁷¹, criou o Plano de Comprometimento de Renda (PCR), estabelecendo que as prestações dos contratos de financiamento habitacional deveriam obedecer a um comprometimento de limite máximo de 30% da renda bruta de cada mutuário. Assim, as prestações não poderiam ser reajustadas de modo que resultasse percentual superior a 30% da renda do mutuário, vedando, entretanto, que a correção tivesse por base a equivalência salarial. As diferenças eventualmente apuradas deveriam ser apropriadas nos pagamentos subsequentes. Assim, para os contratos firmados após tal medida legislativa, os reajustes por aumento da categoria profissional passaram a ter um papel decisivo, com um teto limite de comprometimento. Na realidade, a referida lei estabelece dois critérios de reajuste: o PCR (arts. 1° a 5°) e o PES (arts. 6° a 8°). No primeiro, havia equivalência entre os índices de correção das prestações e do saldo devedor, limitada a um comprometimento de renda, enquanto que no segundo não havia essa equivalência, que seria compensada com o pagamento do CES. A lei também extinguiu a responsabilidade do FCVS em contratos novos do SFH (art. 29) e estabeleceu outras modificações na sistemática dos financiamentos habitacionais, sendo a partir de então de responsabilidade do mutuário o saldo devedor eventualmente apurado no término do prazo contratual. Todas as medidas da lei visavam a desindexar da economia, deixando à livre pactuação o índice de correção monetária.

Assim, diante de toda essa mixórdia legislativa, o Plenário do STF, na Representação n° 1.288-DF⁴⁷², entendeu que o art. 5° e seus parágrafos da Lei n° 4.380, de 1964, estavam abrogados pelo Decreto-lei n° 19, de 1966. Segundo o julgado, na Lei n° 4.380, de 1964, o

⁴⁷⁰ A Súmula n° 295 do STJ pacificou a aplicação da TR nos seguintes termos: “A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada”. Todavia, os mutuários continuavam questionando a sua aplicação nos contratos que consignaram a aplicação dos mesmos índices aplicáveis à correção da caderneta de poupança. A questão somente foi pacificada na Corte Especial do STJ com a publicação em 24 de agosto de 2010, da Súmula n° 454, nos seguintes termos: “Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/91”. Todavia, alguns autores continuam questionando sua aplicação por embutir juros na sua composição. Luiz Antonio Scavone Jr. (*Juros no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 418-420), por exemplo, argumenta que o art. 19 da Lei n° 8.177, de 1991, que determina a aplicação da taxa básica aplicável aos depósitos de poupança (na prática, a TR) em todos os contratos imobiliários celebrados após 1° de fevereiro de 1991, foi revogado pelo art. 27, § 5° da Lei n° 9.069, de 1995 (“A Taxa Referencial – TR somente poderá ser utilizada nas operações realizadas nos mercados financeiros, de valores mobiliários, de seguros, de previdência privada, de capitalização e de futuros”).

⁴⁷¹ Conversão da Medida Provisória n° 328, de 25 de junho de 1993.

⁴⁷² Relator Ministro Rafael Mayer, DJ 07/11/1986.

salário mínimo não era um critério de reajustamento das prestações, mas sim uma determinação no sentido de que os contratos deveriam prever um critério de proporcionalidade entre a prestação e o salário mínimo, como um limite e um marco temporal para reajustamentos futuros. Com base em tal julgamento, vários julgados do STF se posicionaram de modo semelhante, ratificando o entendimento de que o salário mínimo não serviria como critério de correção das prestações do SFH⁴⁷³.

Entretanto, com a criação do STJ pela Constituição de 1988, cristalizou-se nesse Tribunal entendimento diametralmente oposto ao do STF, no sentido de que os mutuários do SFH tinham direito adquirido ao reajuste das prestações em percentuais vinculados aos dos salários dos respectivos mutuários⁴⁷⁴. Foi então, no âmbito do STJ, pacificado que o critério da equivalência salarial era o único compatível com o direito, anulando cláusulas que previam outros índices, como o da caderneta de poupança⁴⁷⁵. Assim, o entendimento inicial do STF ficou totalmente esvaziado com a assunção da competência recursal pelo STJ, predominando que o salário do mutuário seria o fator de correção definitivo das prestações, independentemente da data que foi assinado o contrato ou da lei de regência que lhe seria aplicável.

Diante disso, Aragão sustenta que os subreajustes determinados preponderantemente por decisões judiciais “representaram um dos maiores subsídios da história econômica recente do país e, usufruído, fundamentalmente, por setores da classe média alta que demonstraram maior capacidade de mobilização política e tiveram condições para ingressar na Justiça”. A operacionalização desse subsídio imposto pela via judicial refletiu no seguinte:

⁴⁷³ A exemplo dos RE's 113.861-RS, Relator Ministro Carlos Madeira, DJ 18/09/1987, 2ª Turma; 113.011-SP, Relator Ministro Oscar Correa, DJ 19/06/1987, 1ª Turma; 114.393-SP, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 11/12/1987, 1ª Turma; 115.480-RJ, Relator Ministro Célio Borja, DJ 15/04/1988, 2ª Turma; 113.162-SP, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 12/08/1988, 1ª Turma; 116.446-RS, Relator Ministro Djaci Falcão, DJ 26/08/1988, 2ª Turma, etc.

⁴⁷⁴ EREsp 3.907-MG, Relator para Acórdão Ministro Helio Mosimann, DJ 24/02/1992, 2ª Seção.

⁴⁷⁵ A exemplo do EIAR 349-BA, Relator para Acórdão Ministro José de Jesus Filho, DJ 12/02/1996, 1ª Seção, e dos REsp's 15.620-RJ, Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 22/11/1993, 2ª Turma; 36.674-RS, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 29/11/1993, 1ª Turma; 39.022-RS, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 06/12/1993, 1ª Turma; 39.352-RS, Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 28/03/1994, 2ª Turma; e 101.061-PB, Relator Ministro José Delgado, DJ 29/10/1996, 1ª Turma; etc. É de se notar, entretanto, que, atualmente, vem predominando o entendimento de que, mesmo anteriormente à Lei nº 8.177, de 1991, se pactuado nos contratos do SFH o reajuste das prestações pela variação da poupança, é aplicável a TR nesses contratos, vg., AgRg no EREsp 772.260-SC, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 16/04/2007, Corte Especial; e REsp 969.129-MG, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 09/12/2009, 2ª Seção.

- (i) o reajuste das prestações abaixo do contratado acarretou a diminuição do recolhimento do CES, que era calculado proporcionalmente com base nas prestações; e
- (ii) o subreajuste das prestações foi todo transferido ao FCVS, garantido pela União, que arcou com um débito bilionário (R\$ 86,1 bilhões em março de 2005, segundo o Bacen)⁴⁷⁶.

Tal situação motivou a aprovação da Lei nº 10.931, de 2004, com o objetivo nítido de evitar discussões judiciais dos mútuos hipotecários do SFH, que estavam reduzindo o nível de retorno dos empréstimos o grau de liquidez do sistema bancário. Isto tornou a garantia menos segura, impactando, portanto, no volume de créditos disponível para quem não tinha casa própria⁴⁷⁷.

Os arts. 46 e 48 dessa lei preveem a remuneração das prestações por índices de preços setoriais ou pela remuneração básica dos depósitos de poupança, proibindo, ainda, qualquer cláusula de equivalência com índices de aumento salarial dos mutuários ou de comprometimento de renda⁴⁷⁸. A lei impediu inclusive que eventual novação dos contratos antigos pudesse ter a cláusula de equivalência salarial como critério de reajustamento. Houve determinação expressa do reajuste mensal das prestações e dos saldos devedores com base na TR ou em índices de preços convencionados pelas partes, evitando-se assim o descasamento da correção monetária entre prestações e saldos devedores, problema recorrente nos empréstimos do SFH.

Nada obstante a expressa proibição legal da utilização da equivalência salarial como critério de correção monetária, é de se registrar o posicionamento de Godoy no sentido de que o mútuo imobiliário estaria sujeito a um princípio implícito de equivalência prestação/renda, diante do qual um reajuste das prestações que não observe a proporcionalidade em relação aos rendimentos do mutuário e de sua família configura ofensa ao direito de moradia do mutuário⁴⁷⁹. Com a devida vênia, não se concebe como divisar um *princípio geral*, logo, abstrato e genérico, no sistema do SFH, cuja *regra* específica estava prevista na redação inicial da Lei nº 4.380, de 1964. Tal *regra* foi revogada e ripristinada sucessivamente, com matizes diversas, como foi

⁴⁷⁶ *Op. cit.*, p. 371.

⁴⁷⁷ ARAGÃO, José Maria. *Op. cit.*, p. 459.

⁴⁷⁸ Na verdade, como exposto anteriormente, a citada lei revogou e substituiu a Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001, de modo que a proibição da utilização da equivalência salarial e do comprometimento de renda como critério de correção monetária foi instituída originariamente pela citada MP (art. 17).

⁴⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 176-189.

demonstrado. Isto evidencia a sua total instabilidade, característica da *regra*, e não do princípio. Tal entendimento, ademais, somente consegue visualizar uma faceta do sistema de financiamento (a do mutuário), que, ressalte-se, não é o poupador. Este (o poupador) de fato, está na outra ponta do sistema, como fornecedor de recursos para o regular funcionamento do sistema. Tal entendimento também não se posiciona a respeito do problema da diferença entre o reajuste da prestação e do saldo devedor, inerente ao sistema de correção pela equivalência salarial. Ou seja, não responde adequadamente a todas as questões envolvidas.

No art. 50, a Lei nº 10.931, de 2004, disciplinou as ações judiciais que discutiam o valor dos empréstimos imobiliários, estabelecendo que o valor incontroverso deveria continuar a ser pago e o valor controverso depositado em juízo. Como se vê, a lei objetivou dificultar a intervenção judicial nos contratos de financiamento imobiliário, criando uma série de restrições no ajuizamento dessas ações, à guisa de reduzir o risco judicial na alteração de suas cláusulas⁴⁸⁰. Todavia, parte da doutrina vem entendendo que esses dispositivos são inconstitucionais. Sérgio Iglesias Nunes de Souza, por exemplo, entende que a lei é inconstitucional na parte que exige o depósito judicial das parcelas controversas, pois cerceia o direito de defesa do mutuário em juízo, importando em desequilíbrio contratual em prejuízo do mutuário que fere o princípio da isonomia e desrespeita o devido processo legal. Além disso, sustenta que o dispositivo importa em dupla garantia, uma vez que o débito já está garantido pelo imóvel⁴⁸¹. Com a devida vênia, a situação de vulnerabilidade da defesa do mutuário tem de ser avaliada com cautela. Embora possam ser entendidos como plausíveis seus argumentos, não se concebe que a norma venha a beneficiar mutuários esclarecidos, com um padrão de renda acima da média brasileira. Parece que a solução seria avaliar se, no caso concreto, o mutuário está em situação de hipossuficiência, técnica e econômica, em relação à instituição financeira, sob pena da norma ser utilizada para prestigiar classes privilegiadas que não necessitariam da tutela estatal. Se isto não for feito, estar-se-á

⁴⁸⁰ É interessante notar a convergência de tais medidas com o empréstimo do Banco Mundial, datado de 11 de maio de 2005, no valor de US\$502,5 milhões para o Brasil promover uma reforma no setor habitacional, que prevê, dentre as metas a serem alcançadas como condição do empréstimo, a redução do risco judicial nos contratos de financiamento imobiliário, fortalecendo, portanto, o *pacta sunt servanda* nas obrigações pactuadas pelo devedor e credor. Sob tal perspectiva, a ordem jurídica nacional incorporou as expectativas da comunidade internacional de que o risco da instabilidade jurídica provocada pelos questionamentos judiciais afeta a segurança jurídica dos contratos e dos investimentos no país. Sobre o assunto, ver relatório do Banco Mundial denominado “Program document for a proposed programmatic loan sustainable and equitable growth: housing sector reform in the amount of US\$502.5 million to the Federative Republic of Brazil”.

⁴⁸¹ *Op. cit.*, p. 290.

estimulando a judicialização, aumentando os riscos das operações e, conseqüentemente, onerando toda a sociedade com o aumento do custo dos financiamentos.

Por seu turno, o § 4º do art. 50 autoriza o juiz dispensar o depósito judicial dos valores controversos em juízo discricionário, como forma de se prestigiar o direito à moradia. Segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza, tal medida deve ser efetivada sempre que o valor para o acesso ao direito à moradia ultrapassar 30% da renda bruta da família do mutuário, a exemplo do que acontece em Portugal, pois configuraria prestação manifestamente desproporcional, caracterizadora da lesão (art. 157 do Código Civil)⁴⁸². Neste ponto, parece ter alguma plausibilidade o parâmetro utilizado pelo autor, uma vez que se trata do mesmo percentual utilizado tradicionalmente pelas instituições financeiras, desde a época do BNH, para calcular o comprometimento máximo da renda familiar para custos de habitação. Assim, ao se judicializar um contrato, exigir-se a manutenção do mesmo percentual para depósito judicial aparenta ser adequado, salvo se as circunstâncias do caso não autorizarem essa conclusão.

Por igual, o § 5º do art. 50 veda a compensação de valores pagos a maior pelo mutuário, devendo mesmo nessa hipótese ser feito o depósito judicial das parcelas controversas. Trata-se de mais uma medida destinada a proteger o interesse dos credores em detrimento dos mutuários, que, segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza, fere o princípio da efetividade e da possibilidade de rápida prestação jurisdicional de acordo com a nova sistemática do processo civil⁴⁸³. O mesmo autor entende que tal lei é um total retrocesso ao direito de acesso à moradia, sendo que a função social do contrato pode ser desvirtuada pelos interesses econômicos do setor financeiro⁴⁸⁴.

Por outro lado, os defensores da lei alegam que ela confere uma maior liberdade de contratação, estimulando a realização de contratos de financiamento e prestigiando os interesses dos setores bancário e de construção civil. Aragão, por exemplo, critica o fato de o judiciário ainda adotar o entendimento de que o mutuário é sempre hipossuficiente em matéria de crédito habitacional de longo prazo, apesar de as cláusulas contratuais dos mútuos serem reguladas por lei⁴⁸⁵. Aqui, parece que Aragão tem razão, conforme explicitado acima. A intervenção judicial nos critérios de correção monetária dos contratos de crédito imobiliário, ao invés de proporcionar

⁴⁸² *Op. cit.*, p. 293.

⁴⁸³ *Op. cit.*, p. 294.

⁴⁸⁴ *Op. cit.*, p. 287.

⁴⁸⁵ *Op. cit.*, p. 460.

melhorias ao direito à moradia, fomentou de modo prejudicial o descontrole e a instabilidade social.

Como se viu, da análise dos dispositivos legais aplicáveis à espécie, foram diversos e numerosos os critérios legais de correção monetária adotados durante a história do SFH, muitas vezes sequer respeitados pelo BNH na formatação de seus planos de contratos padrão, que se desviaram da normatização aplicável às respectivas épocas. Ainda que se possa entender que no âmbito da redação original da Lei n° 4.380, de 1964, o critério do reajustamento do salário mínimo era predominante, vários dispositivos legais alteraram posteriormente esse critério. A criação do PES pelo BNH, como visto, não determinava a equivalência salarial, mas tão somente que o resíduo do valor da prestação seria coberto pelo CES, a fim de se evitar prorrogações contratuais ao término das prestações. Somente em 1984, com Decreto-lei n° 2.164, o critério da equivalência salarial, desta feita por categoria profissional, voltou a ser aplicado de modo cogente, com a instituição do PES-CP. A referida norma também foi revogada em 1990, com a concessão cumulativa de diversos benefícios aos mutuários. Em 1993, com a Lei n° 8.692, e a criação do PCR, mais uma vez, o critério da equivalência foi ressuscitado. Toda essa miscelânea legal, quando objeto e análise pelo Poder Judiciário, foi resolvida com uma fórmula simples, segundo a qual a equivalência salarial seria determinante, quando na realidade, da análise acima, em diversos períodos, não era esse o adotado de fato pelos contratos. A situação se torna ainda mais complexa quando se nota que, valendo-se de seu poder regulamentar, o próprio BNH não seguia os critérios legais de correção, de modo que é impossível determinar uma solução para todos os casos sem que se analise, individualmente, as cláusulas contratuais. De toda sorte, ultrapassados os equívocos do passado, a atual estabilização jurisprudencial da TR como fator de correção monetária dos contratos, embora criticada por parte da doutrina, tem o efeito benéfico de proporcionar maior segurança ao mercado (mutuários e agentes financeiros), com reflexo importante na fruição do direito à moradia.

O fato é que a intensa judicialização dos contratos de mútuo imobiliário provocou uma reação que levou à aprovação de leis que dificultaram ou limitaram o ajuizamento de ações pelo mutuário. Ocorre que, se de um lado, o SFH proporcionou um congestionamento nos escaninhos do Poder Judiciário, um excessivo privilégio dado ao setor financeiro pela lei tende a ir para o mesmo caminho da judicialização. Ou seja, as partes que se sentirem lesadas pelas práticas das instituições financeiras, fatalmente, baterão às portas do Judiciário. É preciso, assim,

buscar um ponto de equilíbrio entre mutuários e agentes financeiros. Um ponto de partida interessante em vista desse equilíbrio poderia ser a aplicação das regras que limitam o acesso ao Poder Judiciário apenas às classes desfavorecidas, num juízo equitativo que terá função redistributiva em vista do atendimento da justiça econômica.

5.2. Sistema de amortização

Outra cláusula monetária dos contratos de financiamento que suscita controvérsias é o sistema de amortização. Com efeito, quando o mutuário paga as prestações, ocorre a amortização de parte do valor do imóvel (principal) acrescido de juros, além de outros encargos, como o CES, FCVS, seguros, etc. O percentual que o mutuário paga do principal e dos juros em cada prestação é determinado pelo sistema de amortização. De acordo com o sistema, o mutuário decide contratar o financiamento, prevendo o quanto pagará de prestação mês a mês, de modo a não comprometer o orçamento doméstico com uma parcela que não suporte pagar. Assim, se o sistema admite o pagamento de maior parte do principal, os juros sobre as parcelas seguintes incidirão sobre um saldo devedor menor, progressivamente diminuído; ao revés, se as parcelas iniciais contemplam mais juros, o saldo remanescente será maior e a incidência dos juros também. O mutuário calcula, assim, qual o valor tomará emprestado e o prazo no qual pagará o empréstimo.

Dentre os sistemas, embora não haja um consenso quanto à denominação, há o Sistema de Amortização Constante (SAC) e o Sistema de Amortização Crescente (Sacre). No SAC as prestações serão decrescentes, em progressão aritmética, porque o mutuário começa amortizando uma parcela mais substancial da dívida, de modo que os juros passam a incidir sobre um saldo devedor cada vez menor. No Sacre as parcelas também serão decrescentes, mas se mantêm fixas por períodos do financiamento, normalmente por 12 meses, para propiciar uma amortização mais rápida do principal. Assim, os sistemas apresentam desempenhos diferentes no valor das prestações no decorrer do tempo, direcionando a imputação do pagamento ao principal ou aos juros, que se mantêm na mesma taxa em todos os sistemas. Todavia, esses sistemas, por apresentarem um valor da prestação relativamente maior no início da contratação, se comparados

com outros, excluiriam um contingente maior de famílias de renda inferior, solução incompatível com um programa habitacional que tem a necessidade de apresentar resultados a curto prazo.

O sistema de amortização utilizado pelo BNH até 1972 foi o Sistema de Amortização de Prestação Constante (SAPC), pela *Tabela Price*, também conhecida como método francês de amortização, pelo qual as prestações periódicas são iguais e sucessivas, ou seja, permanecem constantes nos financiamentos⁴⁸⁶. Segundo Aragão, esse sistema apresentava um forte *appeal* político, pois possibilitava o pagamento de prestações menores nos primeiros anos da concessão do crédito e, portanto, um comprometimento mais baixo da renda familiar com o item habitação no momento da aquisição⁴⁸⁷. Nesse sistema, as prestações iniciais se destinam quase que exclusivamente para o pagamento dos juros, e somente uma pequena parte é utilizada para amortização da dívida. Para manter a prestação igual em todo o período do mútuo, no final do prazo, há a situação inversa, ou seja, o pagamento maior será de amortização do principal e somente uma pequena parcela de juros. Há assim um contrabalanço inversamente proporcional a longo prazo, quando da amortização de cada prestação⁴⁸⁸. Isto faz com que no sistema Price a prestação se mantenha igual durante todo o prazo contratual. Segundo Aragão, a contrapartida do sistema “é o aumento do custo financeiro do crédito, representado pela incidência de juros incorporados ao capital durante uma larga parte do prazo do contrato, o que torna a parcela da prestação destinada aos juros um múltiplo que é alocada à amortização do capital”⁴⁸⁹.

A partir de 1972, o BNH⁴⁹⁰ possibilitou a adoção de outros sistemas, dentre eles inclusive a Tabela Price. E em 7 de maio de 1979, por meio da Resolução n° 15, a Diretoria do BNH estabeleceu o “Sistema de Amortização com Progressão Aritmética”, que veio a ser conhecida como Sistema de Amortização Mista (SAM), que significava a combinação dos sistemas SAC e Price. Ele era determinado por uma variável em função de um coeficiente ‘q’ aplicável à prestação inicial, cujo valor seria fixado periodicamente pela Diretoria, e importava em uma prestação inicial maior que a Tabela Price e menor do que o SAC⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luis Aureliano Gama. *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁸⁷ *Op. cit.*, p. 111.

⁴⁸⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Op. cit.*, p. 282.

⁴⁸⁹ *Op. cit.*, p. 111. Daí advêm as críticas de que a Tabela Price seria ilegal por importar em anatocismo (incidência de juros sobre juros), vedado pela Súmula n° 121, do STF. Ver, por exemplo, CASADO, Márcio Mello. O uso da tabela *price* no crédito ao consumo. In: *Revista de direito do consumidor*, n. 29. São Paulo: RT, janeiro-março de 1999; SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Op. cit.*, pp. 222-250.

⁴⁹⁰ Por meio da Resolução n° 20, de 22 de abril de 1972.

⁴⁹¹ AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luis Aureliano Gama. *Op. cit.*, p. 57.

Os mutuários passaram a questionar judicialmente o sistema Price, reivindicando a troca do sistema de amortização por um sistema de juros simples. A veiculação de tal pretensão, todavia, no mais das vezes feita de forma equivocada, por desconhecimento por parte dos mutuários e de seus advogados dos detalhes imprescindíveis à defesa dos seus direitos em juízo, acabava por recrudescer os problemas contratuais. A alegação recorrente era a de que o sistema importava em anatocismo. Poucos visualizavam o real problema, pois, com a singela substituição do sistema de amortização, ainda continuaria o problema do descasamento entre os índices de correção da prestação e do saldo devedor, conforme exposto no item anterior, o que determinava um saldo residual a ser pago no final do contrato.

Com efeito, todo sistema de amortização é baseado numa fórmula matemática que não considera os índices de inflação. Quando se insere tal elemento no cálculo das parcelas e do saldo devedor, o resultado da amortização se mantém intacto. Porém, quando as parcelas são corrigidas sob um critério (aumentos salariais) e o saldo devedor é atualizado sob outro (reajuste da poupança), totalmente independentes, com fatores de correção diferentes (aumento do preço da mão-de-obra, que depende de negociação salarial com o empregador, e aumento generalizado de preços de produtos e serviços, que independe do fator negociação salarial, respectivamente⁴⁹²) tem-se uma distorção que afetará o resultado final. Ou seja, os juros incidirão sobre uma parcela defasada, avolumando-se distorcidamente e, mesmo que pagas todas as prestações em dia, haverá um saldo devedor a pagar no final. E, em todo o histórico brasileiro do SFH, jamais os salários tiveram o índice de correção iguais da poupança⁴⁹³, tanto é que a norma visava a preservar a continuidade dos pagamentos, e não adiantá-los, o que aconteceria caso os salários tivessem correção superior à poupança.

Como visto, a lei e as próprias decisões judiciais, no mais das vezes, se preocuparam com a correção das prestações, indexando-as aos lentos e defasados aumentos salariais dos trabalhadores, mas não se incomodaram com a correção do saldo devedor, que continuou sendo reajustado pela poupança, de modo que a inflação atingiu de modo diverso os valores da prestação e do saldo devedor. Isto desvirtuou o sistema de amortização, pois o pagamento das

⁴⁹² Nesse aspecto, fica evidente a conexão do sistema de amortização com o tema das “relações intercontratuais” citadas no início da seção 3.1, conforme propugnado pela AJPE. Vê-se que a alteração judicial das cláusulas monetárias em função da substituição do sistema de amortização, sem considerar a existência das relações intercontratuais na sociedade de mercado, pode acarretar consequências imprevisíveis, com a replicação de seus efeitos nefastos nas demais relações contratuais.

⁴⁹³ ROCHA, Márcio Antônio. *Sistema Financeiro da Habitação: soluções jurídicas e proposições para o futuro*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 33.

prestações deveria determinar a quitação no final do prazo contratual, mas isso não ocorria em razão de sempre haver um resíduo do saldo devedor. E não seria a singela troca do sistema de amortização que corrigiria esse disparate. Ao revés, poderia trazer até maiores prejuízos do que benefícios, se não houver critérios claros de imputação de pagamento das parcelas pretéritas. Assim, por exemplo, por importar em uma prestação inicial menor, a substituição por um sistema de amortização a juros simples envolve saber o que se fará com a prestação paga a maior no sistema Price, ou seja, se será devolvida ao mutuário ou se será abatida no desenvolvimento contratual, e a que título (amortização ou juros) ou a que taxa de juros⁴⁹⁴. Como se vê, a troca do sistema de amortização pela judicialização dos contratos não resolveria o problema, podendo inclusive trazer transtornos ainda maiores, com a própria inexecutabilidade da decisão que não se atentasse a todos esses detalhes.

Se o valor das prestações não bastava para o pagamento da amortização do principal e dos juros, haveria situações de amortização inexistente, negativa ou insuficiente que desequilibravam o contrato, pois o saldo devedor não estava sendo reduzido. Se a parcela for insuficiente para pagar ambos (capital e juros), a parte paga não pode ser imputada somente no pagamento de juros, como as instituições financeiras costumam fazer. Por imperativo legal⁴⁹⁵, os contratos do SFH devem compor em cada parcela a amortização do principal e o pagamento de juros, na proporção fixada no sistema de amortização, sob pena de subversão do sistema de amortização contratado.

Isso significa que, no caso de amortização insuficiente, parte dos juros e parte do principal têm que ser lançados no saldo devedor, em conta separada, que será paga no final corrigido de acordo com o previsto no contrato, sem que se incidam novos juros para se evitar o anatocismo, vedado pela Súmula n° 121 do STF. Isso deve ocorrer, ainda que o saldo devedor possa ser coberto pelo FCVS, haja vista que o mutuário pode pretender a desoneração antecipada do imóvel⁴⁹⁶. Na realidade, uma vez que as prestações devem ser compostas necessariamente de juros e amortização do principal, parte do prejuízo decorrente do pagamento a menor deverá ser proporcionalmente distribuído entre ambos, pois não há a possibilidade de se imputar o

⁴⁹⁴ ROCHA, Márcio Antônio. *Op. cit.*, p. 36.

⁴⁹⁵ Porque a regra geral, de imputação de pagamento primeiramente nos juros vencidos, conforme previsto no art. 993 do Código Civil de 1916 (art. 354 atual), é excepcionada pelas regras especiais do SFH: arts. 5º, *caput*, 6º, 'c' e 10, § 1º, da Lei n° 4.380, de 1964, art. 2º da Lei n° 8.692, de 1993, e art. 24, § 1º, da Lei n° 8.177, de 1991.

⁴⁹⁶ Solução dada por ROCHA, Márcio Antônio. *Op. cit.*, pp. 46-51; e também pelo STF no RE 96.875-RJ, Relator Ministro Djaci Falcão, DJ 27/10/1983, 2ª Turma, que determinou a exclusão dos juros capitalizados mês a mês da condenação em execução de contrato de mútuo hipotecário pelo SFH.

pagamento somente nos juros - o que significaria amortização inexistente. Porém, o sistema Price continua sendo impugnado judicialmente, tendo alguns Tribunais afastado a sua aplicação, sem maior preocupação do que fazer com o histórico de pagamentos e a necessária imputação⁴⁹⁷.

Visando a prevenir esses problemas, o PMCMV teve especial preocupação com a amortização dos empréstimos, estabelecendo a livre pactuação do respectivo sistema. Entretanto, foram esclarecidos os critérios mínimos a serem seguidos pelos agentes para utilização de sistemas de amortização nas operações de empréstimo ou financiamento realizadas por instituições integrantes do SFH, considerando o histórico de questionamentos judiciais sobre a forma de amortização do saldo devedor das operações contratadas. Além disso, permitiu expressamente a capitalização de juros nas operações do SFH⁴⁹⁸. Objetivou-se garantir aos mutuários que as prestações serão cobradas rigorosamente de acordo com a taxa de juros que foi definida em contrato, uma vez que o cálculo do valor presente das prestações, feito mediante a utilização dessa mesma taxa, não poderá resultar em valor diferente daquele emprestado⁴⁹⁹.

Portanto, foram provocadas distorções nos contratos de financiamento imobiliário em função da judicialização, pois as decisões judiciais não se preocupavam com a imputação dos pagamentos já efetuados. De modo semelhante com o que aconteceu com a correção monetária, a judicialização exacerbada do sistema de amortização levou à edição de normas que deixaram o respectivo sistema à livre pactuação. Tal norma visa, em última análise, na visão da AJPE, a conter os efeitos nefastos, decorrentes da alteração judicial das cláusulas monetárias, nas relações intercontratuais que são conectadas entre si na economia. O mutuário, ao menos em tese, pode escolher o sistema que lhe aprouver, em negociação com a instituição financeira, ajustando a evolução das prestações ao seu orçamento doméstico. O respeito de tal escolha, por outro lado, reduz o risco judicial que seria imposto às demais relações jurídicas com relevo econômico que se relacionam de alguma forma na sociedade de mercado.

⁴⁹⁷ O próprio STJ já reconheceu a ilegalidade, em razão da onerosidade excessiva, da aplicação da Tabela Price no REsp 668.795-RS, Relator Ministro José Delgado, DJ 13/06/2006, 1ª Turma. Contudo, hoje predomina naquele Tribunal o entendimento de que se trata de questão de fato atinente à interpretação das cláusulas contratuais, o que afasta o conhecimento da matéria em sede de recurso especial (v.g. REsp 647.598-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/06/2006, 3ª Turma; e AgRg no Ag 710.704-RS, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 29/05/2006, 3ª Turma).

⁴⁹⁸ O STJ considerou a legalidade de tal hipótese no julgamento do AgRg no REsp 873.504-SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJ 21/10/2010, 4ª Turma, no seguinte sentido: “Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação até a edição da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade”.

⁴⁹⁹ Arts. 15-A e 15-B, da Lei nº 4.380, de 1964, inseridos pelo art. 75, da Lei nº 11.977, de 2009.

5.3. Taxa de juros

Por derradeiro, o último ponto importante relativo aos conteúdos contratuais monetários de interesse público diz respeito à conformação da política de juros na fruição do direito à moradia. Como anotam Vasconcelos e Cândido Jr., o problema do financiamento habitacional brasileiro se concentra no patamar da taxa de juros:

A solução do governo para o financiamento a longo prazo se dá por meio da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), no entanto, somente o BNDES empresta a esta taxa, que é extremamente não-competitiva para a captação, dada a atual conjuntura econômica. Pela natureza do mercado imobiliário, a redução das taxas de juros é essencial⁵⁰⁰.

Portanto, a política habitacional brasileira sofre forte influência da política monetária adotada pelo governo federal. Nesse contexto, uma política de redução da taxa de juros teria grande potencial na efetivação do direito à moradia. Nada obstante, apesar do grande impacto da fixação da taxa SELIC na determinação das taxas dos juros das operações bancárias no mercado, no SFH, sempre se adotou a fixação de limites legais aos juros cobrados para os financiamentos relativos à aquisição da casa própria.

O Código Civil, no seu art. 1.062, previa que a taxa de juros moratórios pelo descumprimento de obrigação legal ou convencional, esta última quando não convencional ou não pactuada a taxa, seria de 6% ao ano. O art. 1º do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (também chamado de Lei da Usura), vedou em quaisquer contratos a estipulação da taxa de juros superiores ao dobro da taxa legal. Isto significava que as partes não poderiam convencionar taxas superiores a 12% ao ano. Todavia, o STF, mediante a Súmula nº 596, entendeu que tais limites não seriam aplicáveis às entidades integrantes do SFN, *verbis*: “As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”.

Apesar de, no entendimento do STF, o SFN encontrar-se livre para a pactuação de juros, como exposto, no SFH a tradição sempre foi a fixação de patamar máximo de juros nas suas operações. Assim é que a Lei nº 4.380, de 1964, previa taxa de juros não superior a 10% (art. 6º, ‘e’). O art. 39, § 3º, da referida lei, por seu turno, autorizava ao BNH fixar limites de taxas de juros às sociedades de crédito imobiliário que operavam no SFH. Com base em tal

⁵⁰⁰ *Op. cit.*, p. 31.

dispositivo, o BNH fixou, mediante a Circular nº 54/4441/67, para o mês de novembro de 1967, em 18% a taxa máxima para os contratos de mútuo celebrados para a aquisição da casa própria. Tendo sido questionada sua legalidade, o STF entendeu que a mencionada circular não extrapolava as competências do BNH, notadamente porque ela foi editada antes do Decreto nº 63.182, de 27 de agosto de 1968, que no seu art. 2º, limitou os juros ao teto de 10% ao ano⁵⁰¹.

Somente em 1993, por meio da Lei nº 8.692, foi imposto novo teto de 12% ao ano, competindo ao Bacen e ao Conselho Curador do FGTS, respectivamente, estabelecer a taxa de juros, respeitado o limite, em função da renda do mutuário, nos financiamentos realizados com recursos oriundos da caderneta de poupança e do FGTS (art. 25 e parágrafos).

Alguns autores chegam a criticar a fixação de taxa máxima de juros. Silvio Luis Ferreira da Rocha, por exemplo, sustenta que, se o crédito imobiliário busca recursos nos depósitos do FGTS e da poupança, remunerados, respectivamente, a taxas de juros de 3% e 6% ao ano respectivamente, não faria sentido permitir um ganho financeiro de 6% a 9% ao ano por parte de quem empresta às custas do mutuário⁵⁰². Todavia, esquece-se o autor de que os juros em um sistema de mercado são remuneratórios, ou seja, há a necessidade de remuneração do capital da instituição que empresta o numerário aos mutuários. A limitação dos juros no máximo do que se paga aos depósitos, em um sistema de livre mercado, acabaria por esvaziar a fonte de recursos, pois não seria possível remunerar os depósitos na mesma taxa. Isto levaria à inviabilização do sistema de crédito, prejudicando em última análise o titular do direito à moradia.

Portanto, somente em um sistema de juros subsidiados a fundo perdido, como ocorre com os mutuários de baixa renda, haveria sustentabilidade do programa. Combinando os dois nichos mercadológicos (livre mercado para o segmento de classe média-alta e subsídio governamental para o estrato de baixa renda), resta efetivada a justiça econômica, nos moldes propugnados pela AJPE, alcançando-se o equilíbrio entre a produção e consumo de modo equânime para toda a população, e não somente para a classe privilegiada economicamente. Por outro lado, o subsídio cruzado nos juros do crédito imobiliário também se insere na noção de contratos interrelacionais desenvolvida pela AJPE. Assim, uma eventual intervenção judicial na taxa de juros dos contratos de crédito imobiliário será absorvida na cadeia produtiva, diante da evidente interconexão dos contratos no fornecimento de crédito em uma economia de mercado.

⁵⁰¹ RE 90.554-RJ, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 03/07/1979, 2ª Turma.

⁵⁰² *Op. cit.*, p. 181.

Nada obstante, após longa discussão jurisprudencial acerca da obrigatoriedade de tal limitação aos contratos do SFH, apenas em 24 de maio de 2010, a Corte Especial do STJ resolveu definitivamente a questão, pela Súmula nº 422, estabelecendo que: “O art. 6º, e, da Lei n. 4.380/1964 não estabelece limitação aos juros remuneratórios nos contratos vinculados ao SFH”. Segundo esse entendimento, o dispositivo apenas dispõe sobre a aplicação do reajuste previsto no art. 5º da Lei nº 4.380, de 1964, para o SFH, vale dizer, seria um critério de correção monetária, e não de remuneração do capital.

Deve-se esclarecer que, diferentemente do SFH, que sempre teve previsto na lei uma taxa máxima de juros que foi flexibilizada pela jurisprudência, no âmbito do SFI, vige a livre pactuação da taxa de juros, a teor do que prescreve o art. 5º, inciso II, da Lei nº 9.547, de 1997.

No SFH, como visto, objetivando permitir o acesso de famílias de renda mais baixa à moradia, sem aporte de recursos orçamentários, estabeleceu-se um sistema de *subsídio cruzado*, cobrando-se juros diferenciados crescentes em relação ao valor do financiamento, de modo que quem necessitasse de mais recursos pagaria juros maiores. Tais patamares seriam compensados em caráter redistributivo, com taxas de juros menores a famílias de baixa renda, o que permitia a viabilidade do sistema, remunerando seus agentes financiadores. Assim, a política de juros remuneratórios varia de acordo com a capacidade econômica da entidade familiar, sendo-lhe diretamente proporcional⁵⁰³. Esse mecanismo merece ser incentivado e aperfeiçoado, pois propicia a transferência de recursos das classes de melhor poder aquisitivo para os extratos de menor renda da população, redistribuindo-se a riqueza gerada na economia e efetivando o direito à moradia a quem não tem acesso ao mercado imobiliário.

Por derradeiro, sobre a matéria, é importante ressaltar que, para a aquisição de habitação popular no âmbito do PMCMV com recursos do FGTS, a Resolução nº 460, de 14 de dezembro de 2004, do Conselho Curador do FGTS, estabeleceu a taxa nominal de juros de 6% ao ano, exceto nas operações de empréstimos destinadas a entidades do setor público e nas operações de financiamento concedidas a pessoas físicas com renda familiar bruta limitada a R\$ 2.790,00, casos em que os juros poderão ser reduzidos a 5%. Em determinadas situações, pode, ainda, ser concedido um benefício representado pela cobertura da remuneração dos agentes financeiros, ou seja, um diferencial de juros, de até 1,16%, coberto pelo FGTS.

⁵⁰³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. cit.*, p. 213.

Pelo exposto, a política monetária de redução de taxa de juros teria por efeito estimular o crédito imobiliário, melhorando os padrões gerais de fruição do direito à moradia da população brasileira. Sem embargo, os contratos de crédito imobiliário sempre tiveram um patamar máximo de juros remuneratórios fixado em lei, que acabou sendo flexibilizado com o tempo pela jurisprudência pátria. Diante disso, somente uma política de subsídio cruzado, como a que vem sendo adotada desde os tempos do SFH, garante o equilíbrio entre a produção e o consumo. Já no âmbito do PMCMV, a opção foi pelo subsídio governamental da taxa de juros (e do preço) à população carente. A reunião desses dois mecanismos (subsídio cruzado e governamental) traduz importante medida de efetivação ao direito à moradia.

6. CONCLUSÕES

Ao longo deste trabalho, buscou-se identificar as conexões existentes entre a política de crédito imobiliário e a efetivação do direito à moradia da população brasileira. Com base na constatação de que a atual doutrina jurídica formalista apresenta nítidas insuficiências em termos de elaborar uma crítica que seja útil à efetivação dos direitos fundamentais, o estudo dedicou-se à aplicação da AJPE, uma abordagem alternativa consistente que propõe indicar meios de conciliar a fruição dos direitos humanos e fundamentais com a justiça econômica. Como instrumental complementar, valeu-se do campo de estudos denominado “Novo Direito e Desenvolvimento”, para analisar a política habitacional brasileira. Portanto, procurou-se no presente trabalho avaliar se a atual condução da política habitacional produziu resultados – ou tem o potencial de produzi-los – na efetivação do direito à moradia no Brasil.

De tudo o que foi exposto, verifica-se no histórico da política habitacional brasileira, em diversas oportunidades, que o Estado se afastou do objetivo de incrementar o acesso e de promover melhorias ao direito à moradia, passando a prestigiar outros valores e a viabilizar metas diversas, no mais das vezes comprometidas com a lógica do mercado financeiro e com segmentos da população que não constituiriam o público-alvo original das políticas.

Como visto, o FCVS, criado pelo extinto BNH, suportou diversos benefícios fiscais concedidos aos mutuários do SFH durante a sua história, o que reduziu as obrigações dos mutuários e aumentou as do Fundo, com a imprescindível cobertura de recursos orçamentários⁵⁰⁴. O objetivo do FCVS, que foi criado para liquidar eventuais saldos devedores residuais, foi desvirtuado, passando a assumir responsabilidades crescentes incompatíveis com seu patrimônio e seu fluxo de caixa, acarretando um acúmulo da dívida assumida pelo governo federal. Segundo dado do Ministério da Fazenda o déficit técnico do FCVS apurado pela avaliação atuarial de 31 de dezembro de 2009, é de R\$ 85,5 bilhões.

⁵⁰⁴ Os subsídios legais foram descritos nos capítulos 4 e 5. Miguel Reale e outros dividem em dois grupos de subsídios: a) sobre as prestações, mais comuns entre 1967 e 1985; e b) sobre o saldo devedor, de 1985 a 1990. (*Op. cit.*, pp. 42-46).

Como anota Osório, “a história tem demonstrado que nem o livre mercado nem os Estados sozinhos têm conseguido oferecer respostas à falta de habitação adequada e às violações ao direito à moradia”⁵⁰⁵. A narrativa demonstrou que uma política habitacional que foi orientada para o mercado, sem a *prévia* destinação de recursos orçamentários às operações, acabou por gerar uma insatisfação social que levou à complementação financeira via orçamento, por meios transversos (pelo FCVS) e *a posteriori*, com o governo tendo sido chamado a socorrer os mutuários, muitos dos quais que sequer necessitavam de apoio financeiro governamental. Sob esse prisma, o PMCMV, por estabilizar expectativas *antes* do contrato firmado, com a complementação de recursos orçamentários nas operações de modo antecipado, tem o potencial de gerar menos contenciosos, que aumentam os custos da transação e atravancam o Poder Judiciário.

A configuração do direito à moradia, objeto da política econômica de crédito habitacional, não pode ser encarada como um jogo de soma zero, uma situação de eterno conflito, no qual ou o setor financeiro lucra e o titular do direito à moradia fica desabrigado ou o setor financeiro tem prejuízo e o direito à moradia é plenamente efetivado. Como ressaltam Azevedo e Andrade, “se o subsídio leva à ineficiência, o ‘empresarialismo’ da política traz a iniquidade”⁵⁰⁶. Em qualquer caso, não se pode deixar de levar em consideração todos os efeitos e os nexos recíprocos e interdependentes presentes na política econômica, sendo perigoso tomar partido em favor deste ou daquele interesse sem se atentar a todos os aspectos envolvidos. O risco de produzir consequências negativas é muito grande se não houver uma postura atenta a essa advertência.

Com essa cautela, o trabalho identificou o restabelecimento do equilíbrio no sistema de crédito imobiliário, que conjuga o funcionamento de um livre mercado para as classes mais abastadas com políticas redistributivas, mediante a complementação das operações com utilização de recursos orçamentários, para a população de baixa renda. Essa combinação tem por consequência estimular o mecanismo de crédito, de um lado, e reduzir o déficit habitacional, de outro.

Observou-se do estudo das estruturas monetárias contratuais, notadamente no que diz respeito às decisões judiciais que aplicaram as normas referentes à correção monetária e ao sistema de amortização, que a falta de compreensão de todas as variáveis envolvidas, quando

⁵⁰⁵ *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁰⁶ *Op. cit.*, p. 107.

sujeita ao debate judicial, tem o condão de inviabilizar todo o sistema de crédito. Com efeito, o descasamento da correção monetária das prestações e do saldo devedor, e o seu consequente impacto no sistema de amortização e no cômputo de juros de forma capitalizada, foram fenômenos que tiveram seu embrião na esfera política, mas tiveram seu ponto de equilíbrio seriamente afetado na esfera judicial. O resultado foi a adoção de medidas legais que restringiram ou limitaram o acesso ao Judiciário, como forma de garantir a manutenção do sistema livre de interferências que aumentassem os riscos das operações. Decerto que após anos de estabilização econômica, dificilmente as condições socioeconômicas da década de 1980 voltem a se repetir, mas fica a lição para as futuras gerações na formatação das cláusulas contratuais monetárias de conteúdo público, a fim de que os erros do passado não se repitam.

Por outro lado, como exposto, a dogmática jurídica tradicional brasileira se ressentia da falta de uma postura ativa, no mais das vezes tratando os problemas jurídicos habitacionais de um modo formal, sem se preocupar em propor mudanças jurídico-institucionais para a realidade concreta das questões. Muitas são as análises dos problemas habitacionais brasileiros, mas poucos se encorajam em desenvolver alguma solução jurídica que seja factível para a questão da moradia. A maioria das análises propõe soluções programáticas, com um discurso abstrato divorciado da realidade. No entanto, algumas iniciativas concretas nesse sentido merecem ser analisadas.

Márcio Antônio Rocha propõe que outra destinação seja dada aos recursos de poupança e do FGTS: a desoneração temporária por um período mínimo do pagamento de juros pelos mutuários, de acordo com percentual de recursos captados determinados pelo Bacen e CMN. Conforme tal proposta, caberia às instituições financeiras buscar no mercado financeiro a lucratividade hoje garantida pelos depósitos de poupança, citando por exemplo o mercado de securitização dos ativos imobiliários⁵⁰⁷. A solução proudhoniana⁵⁰⁸, contudo, retiraria a produtividade do capital, pois estabeleceria uma distorção que fatalmente seria apropriada na cadeia produtiva. Essa isenção dos juros seria acomodada em uma outra etapa pelas instituições financeiras, por exemplo, seria diluída nos juros, quando eles passassem a incidir após o período de carência. Assim, a lei que introduzisse essa solução somente existiria no papel, sendo

⁵⁰⁷ *Op. cit.*, pp. 82-140.

⁵⁰⁸ Referindo-se aqui à alcunha dada por Engels à proposta de Müllberger em *A questão da habitação*, uma vez que a proposição é bastante semelhante.

impotente, uma vez que a taxa de juros continuaria a ser regida pela lei econômica da oferta e procura.

Aragão, após concluir que o êxito de uma política habitacional depende de recursos a fundo perdido de origem federal, defende a criação de um adicional ao imposto de renda das pessoas físicas com rendimentos brutos superiores a um valor a ser fixado em função da análise do perfil dos contribuintes para financiar a aquisição de moradia para as populações de baixa renda. Ou então propõe que os recursos pertinentes ao pagamento de taxas de ocupação, foros e laudêmios de imóveis pertencentes ao patrimônio da União sejam redimensionados e alocados no programa habitacional⁵⁰⁹. Entretanto, o próprio autor pondera a dificuldade política na aprovação de aumento de impostos, sobretudo com vinculação de receitas, reconhecendo, assim, que os investimentos habitacionais devem continuar sendo financiados em grande medida pelo FGTS⁵¹⁰. Esses recursos, todavia, tem importantes variações cíclicas que dependem da conjuntura econômica, ou seja, em épocas recessivas sua disponibilidade diminui com a redução dos empregos formais e aumento dos saques por rescisão dos contratos de trabalho e, em épocas de crescimento econômico, sua fonte de recursos aumenta⁵¹¹. Uma forma de combater essa volatilidade é a destinação de recursos orçamentários a fundo perdido de acordo com a conjuntura econômica.

O estímulo ao mercado secundário de hipotecas, a exemplo da securitização das hipotecas *subprime* nos Estados Unidos, é medida que não pode prevalecer, sendo imperioso que tal ideia seja descartada. Aragão⁵¹², em edição publicada antes da crise econômica de 2008, defendia que tal medida poderia ser uma alternativa de captação de recursos para o financiamento da política habitacional brasileira. No atual nível de desregulamentação do sistema financeiro, sem que haja transparência, com ampla possibilidade de conhecimento do pacote que compõe esse mercado secundário, sem dúvida expõe todo o sistema a um risco que deve ser evitado. Além disso, esse mercado não tem por alvo o estímulo a políticas de acesso à moradia. Tais investimentos estão relacionados ao capital especulativo que dificilmente vão financiar, em condições adequadas, habitações a populações de baixa renda, que constituem o gargalo do déficit habitacional.

⁵⁰⁹ *Op. cit.*, p. 142.

⁵¹⁰ *Op. cit.*, p. 143.

⁵¹¹ *Op. cit.*, p. 144.

⁵¹² *Op. cit.*, p. 144. Sob o ponto de vista macroeconômico, Robson R. Gonçalves e Vasconcelos e Cândido Jr. (obras citadas, escritas na década de 1990) propõem o mesmo.

Por outro lado, práticas de crédito imobiliário equivocadas e irresponsáveis podem propiciar bolhas especulativas como a que impulsionou a recente crise mundial, prejudicando os direitos fundamentais e fragilizando toda a economia mundial. A atual política de crédito brasileira voltada à moradia para famílias de baixa renda, se não monitorada e fiscalizada pelo poder público, pode levar aos mesmos problemas especulativos que irromperam nos EUA. Nos períodos de expansão de crédito imobiliário e na ausência de instrumentos fiscais que punam a retenção especulativa do solo, o preço dos imóveis tende inevitavelmente a subir. Taxar o lucro imobiliário nas transações ou utilizar o IPTU progressivo⁵¹³ seriam medidas importantes para mitigação da especulação imobiliária.

De toda sorte, há que se concordar com Aragão na defesa do entendimento segundo o qual a redução do déficit habitacional depende da alteração das bases estruturais do sistema econômico, em termos de distribuição de riqueza e renda⁵¹⁴. De fato, se o déficit habitacional é tanto mais expressivo quanto menor o rendimento familiar, a redução da pobreza, acompanhada de políticas habitacionais seletivas, pode determinar a melhoria nos padrões de fruição do direito à moradia. Assim, no ambiente de estabilidade econômica que o país vive há mais de 15 anos, ainda que as taxas de crescimento não sejam ideais na maioria do período, a política habitacional tem de atuar de forma a eliminar essas distorções em termos de desigualdade social, disfunção que pode ser agravada se não houver uma compreensão global do tema.

Como restou evidenciado, já que o extinto BNH tinha necessidade de apresentar balanços positivos, os mais pobres não seriam atendidos se se deixasse o agente executor da política às regras do livre mercado, pois os recursos somente seriam alocados a quem tem capacidade de pagamento. Essa situação recrudesce a desigualdade social, na medida em que os mais necessitados não têm acesso à moradia nesse ambiente regulatório.

Assim, se não fossem alocados recursos orçamentários a fundo perdido pelos programas patrocinados pelo PMCMV, de forma a absorver parte do custo das habitações (seja do preço do imóvel ou do custo do financiamento), a tendência é que a política habitacional jamais atendesse essa parcela da população. Como anota Castro,

⁵¹³ Nesse ponto merece nota a advertência de Lopes, no sentido de que o IPTU deve ser seletivo, incidindo de modo mais contundente nos bens de produção do que nos bens de consumo. Segundo o autor, “o IPTU, como imposto sobre a propriedade, não distinguindo propriedades de propriedades, igualou trabalhador e capitalista. Ora, um trabalhador pode ter uma propriedade que se valoriza por razões totalmente alheias a sua vontade. Mas como ele nunca deixou de ser trabalhador, aquela propriedade, a sua moradia nunca deixou de ser, para ele, simples bem de consumo, portanto uma propriedade estática, não lucrativa” (*Op. cit.*, p. 127).

⁵¹⁴ *Op. cit.*, p. 537.

Quando os indivíduos demandam determinadas utilidades, e ainda assim o sistema de contratos não lhes oferece tais utilidades a preços acessíveis, os preços correntes, em princípio, são injustos, pois decorrem de uma política econômica defeituosa que distribui mais a uns, e menos a outros, a coerção política e o crédito financeiro⁵¹⁵.

Assim, deve-se enaltecer a concepção do atual PMCMV ao complementar com recursos orçamentários a capacidade de pagamento de famílias que não teriam acesso ao crédito imobiliário no sistema de livre mercado. É necessário, entretanto, monitorar e fiscalizar constantemente o sistema de crédito imobiliário, para que não se estimule a concessão de crédito de forma temerária aos mutuários de baixa renda, evitando-se a valorização artificial dos imóveis populares e precavendo-se de gerar uma nova crise, como a atual vivenciada. O fato é que não existem soluções mágicas para o problema habitacional brasileiro, mas a manutenção de suas linhas mestras, estimulando-se a participação social e a consolidação – e o constante aperfeiçoamento – dos mecanismos institucionais criados é imperativa para garantir o acesso a uma moradia adequada a toda a população.

Essas perspectivas estão em consonância com o que propõem as teorias neoinstitucionalistas do “Novo Direito e Desenvolvimento” que, ademais, dão fundamento para que seja defendido o atendimento das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional⁵¹⁶. Com o advento do Estatuto das Cidades, ressaltou-se no âmbito interno a necessidade de gestão democrática e participativa dos instrumentos de acesso à moradia, o que também se coaduna com o item 12 da Agenda Habitat II⁵¹⁷. A manutenção da política atual, portanto, com consolidação dos mecanismos institucionais, descentralização e participação social, à vista do atendimento do direito à moradia das camadas mais pobres, é o caminho a ser percorrido para atender a esses propósitos.

⁵¹⁵ *Op. cit.*, 2007, p. 128.

⁵¹⁶ No que tange ao crédito imobiliário, é a redação do item 9 da Agenda Habitat II: “Nós devemos trabalhar para expandir a oferta de moradia disponível permitindo aos mercados atuar com eficiência e de forma responsável social e ambientalmente, aumentando o acesso à terra e crédito e assistência àqueles que não estão hábeis a participar dos mercados imobiliários”.

⁵¹⁷ É a seguinte redação: “Nós adotamos a estratégia de capacitação e os princípios de parceria e participação como a abordagem mais democrática e efetiva para a realização de nossos compromissos. Reconhecer autoridades locais como nossos parceiros mais próximos, e essencialmente, na implementação da Agenda Habitat, nós devemos, dentro da estrutura jurídica de cada país, promover a descentralização através das autoridades democráticas locais e trabalhar para reforçar suas capacidades financeiras e institucionais de acordo com as condições dos países, além de assegurar sua transparência, responsabilidade e sensibilidade às necessidades das pessoas, que são requisitos cruciais para os governos de todos os níveis. Nós devemos também aumentar nossa cooperação entre parlamentares, setor privado, sindicatos e outras organizações civis e não governamentais com o devido respeito de suas autonomias”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- ARAGÃO, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luis Aureliano Gama. *Habitação e poder: da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional da Habitação*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.
- BATISTA, Roberto Cavalcanti. Serviços imobiliários: Sistema Financeiro da Habitação, Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, Sistema Hipotecário, Carteira Hipotecária Light, Carta de crédito da CEF – Sistema Sacre. O direito social e o Ministério Público. *In: Revista de direito do consumidor*, n. 26, São Paulo: RT, abril-junho de 1998.
- BLAY, Eva Alterman. Habitação: a política e o habitante. *In: BLAY, Eva Alterman (Org.). A luta pelo espaço*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1979.
- BOLEAT, Mark. *National Housing Finance Systems: a comparative study*. Londres-Sidney: Croom Helm, 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVII. Os jogos das trocas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. Eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais. O direito à habitação. *In: Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política*, Ano 7, n. 26, janeiro-março de 1999.
- BULGARELLI, Waldírio. *As cooperativas e o plano nacional de habitação*. São Paulo: Pioneira, 1966.
- CASADO, Márcio Mello. O uso da tabela *price* no crédito ao consumo. *In: Revista de direito do consumidor*, n. 29. São Paulo: RT, janeiro-março de 1999.

- CARTY, Anthony (ed.). *Law and development: the international library of essays in Law and legal theory*. New York: New York University Press, 1992.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *In: Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, 1997.
- _____ ; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990. *In: Revista de Sociologia e Política*, n. 18, 2002.
- _____. Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neo-clássica. *In: Revista jurídica da Presidência da República*, ago-set 2005, Brasília, v. 7, n. 74, 2005.
- _____. Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. *In: Revista Direito Empresarial (Curitiba)*, v. 6, 2006.
- _____. A função social como objeto da análise jurídica da política econômica. *In: Notícia do direito brasileiro (Nova série)*, n. 14, 2007.
- _____. Análise jurídica da política econômica. *In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 3, Número 1, 2009.
- CHANG, Ha-Joon. *Globalisation, economic development & the role of State*. London: Zed Books, 2003.
- CORBUSIER, Le. *Planejamento urbano*. São Paulo: Perspectiva, 1976.
- DAVI, Kaline Ferreira. A tutela judicial do direito à moradia. *In: Revista debates em direito público*, ano VI, n. 6, outubro de 2007.
- ENGELS, Friedrich. *Para a questão da habitação*. Lisboa-Moscovo: Avante!, 1983.
- EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. *In: Lua Nova*, n. 28/29, 1993.
- _____. The challenges of the “institutional turn”: new interdisciplinary opportunities in development theory. *In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (orgs.). The economic sociology of capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Crise financeira mundial: tempo de socializar os prejuízos e ganhos. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 48, n. 78, julho-dezembro, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico (reflexões sobre a propriedade urbana). *In: Revista dos Tribunais*, vol. 723, São Paulo: RT, janeiro de 1996.
- FARIA, José Eduardo. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. *In: Revista Direito GV*, v. 5, n. 2, julho-dezembro de 2009.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O direito constitucional à moradia e os efeitos da Emenda Constitucional 26-2000. In: *Cadernos do Ministério Público do Paraná*. Curitiba: MPPR, v. 3, n. 6, agosto de 2000.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A função econômica e social da propriedade: uma visão crítica sobre o Sistema Financeiro da Habitação e a tutela do bem de família. In: *Revista Forense*, v. 410, ano 106, julho-agosto de 2010.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES, Robson R. *Aspectos da demanda por unidades habitacionais nas regiões metropolitanas – 1995/2000*. Rio de Janeiro, setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0514.pdf>> Acesso em 6 de dezembro de 2011, 11:01 hs.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *As Constituições dos Estados da União Européia*. Lisboa: Vislis, 2000.

HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of international Law. In: *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, Summer, 2004. Disponível em: <<http://students.law.umich.edu/mjil/uploads/articles/v25n4-hafner.pdf>>. Acesso em 15 de novembro de 2011.

HAHNER, June E. *Pobreza e política: os pobres urbanos no Brasil – 1870-1920*. Brasília: Edunb, 1993.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*. Nova Iorque: W.W. Norton, 1999.

IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Vol. I. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

KRUGMAN, Paul. *A crise de 2008 e a economia da depressão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. A circulação do crédito hipotecário no Sistema Financeiro da Habitação. In: *Revista de Direito Imobiliário*, ano 21, n. 43, São Paulo: RT, janeiro-abril de 1998.

_____. O direito de propriedade como direito fundamental. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, Rio de Janeiro: Padma, abril-junho de 2008.

- LIMA, Sonia Lucio Rodrigues de. O Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto: novos sujeitos na luta pelo direito à cidade. *In: Universidade e sociedade*, ano XII, n. 29, março de 2003.
- LIRA, Ricardo Pereira. Direito à habitação e direito de propriedade. *In: Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro: UERJ, n. 6 e 7, 1998 e 1999.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia. *In: Revista de direito alternativo*, n. 2, 1993.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARICATO, Ermínia. *Habitação e as políticas urbana, fundiária e ambiental*. Minter-PNUD, Brasília, 1995.
- MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; e BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, n. 65, julho-setembro de 1993.
- _____. Constituição e direito civil: tendências. *In: Revista dos Tribunais*, n. 779, 2000.
- NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Nova Fronteira, 2000.
- NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Pillares, 2008.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- _____. New institutional economics and Third World Development. *In: HARRIS, John; HUNTER, Janet (eds.). New institutional economics and Third World Development*. London: Routledge, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, trad. M. C. de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PRADO, Luiz. Minha Casa, Minha Vida: a ocultação da memória e um réquiem para o planejamento urbano. *In: Política democrática: revista de política e cultura*, ano IX, n. 27, junho de 2010.
- PRADO, Mariana Motta. Análise de custo-benefício e o direito. *In: BITTAR, Eduardo C. B., SOARES, Fabiana de Menezes (orgs.). Temas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. What is Law & Development? *In: Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 11, outubro de 2010.

REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; DUTRA, Pedro Alberto do Amaral. *Sistema Financeiro da Habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado*. São Paulo: ABECIP, outubro de 1994.

ROCHA, Márcio Antônio. *Sistema Financeiro da Habitação: soluções jurídicas e proposições para o futuro*. Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia. *In: Revista do direito do consumidor*, Brasilcon, São Paulo: RT, n. 36, ano 9, outubro-dezembro de 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perspectivas para a pesquisa em Direito e Desenvolvimento. *In: Cadernos Direito GV*, v. 5, 2008.

SÁ, Fernando. O seguro de crédito obrigatório no Sistema Financeiro da Habitação e no Programa “Minha Casa Minha Vida”. *In: Revista Jurídica Empresarial*, v. 3, n. 13, março-abril de 2010.

SANTOS, Cláudio Hamilton M. dos. *Políticas federais de habitação no Brasil: 1964/1998*. Brasília, 1999. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_99/td_654.pdf > Acesso em 20 de novembro de 2011, 16:20 hs.

_____; CRUZ, Bruno de Oliveira. *A dinâmica dos mercados habitacionais metropolitanos: aspectos teóricos e uma aplicação para a grande São Paulo*. Brasília, março de 2000. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_2000/td_713.pdf > Acesso em 20 de novembro de 2011, 15:48 hs.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O direito fundamental à moradia aos 20 anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, ano 2. n. 8, Belo Horizonte: Fórum, n. 20, outubro-dezembro de 2008.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do*

Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dezembro-janeiro-fevereiro, 2009-2010. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf> Acesso em 8 de novembro de 2011.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Juros no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

SERRA, Geraldo. *Urbanização e centralismo autoritário*. São Paulo: Edusp, 1991.

SHAPIRO, Michael J. The Globalization of Law. *In: Indiana Journal of Global Legal Studies*. Bloomington: Indiana University School of Law, v. 37, n. 1, 1993.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. O direito econômico e o fenômeno urbano atual. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 50, Belo Horizonte: UFMG, janeiro de 1980.

TAMANAHAN, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. *In: Revista Direito GV*, v. 5, n° 1, São Paulo-SP, janeiro-junho de 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

TRUBEK, David. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. *In: Revista Direito GV*, v. 3, n° 1, São Paulo-SP, janeiro-junho de 2007.

_____. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. *In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina direito e desenvolvimento. *In: Revista Direito GV*, v. 3, n° 2, São Paulo-SP, julho-dezembro de 2007.

VASCONCELOS, José Romeu de; CÂNDIDO JR., José Oswaldo. *O problema habitacional no Brasil: déficit, financiamento e perspectivas*. Brasília, abril de 1996. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_410.pdf> Acesso em 5 de dezembro de 2011, 22:58 hs.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*, v. 1, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. *In: Revista de Direito Privado*, ano 1, n. 2, abril-junho de 2000.

VIOLA, Luís Armando. O direito social à “moradia” com o advento da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade). *In: Revista de interesse público*, n. 37. Porto Alegre: Notadez, maio-junho de 2006.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1993.

ANEXO: LEIS E ATOS NORMATIVOS

Período do Império até meados do século XX (Seção 4.3)

- Lei n° 1.237, de 24 de setembro de 1864
- Decreto n° 3.471, de 3 de junho de 1865
- Decreto n° 4.461, de 27 de janeiro de 1870
- Decreto n° 4.784, de 6 de setembro de 1871
- Decreto n° 5.094, de 25 de setembro de 1872
- Decreto n° 5.084, de 11 de setembro de 1872
- Decreto n° 5.216, de 1° de fevereiro de 1873
- Decreto n° 5.219, de 1° de fevereiro de 1873
- Decreto n° 6.695, de 24 de setembro de 1877
- Decreto Legislativo n° 3.151, de 9 de dezembro de 1882
- Decreto n° 9.457, de 11 de julho de 1885
- Decreto n° 9.509, de 17 de outubro de 1885
- Decreto n° 9.510, de 17 de outubro de 1885
- Decreto n° 9.511, de 17 de outubro de 1885
- Decreto n° 9.560, de 27 de fevereiro de 1886
- Lei n. 3.349, de 20 de outubro de 1887
- Decreto n° 9.859, de 8 de fevereiro de 1888
- Decreto n° 10.317, de 22 de agosto de 1889
- Decreto n° 10.386, de 5 de outubro de 1889
- Decreto n° 169-A, de 19 de janeiro de 1890
- Decreto n° 843, de 11 de outubro de 1890
- Decreto n° 894, de 18 de outubro de 1890
- Decreto n° 895, de 18 de outubro de 1890
- Decreto n° 213, de 2 de maio de 1891
- Decreto n° 326, de 16 de maio de 1891
- Decreto n° 327, de 16 de maio de 1891

- Decreto n° 328, de 16 de maio de 1891
- Decreto n° 329, de 16 de maio de 1891
- Decreto n° 330, de 16 de maio de 1891
- Decreto n° 331, de 16 de maio de 1891
- Decreto n° 332, de 16 de maio de 1891
- Decreto n° 370, de 2 de maio de 1890
- Decreto n° 434, de 4 de julho de 1891
- Decreto n° 439, de 11 de julho de 1891
- Decreto n° 505, de 28 de agosto de 1891
- Decreto n° 1.305, de 7 de março de 1893
- Decreto n° 3.416, de 26 de setembro de 1899
- Decreto n° 4.139, de 27 de agosto de 1901
- Decreto n° 7.785, de 31 de dezembro de 1909
- Decreto n° 7.841, de 19 de janeiro de 1910
- Decreto n° 2.407, de 18 de janeiro de 1911
- Decreto n° 11.554, de 22 de abril de 1915
- Lei n° 4.182, de 13 de novembro de 1920
- Decreto n° 4.209, de 11 de dezembro de 1920
- Decreto n° 14.728, de 16 de março de 1921
- Decreto n° 18.374, de 28 de agosto de 1928
- Decreto n° 18.485, de 14 de novembro de 1928
- Decreto n° 22.307, de 4 de janeiro de 1932
- Decreto-lei n° 22.239, de 19 de dezembro de 1932
- Decreto n° 23.090, de 17 de agosto de 1933
- Decreto n° 24.427, de 15 de julho de 1934
- Decreto-lei n° 4.508, de 23 de julho de 1942
- Decreto-lei n° 9.218, de 1° de maio de 1946
- Decreto-lei n° 9.777, de 6 de setembro de 1946
- Lei n° 1.473, de dezembro de 1951
- Portaria n° 69, de 23 de maio de 1952, do Ministério do Trabalho

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH) (Seção 4.4)

- Lei n° 4.380, de 21 de agosto de 1964
- Lei n° 4.494, de 25 de novembro de 1964
- Lei n° 4.591, de 16 de dezembro de 1964
- Decreto n° 55.279, de 22 de dezembro de 1964
- Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964
- Lei n° 4.728, de 24 de julho de 1965
- Decreto n° 58.377, de 9 de maio de 1966
- Lei n° 5.107, de 13 de setembro de 1966
- Decreto-lei n° 70, de 21 de novembro de 1966
- Resolução n° 25, de 16 de junho de 1967, do Conselho de Administração do BNH
- Lei n° 5.334, de 12 de outubro de 1967
- Decreto-lei n° 759, de 12 de agosto de 1969
- Lei n° 5.741, de 1° de dezembro de 1971
- Lei n° 5.762, de 14 de dezembro de 1971
- Decreto n° 70.951, de 9 de agosto de 1972
- Decreto n° 72.512, de 23 de julho de 1973
- Decreto-lei n° 1.358, de 12 de novembro de 1974
- Lei n° 6.151, de 2 de dezembro de 1974
- Decreto-lei n° 1.431, de 5 de dezembro de 1975
- Decreto-lei n° 1.491, de 1° de dezembro de 1976
- Decreto-lei n° 1.596, de 22 de dezembro de 1977
- Decreto-lei n° 1.657, de 23 de janeiro de 1979
- Lei n° 6.748, de 10 de dezembro de 1979
- Decreto-lei n° 1.728, de 12 de dezembro de 1979
- Lei n° 6.766, de 19 de dezembro de 1979
- Decreto-lei n° 1.851, de 27 de janeiro de 1981
- Decreto-lei n° 1.930, de 18 de março de 1982
- Circular n° 2.289, de 20 de maio de 1999, do Banco Central
- Circular n° 3.432, de 3 de fevereiro de 2009, do Banco Central

A crise do SFH e o vácuo institucional (Seção 4.5)

- Lei n° 7.196, de 13 de junho de 1984
- Decreto n° 91.145, de 15 de março de 1985
- Decreto-lei n° 2.291, de 23 de novembro de 1986
- Decreto n° 95.075, de 22 de outubro de 1987
- Decreto-lei n° 2.406, de 5 de janeiro de 1988
- Decreto n° 96.634, de 2 de setembro de 1988
- Lei n° 7.739, de 16 de março de 1989
- Lei n° 8.028, de 12 de abril de 1990
- Lei n° 8.004, de 14 de março de 1990
- Lei n° 8.668, de 25 de junho de 1993
- Resolução n° 2.170, de 30 de junho de 1995, do Conselho Monetário Nacional
- Resolução n° 2.770, de 30 de agosto de 2000, do Conselho Monetário Nacional
- Lei n° 10.150, de 21 de dezembro de 2000
- Instrução n° 472, de 31 de outubro de 2008, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)
- Medida Provisória n° 478, de 29 de dezembro de 2009
- Resolução n° 3.884, de 23 de março de 2010, do Conselho Monetário Nacional

O Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) (Seção 4.6)

- Decreto-lei n° 911, de 1° de outubro de 1969
- Lei n° 9.514, de 20 de novembro de 1997

A busca de novas alternativas (Seção 4.7)

- Lei n° 6.099, de 12 de setembro de 1974
- Lei n° 10.150, de 21 de dezembro de 2000
- Lei n° 10.188, de 12 de fevereiro de 2001
- Decreto n° 3.848, de 26 de junho de 2001
- Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001

- Medida Provisória nº 2.196-3, de 24 de agosto de 2001
- Medida Provisória nº 2.212, de 30 de agosto de 2001
- Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001
- Medida Provisória nº 2.223, de 4 de setembro de 2001
- Resolução nº 3.005, de 30 de julho de 2002, do Conselho Monetário Nacional
- Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003
- Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003
- Resolução nº 3.177, de 8 de março de 2004, do Conselho Monetário Nacional
- Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004
- Decreto nº 5.247, de 19 de outubro de 2004
- Lei nº 10.998, de 15 de dezembro de 2004
- Resolução nº 3.280, de 29 de abril de 2005, do Conselho Monetário Nacional
- Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005
- Resolução nº 3.347, de 8 de fevereiro de 2006, do Conselho Monetário Nacional
- Decreto nº 7.122, de 3 de março de 2010
- Resolução nº 3.932, de 16 de dezembro de 2010, do Conselho Monetário Nacional

Programa ‘Minha Casa Minha Vida’ (Seção 4.8)

- Decreto-lei nº 2.406, de 5 de janeiro de 1988
- Lei nº 7.682, de 2 de dezembro de 1988
- Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001
- Resolução nº 460, de 14 de dezembro de 2004, do Conselho Curador do FGTS
- Resolução nº 141, de 10 de junho de 2009, do Conselho Curador do FDS
- Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009
- Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009
- Portaria Interministerial nº 326, de 31 de agosto de 2009, dos Ministérios das Cidades e da Fazenda
- Medida Provisória nº 478, de 29 de dezembro de 2009
- Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010
- Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011

- Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011
- Decreto nº 7.499, de 16 de junho de 2011
- Instrução Normativa nº 32, de 21 de julho de 2011, do Ministério das Cidades
- Portaria nº 465, de 3 de outubro de 2011, do Ministério das Cidades
- Portaria Interministerial nº 531, de 10 de novembro de 2011, dos Ministérios das Cidades, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão
- Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2011
- Portaria nº 610, de 26 de dezembro de 2011, do Ministério das Cidades

Correção monetária (Seção 5.1)

- Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964
- Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965
- Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965
- Instrução nº 5, de 27 de janeiro de 1966, do BNH
- Decreto-lei nº 19, de 30 de agosto de 1966
- Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966
- Resolução nº 25, de 16 de junho de 1967, do Conselho de Administração do BNH
- Resolução nº 36, de 11 de novembro de 1969, do Conselho de Administração do BNH
- Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975
- Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977
- Decreto nº 88.371, de 7 de junho de 1983
- Decreto-lei nº 2.045, de 13 de julho de 1983
- Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983
- Decreto-lei nº 2.164, de 19 de setembro de 1984
- Decreto-lei nº 2.240, de 31 de janeiro de 1985
- Decreto-lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986
- Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986
- Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987
- Decreto-lei nº 2.406, de 5 de janeiro de 1988
- Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989

- Lei n° 7.737, de 1° de março de 1989
- Lei n° 8.004, de 14 de março de 1990
- Lei n° 8.024, de 12 de abril de 1990
- Lei n° 8.100, de 5 de dezembro de 1990
- Lei n° 8.177, de 1° de março de 1991
- Lei n° 8.692, de 28 de julho de 1993
- Lei n° 9.069, de 29 de junho de 1995
- Medida Provisória n° 2.223, de 4 de setembro de 2001
- Lei n° 10.931, de 2 de agosto de 2004

Sistema de amortização (Seção 5.2)

- Resolução n° 20, de 22 de abril de 1972, do BNH
- Resolução n° 15, de 7 de maio de 1979
- Lei n° 11.977, de 7 de julho de 2009

Taxa de juros (Seção 5.3)

- Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916 (Código Civil)
- Decreto n° 22.626, de 7 de abril de 1933
- Lei n° 4.380, de 21 de agosto de 1964
- Decreto n° 63.182, de 27 de agosto de 1968
- Lei n° 8.692, de 28 de julho de 1993
- Lei n° 9.514, de 20 de novembro de 1997
- Resolução n° 460, de 14 de dezembro de 2004, do Conselho Curador do FGTS