

O Sistema Financeiro da Habitação e o direito social à moradia

Ana Paula Gonçalves da Silva

Advogada da Caixa em Minas Gerais

Pós-graduada em Direito Público pela PUC/MG

RESUMO

O ser humano precisa morar, para que seja garantido o respeito à sua dignidade. Aí se apresenta a clara justificativa para que o legislador constitucional tenha elevado a moradia ao *status* de direito social. No Brasil, parte considerável dos problemas enfrentados nas cidades decorre de uma descontrolada explosão demográfica, aliada a políticas públicas inconsistentes para o setor e a planejamentos inadequados, não obstante preveja a Constituição em seu artigo 23 que compete de forma comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. O objetivo do presente trabalho é abordar os aspectos de efetividade e proteção do direito à moradia, dentro do contexto da legislação do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

Palavras-chaves: SFH. Moradia. Direito Social. Propriedade.

ABSTRACT

Human beings must live *in* a particular place, to ensure respect for their dignity. It presents a clear explanation for the constitutional legislature has a raised housing to the *status* of social right. *In* Brazil, considerable part of the problems faced *in* cities runs from a uncontrolled population explosion, combined with inconsistent public policies for the sector and inadequate planning, despite the Constitution provides *in* its Article 23 that it is so common to the Union, States, Federal District and Municipalities promote programs for the construction of houses and improvement of housing conditions and sanitation. The objective of this study is to address the issues of effectiveness and protection of the right to housing, within the context of the laws of the Housing Finance System - SFH.

Keywords: SFH. Housing. Social Right. Property.

Introdução

O direito social à moradia não aparece no texto original da Constituição Federal de 1988, mas somente após a Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal, para constar: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”.

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH), cuja origem está na Lei nº. 4.380, de 21 de agosto de 1964, foi criado para atender aos objetivos de impulsionar a construção civil e propiciar o aumento de oferta de habitações populares aos trabalhadores cuja renda não permitiria a aquisição de imóvel à vista.

O sistema aparece assim como uma ferramenta de concretização do novíssimo direito social e se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é de conhecimento amplo que o lugar de habitação do homem é centro de onde se irradiam suas principais relações jurídicas, sociais e afetivas.

Entretanto, o modelo que se apresentava tão desejável em teoria aproximou-se perigosamente da inviabilidade ao longo dos anos, por uma série de percalços de ordem política e econômica.

Se, por um lado, o financiamento imobiliário tornou-se desinteressante como forma de investimento para os Agentes Financeiros, em razão da difícil recuperação dos valores emprestados, também não é difícil encontrar na atualidade ações propostas com o fito de se obter a revisão dos contratos de financiamento firmados nas décadas de 80 de 90, considerados impagáveis pelos mutuários.

Nessas ações, quase sempre é invocado o direito social à moradia como o fundamento primeiro para impedir que o mutuário seja privado do imóvel que ocupa pelo não-pagamento da dívida contraída para a própria aquisição do bem.

Queremos, aqui, apontar os contornos do novo direito social, mostrando ser o Sistema Financeiro da Habitação um instrumento de sua efetivação; busca-se também contribuir para o debate sobre o aspecto da possibilidade de perda do imóvel hipotecado.

1 Os direitos sociais na ordem jurídica brasileira: positivação e conceito

Os direitos sociais demoraram a ser reconhecidos na ordem jurídica brasileira, em razão de uma série de questões históricas, entre as quais podemos citar a aceitação da escravidão, a relativa demora na sua abolição e a exclusão social que ela impôs a uma parcela considerável da

população. A Constituição Republicana, a exemplo, declarou não ser dever do Estado garantir a educação primária, nem a assistência social.

A Constituição de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar, reconheceu a maioria dos direitos sociais mais difundidos, principalmente no tocante ao trabalho, tais como isonomia salarial, salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas, proibição do trabalho de menores, repouso semanal, férias remuneradas, indenização por dispensa sem justa causa, assistência médica ao trabalhador e à gestante, e estabeleceu ainda a submissão do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, entre outras medidas. Os direitos sociais, entretanto, estavam incluídos no capítulo da ordem social.

A Constituição de 1946 preservou os direitos sociais da anterior e aperfeiçoou a Justiça do Trabalho, que não teve alteração até a extinção dos juízes classistas na década de 90.

Houve algum retrocesso nessa marcha de positivação dos direitos com o Golpe Militar, mas os governos pós-64 continuaram a enfatizar os direitos sociais da mesma forma que o governo Vargas. Em 1966, foi criado o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) e, nesse mesmo ano, surgiu o INPS (Instituto Nacional da Previdência Social) que unificou todo o sistema de IAPs.

Com a redemocratização, os direitos sociais foram um pouco ampliados. A Constituição de 1988 inovou ao apresentar um capítulo próprio para esses direitos (capítulo II do Título II), cujo rol é apresentado em seu art. 6º: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

No ensino de Silva, podem ser entendidos os direitos sociais como:

A dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹

Não obstante, divergem alguns autores na questão da inclusão ou não dos direitos sociais no conceito de direitos fundamentais, a despeito da topologia constitucional no capítulo II, do Título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 286.

Ives Gandra da Silva Martins Filho sublinha, a propósito, que:

Declarar quais são os direitos humanos fundamentais significa reconhecer que eles preexistem a qualquer ordenamento jurídico nacional: são direitos que decorrem da própria natureza humana. [...] Admitindo a Constituição o princípio da flexibilização para os Direitos Sociais, reconhece que não constituem cláusulas pétreas (CF, art. 60 § 4º), sendo passíveis de alteração e redução por Emenda Constitucional. Na realidade, o que se assegura ao trabalhador é o direito a um salário justo e a uma jornada de trabalho limitada, mas a quantificação desse direito é suscetível de adequação às circunstâncias de cada momento.”²

Esse embate revela-se de interesse que vai além do meramente acadêmico, já que, se hipoteticamente fizermos a exclusão dos direitos sociais do rol dos fundamentais, estaríamos admitindo, em primeira análise, a idéia de que a concretização deles fica na dependência exclusiva da vontade político-legislativa e da existência de recursos para sua implementação.

Por outro lado, se admitir ser o direito à moradia como verdadeiro direito da personalidade, a conclusão inexorável será a de que se trata de direito absoluto, pois independeria de qualquer pré-relação jurídica entre as partes. Bastaria verificar-se a simples lesão ao direito para que surgisse o direito a reparação pelos danos causados.

Não é esta, entretanto, a posição assumida pela doutrina majoritária e pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Tal aspecto será analisado adiante mais amiúde, quando se mencionar a efetividade do gozo do direito social a moradia.

2 O direito social à moradia

O direito social à moradia aparece expressamente no texto original da Constituição Federal de 1988 somente após a Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal.

Entretanto, já era reconhecido anteriormente como integrante do rol dos direitos sociais, em razão da previsão do art. 23, IX, de que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”.

Também o art. 7º, inciso IV, já falava anteriormente do salário mínimo capaz de “atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário,

² FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988. *Revista LTR*, São Paulo, vol. 63, maio 1999, p.588-591.

higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim” (grifamos).

Por seu turno, o legislador infraconstitucional já havia se debruçado sobre a questão do problema habitacional do país, e, em razão disso, o ordenamento jurídico já contava, antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã, com normas instituidoras de políticas de fomento da indústria da construção civil e da oferta de imóveis. Entre essas normas, deve-se destacar a da criação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), Lei nº. 4.380, de 21 de agosto de 1964.

Aponta Silva que “o direito a moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar.”³

Souza diferencia os conceitos de habitação e moradia:

A habitação poderá ser conceituada, inicialmente, como a permissão conferida a alguém para fixar-se em um lugar determinado, para atender aos seus interesses naturais da vida cotidiana, mas de forma temporária e acidental, tratando-se de uma relação de fato entre o sujeito e a coisa, sendo objeto de direito. A moradia consiste em bem irrenunciável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em determinado lugar, não só físico, como também a fixação de seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da “moradia” é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós “moradia” é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. “Residência” é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a “habitação” é o exercício efetivo da “moradia” sobre um determinado bem imóvel.⁴

Alguns doutrinadores, ao tratar do tema, falam em direito à moradia digna, que seria aquela em que há o acesso a uma infra-estrutura básica (água, esgoto e coleta de lixo). Menciona Silva que se exige que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.⁵

2.1 Limites objetivos do conceito

Se, por um lado, há o reconhecimento em nossa ordem jurídica de que o ser humano precisa, necessariamente, morar em um determinado

³ SILVA, 2006, p.314.

⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2004. p.45.

⁵ SILVA, 2004, p.314.

lugar, para que seja garantido o respeito à sua dignidade, o texto constitucional não autoriza concluir que o direito à moradia significa, necessariamente, direito à casa própria (ainda que esse seja um complemento para a efetivação do direito).

Como bem explicita Souza, o exercício do direito à moradia não se faz tão-somente por intermédio da propriedade, ainda que ela seja uma de suas formas de manifestação. Sob esta ótica, temos que

Existe uma interdependência relativa do direito à moradia em face do direito de propriedade, já que aquele pode exercer-se por meio deste, e vice-versa, e o detentor da propriedade de um bem poderá exercer o direito à moradia sobre o seu patrimônio, como passar a residir em seu bem imóvel (neste caso, exerce-se também o direito de habitação). A partir do momento em que alguém é proprietário de um imóvel, tem como faculdade habitar aquele imóvel, porém a indisponibilidade do direito à moradia é sempre existente, enquanto o direito a moradia é sempre existente, enquanto o direito a habitação é relativo, nomeadamente, a um objeto.⁶

Essa, aliás, é a tese que atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do RE 407.688/SP (Brasília, 2006), no qual o tribunal posicionou-se favoravelmente à penhorabilidade do bem de família. Anteriormente, apontava aquela corte ser favorável ao entendimento de que o direito à moradia é direito fundamental de 2ª geração e que o art. 6º da CF/88 seria auto-aplicável.

No recurso extraordinário prevaleceu a tese de que a penhora não afronta o direito à moradia, por que este não deve ser traduzido, necessariamente, como o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel.

No voto do Ministro Relator, César Peluso, é também apresentada a idéia de que a concretização do direito está no fomento do acesso à habitação, por meio de políticas públicas que não visam à concessão da propriedade privada:

Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº. 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009, de 29/03/1990, a qual abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família. A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, “independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”, sua dimensão objetiva supõe provisão legal

⁶ SOUZA, 2006, p.231.

de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados “direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos”. Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. [...]. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.” Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas confor-madoras, reputar-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.

Percebe-se do acórdão mencionado que o intérprete por excelência da Constituição não retirou do direito social à natureza de direito fundamental.

Por outro lado, a idéia anterior de auto-aplicabilidade dos dispositivos que o prevêem estaria afastada, uma vez que se menciona que a modelação concreta do direito é remetida à norma infraconstitucional que preveja formas de fomento do acesso à habitação.

2.2 Condições de eficácia para o exercício do direito

Chega-se, assim, ao ponto classificado por Bonavides como o “drama jurídico das Constituições contemporâneas”⁷, que é a dificuldade de fazer os direitos passarem da esfera abstrata dos princípios para a ordem concreta das normas. Aponta o doutrinador, ainda, que os princípios sociais enfrentam dificuldades ainda maiores para se converter em direitos subjetivos que os direitos de liberdade.

No Brasil, parte considerável dos problemas enfrentados nas cidades decorre de uma descontrolada explosão demográfica, aliada a políticas públicas inconsistentes para o setor habitacional e a planejamentos urbanos inadequados. O problema da moradia não está adstrito apenas ao país, por óbvio.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.232.

Estima a ONU que mais de um bilhão de pessoas vive em habitações inadequadas e mais de cem milhões não possuem qualquer moradia, em todo o mundo.⁸

A organização vem realizando conferências mundiais sobre assentamentos humanos para discutir a situação e apresentar soluções viáveis, porém o direito à habitação não tem sido amplamente reconhecido pelos países participantes. A relutância no reconhecimento pode ser explicada em parte pelo receio dos Estados de que nunca poderão cumprir a obrigação legal de garanti-lo.

Diante desse cenário, a elevação no Brasil do direito à moradia ao rol dos direitos sociais, ainda que de forma um pouco tardia, pela Emenda Constitucional nº. 26/2000, representa um grande avanço social. Entretanto, não basta que a Carta arrole o direito; há que se delimitar os seus contornos e explicitar a forma de seu exercício, já que não pode haver em uma Constituição proposições sem força cogente.

A finalidade da norma que previu o direito social à moradia é, sem dúvida, mais que a simples proteção de um teórico direito à habitação: revela-se como verdadeira busca para que se promova o exercício do direito à moradia, com a implementação de políticas públicas voltadas para a solução do grave problema habitacional, que tem se mostrado um dos maiores desafios do início deste século.

O próprio legislador constituinte esclarece em que medida será conferida à população o gozo do mencionado direito no artigo 23, IX, ao dizer que compete de forma comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

A referida norma tem natureza programática, ao vincular comportamentos públicos futuros. Crisufalli citado por Bonavides⁹ apresenta as características essenciais desse tipo de norma:

- a) são dotadas de eficácia normativa, ainda que apenas dirigidas aos órgãos estatais ou pelo menos aos órgãos legislativos;
- b) delas deriva vínculo obrigatório para os órgãos legislativos;
- c) acarretam a invalidade das leis subseqüentes cujo conteúdo contraste com os seus próprios conteúdos.

Temos assim que

Nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objetivo, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígi-

⁸ **Moradia e Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html>>. Acesso em: 29 de outubro de 2006.

⁹ BONAVIDES, Paulo. 2006.

do, qual a vigente entre nós pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias; subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.¹⁰

Do texto constitucional pode-se concluir que o Estado Brasileiro elegeu na Constituição, como programa para o setor habitacional, a adoção de políticas públicas que permitam o acesso da população à moradia digna.

A dimensão dos problemas urbanos brasileiros contém a questão habitacional como um componente essencial da atuação do Estado Brasileiro como promotor de políticas voltadas para a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e para a justiça social. A exemplo, apontamos que a chamada “cidade informal” evidencia a necessidade de construção de uma política urbana que vise à inclusão social e territorial da população, tendo como meta a regularização fundiária e a urbanização dos assentamentos de baixa renda.

Ainda que, como já mencionamos, não se deva confundir o exercício do direito à moradia com o direito à propriedade, é plenamente defensável que a concretização do exercício do direito à moradia faz-se basicamente por meio de políticas públicas de fomento à construção civil e de acesso à aquisição ou à posse de imóveis.

A obrigação de tornar efetivo o direito à moradia de forma progressiva exige do Estado Brasileiro a criação de meios materiais indispensáveis para o exercício desse direito, por meio das medidas como aquelas a seguir listadas:

a) adoção de instrumentos financeiros, legais, administrativos, fiscais, urbanísticos e de regularização fundiária para a promoção de uma política habitacional;

b) revisão de legislação e instrumentos de modo a eliminar normas que acarretem algum tipo de restrição e discriminação sobre o exercício do direito à moradia;

c) imediata implementação de legislações e instrumentos de garantia do direito à moradia;

d) destinação de recursos públicos para a política habitacional.

¹⁰ BONAVIDES, 2006, p.248.

2.3 Perda da propriedade imobiliária

Há um outro aspecto mencionado no acórdão do REsp 407.688/SP, relacionado ao gozo do direito à moradia que não tem sido objeto de análise mais acurada dos doutrinadores, em boa parte porque no momento atual ainda há uma preocupação mais acentuada com possibilidade real de gozo e proteção aos direitos sociais.

Trata-se da possibilidade de que, em muitos casos, o interesse individual no exercício do direito à moradia venha a ceder frente ao interesse mais amplo, da coletividade, como forma de proteger a eficácia do próprio direito social.

Reportando-nos à diferenciação conceitual apresentada por Souza, apontada no item 3, em alguns casos o indivíduo poderá vir a perder a habitação, como forma de se resguardar o próprio direito à moradia.

Menciona o autor que

O direito à moradia também tem a restrição da sua função social, assim como ocorre com a propriedade. Isso por que, na maioria das situações, o próprio exercício da propriedade se dá pela posse direta do seu titular, no exercício da moradia em um determinado imóvel, porém destinando-se à sua residência e de sal família. Logo, o direito a moradia também sofre certas limitações.¹¹

No caso analisado pelo STF, entendeu aquele Tribunal que a garantia de não-expropriação do fiador que não paga a dívida a que se obrigou contratualmente seria um *minus* a proteção ao direito à moradia, seja por que importaria em afronta à legislação, em última análise, visa a promover o incremento do mercado imobiliário, ou por que a generalização da inadimplência poderia tornar mais onerosa para toda a população a locação.

Conclui-se, assim, que:

Enquanto o direito à moradia filia-se entre os direitos sociais, a garantia à propriedade é um direito individual que deverá ceder quando o seu titular quedar-se inerte em conceder-lhe função social, a ponto de suprimir a sua legitimidade e permitir que outra entidade familiar supra a função social, mediante a moradia.¹²

Ficaria assim superada a aparente contradição presente no ordenamento jurídico, que é a da possibilidade de expropriação do imóvel e a previsão constitucional de um direito a moradia.

Entretanto, essa questão tem sido objeto de longos debates nos processos que têm por objeto contratos firmados no âmbito do SFH,

¹¹ SOUZA. 2006, p. 230.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

razão pela qual passamos a nos debruçar sobre esse sistema, que continua a ser a mais importante ferramenta do governo federal para a consecução de políticas públicas na área habitacional.

3 O Sistema Financeiro da Habitação (SFH)

O Sistema Financeiro da Habitação, criado pela Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, visa a atingir pelo menos duas finalidades de cunho estritamente social: impulsionar a indústria da construção civil (e, por essa forma, atenuar os impactos negativos da inflação sobre o nível de emprego) e propiciar o aumento da oferta de habitações populares, especialmente nos grandes centros urbanos.

Prevía o art. 1º do diploma legal que “o Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda” (grifamos).

Da criação do SFH até os dias de hoje, o sistema foi responsável por uma oferta de cerca de seis milhões de financiamentos.¹³

Ainda em 1964 foi instituída a correção monetária, que permitia ao SFH atrair poupança para o setor e capitalizar o sistema, dando-lhe capacidade de refinanciamento.

O sistema atingiu o seu auge no final da década de 70 e início da década de 80, quando se conseguiu o financiamento de 400 mil novas unidades residenciais por ano.¹⁴ No entanto, o sistema enfrentava um problema crônico: o descompasso entre os reajustes salariais dos mutuários e os das prestações.

3.1 A crise do sistema

O sistema passou, entretanto, a apresentar queda nos financiamentos concedidos a partir de uma sucessão de políticas de subsídios que reduziram substancialmente os recursos disponíveis.

Originalmente, o sistema previa que, desde a arrecadação de recursos, o empréstimo para a compra de imóveis, o retorno desse empréstimo, até a reaplicação desse dinheiro, haveria a atualização monetária por índices idênticos.

¹³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE)**. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/?SFHHIST>>. Acesso em: 29 de outubro de 2006.

¹⁴ VASCONCELOS José Romeu de; CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo. **O Problema Habitacional no Brasil: Déficit, Financiamento e Perspectivas**. IPEA, 1996. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td_410.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2006.

A interferência do governo para resolver esse problema não foi eficiente, levando ao declínio do SFH.

A solução foi implementada por meio do Plano de Equivalência Salarial (PES), que determinava que as prestações fossem reajustadas anualmente na proporção do aumento do salário-mínimo, enquanto os saldos devedores variavam de acordo com a inflação. Portanto, o prazo de amortização se elevava, ajustando o descompasso. Para cobrir o aumento dos prazos, foi criado o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), que quitaria a dívida restante do mutuário do PES, quando o prazo excedia 50% do contratado de início. O FCVS deveria ser financiado por uma sobretaxa incidente sobre as prestações dos mutuários, como uma espécie de seguro para a quitação do saldo devedor.

O FCVS se sustentou até o final da década de 70, quando a inflação não alcançava a cifra anual de 45%. No entanto, na década de 80, os desequilíbrios atingiram proporções consideráveis resultantes, sobretudo, da aceleração inflacionária.

Com o paulatino enfraquecimento da economia e a explosão inflacionária na década de 80, iniciou-se uma das maiores batalhas registradas no Judiciário brasileiro (Aragão, 2006), que girou em torno dos índices de reajustes aplicáveis às prestações dos financiamentos habitacionais.

Em razão de verdadeira comoção nacional que se instalou, optou o governo federal por uma saída de caráter político e, a partir de 1983, o princípio da identidade de índices foi quebrado. A inflação então alcançava o percentual de 200% ao ano, e a queda dos salários reais provocou o aumento da inadimplência no sistema.

Diante da queda dos níveis salariais e da inadimplência que ameaçava o sistema, o governo aplicou aumento nas prestações de 80% do reajuste do salário mínimo.

O efeito mais visível das constantes alterações legislativas foi uma violenta redução nos recursos disponíveis para novos financiamentos, com o conseqüente aumento do déficit habitacional.

Em 1986, o SFH passou por uma profunda reestruturação com a edição do Decreto-Lei nº. 2.291/86, que extinguiu o BNH e distribuiu suas atribuições entre o então Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Caixa Econômica Federal (CEF).

Em 1990, foi lançado o Plano de Ação Imediata para Habitação, que se propunha a financiar cerca de 245 mil habitações. Totalmente financiado com recursos do FGTS, o plano tinha como população-alvo as famílias com renda média de até cinco salários mínimos. O programa possuía três vertentes: moradias populares, lotes urbanizados e ação municipal para habitação popular.

Somente com o início da estabilização econômica, na década de 90, passou a se vislumbrar no país a possibilidade de uma política habitacional coerente.

No período de 1992 a 1995, foram criados diversos programas habitacionais federais, como é o caso da Carta de Crédito Individual, destinado a financiar a melhoria das condições de moradia de famílias com renda mensal de até 12 salários mínimos.

Outro programa de interesse para a população de baixa renda é o de Arrendamento Residencial. Criado pela Lei nº. 10.188, de 12 de fevereiro de 2001 (anteriormente MP nº. 1.823/1999), atende famílias com renda mensal de até 6 salários mínimos que vão arrendar o imóvel edificado ou reformado pelo poder público, com opção de compra ao final de 20 anos de pagamento. Os recursos advêm do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR).

Merece destaque também a Lei nº. 10.998, de 15 de dezembro de 2004, que alterou o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social. O programa, conforme enuncia o art. 2º, do diploma legal, tem por objetivo:

Tornar acessível a moradia para os segmentos populacionais de renda familiar alcançados pelas operações de financiamento ou parcelamento habitacional de interesse social, realizadas por instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou pelos agentes financeiros do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, na forma definida pelo Conselho Monetário Nacional.

Atualmente, as normas do CMN (Resoluções nº. 1.980, de 30.04.1993 e nº. 3.005, de 30/07/2002), disciplinam as regras para o direcionamento dos recursos captados em depósitos de poupança pelas instituições integrantes do SBPE, estabelecendo que 65%, no mínimo, devem ser aplicados em operações de financiamentos imobiliários, sendo que 80% do montante anterior em operações de financiamento habitacional no âmbito do SFH e o restante em operações a taxas de mercado, desde que a metade, no mínimo, em operações de financiamento habitacional, bem como 20% do total de recursos em encaixe obrigatório no Bacen e os recursos remanescentes em disponibilidades financeiras e operações de faixa livre.

3.2 Os desafios para o sistema

Como uma alternativa ao SFH, foi criado pela Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), que tem como alvo a construção de imóveis para a classe média, além de imóveis comerciais, industriais e para locação.

O sistema, que não tem o caráter social do SFH, foi recebido com relativa desconfiança pela população, e não obteve até a presente data a expressividade que se imaginava por ocasião de sua criação.

Seja qual for a solução proposta, a promessa de um modelo habitacional social numa conjuntura de inflação é, no mínimo, improvável, pois as famílias perdem a capacidade de pagar seus compromissos

e a inadimplência compromete tanto a eficácia dos contratos em curso quanto a possibilidade de oferta de novos financiamentos.

Como ainda permanece em níveis preocupantes a inadimplência nos financiamentos, e há constantes questionamentos jurídicos quanto a validade de diversas cláusulas dos contratos, como as que permitem a retomada do imóvel em caso de inadimplência, ainda resta incerta a recuperação do SFH.

Como bem aponta Souza, “na atualidade, apesar do forte dirigismo contratual, as sociedades de crédito imobiliário ou agentes financeiros deparam com constantes revisões contratuais promovidas pelos adquirentes de imóvel financiado.”¹⁵

A ruína do sistema certamente obstará o acesso de milhares de brasileiros à aquisição do imóvel próprio, pois a preferência do legislador pela casa própria em lugar de construções para locação é clara¹⁶.

A justificativa estaria na idéia de que a casa própria representa entre os trabalhadores brasileiros um alívio no orçamento doméstico e uma garantia contra a alta rotatividade no emprego e aposentadorias deprimidas (ou mesmo a falta de seguridade social). Além da segurança, a propriedade imobiliária é considerada mais desejável do ponto de vista psicológico, por que geraria um comprometimento maior daquele que propõe a contrair uma dívida de longo prazo, como são as de financiamento imobiliário (em torno de 20 anos).

3.3 Da possibilidade de perda da propriedade imobiliária

Chega-se assim ao grande dilema das ações movidas pelos mutuários, especialmente naquelas em que se discutem contratos firmados antes do Plano Real: é possível, a um só tempo obter a proteção ao direito à moradia pela manutenção do contrato de financiamento, sem que isso importe em prejuízos tão graves que inviabilizem a recuperação do SFH?

Por um lado, na quase totalidade desses contratos, há uma dívida de valor expressivo, de responsabilidade do adquirente do imóvel (sem cobertura do FCVS), que teoricamente não poderia ser paga sem comprometimento do sustento pessoal do mutuário, e que só se formou em razão de um descontrole inflacionário, para o qual o adquirente não contribuiu.

Por outro lado, estão os Agentes Financeiros, que têm constantemente assumido prejuízos, seja por que a inadimplência nesses contratos, conforme dados do Banco Central,¹⁷ gira em torno de 50% (cinquenta por cento), seja por que a retomada dos imóveis não é suficiente para pagamento dos saldos devedores.

¹⁵ SOUZA, 2006, p.264.

¹⁶ ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. 3.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

¹⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE)**. Disponível em: <<http://www.bacen.gov.br/?SFHSTAT>>. Acesso: em 29 de outubro de 2006.

Não raro tem sido defendida a idéia pelos advogados dos mutuários que os Agentes Financeiros não poderiam efetuar a retomada dos imóveis, por que tal possibilidade seria uma afronta ao direito social à moradia. A permanência do mutuário no imóvel seria, desse ponto de vista, a maneira de se garantir a eficácia do direito à moradia no caso concreto.

Essa visão é reducionista, por que não analisa sequer se a função social da propriedade estaria sendo respeitada, quanto menos se a generalização da inadimplência terminará por impedir a continuidade do próprio SFH.

Como bem assevera Aragão:

Sem captação e garantias adequadas não há crédito e sem a oferta deste reduzem-se, substancialmente, as possibilidades de produzir e comercializar habitações. A instituição financeira que capta recursos onerosos é obrigada a devolvê-los e, para tanto, deve ter a segurança do retorno das aplicações. Este é um princípio elementar da política de crédito em qualquer lugar e em qualquer tempo. Não se trata de uma questão ideológica, mas lógica e aritmética. Se não existe retorno e a inadimplência se generaliza, surge o risco da quebra da instituição financeira ou de que, para evitá-la, seja necessário aplicar recursos públicos com vistas a garantir-lhe a solvência ou o pagamento de poupadores ou depositantes.¹⁸

Uma vez que os recursos utilizados no SFH advêm de duas fontes básicas, que são poupança e FGTS, e que o maior Agente Financeiro é uma empresa pública, a CEF, não é difícil perceber que a maior parte da população assume de forma indireta o pagamento da inadimplência nos financiamentos imobiliários.

A conclusão possível é a de que a proteção ao sistema autorizaria, sim, a retomada dos imóveis financiados, idéia esta que não destoaria do entendimento manifestado pelo STF e já mencionado.

E a retomada pela via extrajudicial não estaria obstada, seja por que a recepção do Decreto-Lei nº. 70/1966 pela Constituição já foi reconhecida pelo STF, intérprete da Lei Maior por excelência, seja por que sempre está aberta a possibilidade de revisão pelo Judiciário dos aspectos formais do procedimento (destacamos que a análise da conveniência da utilização da via judicial ou da extrajudicial estaria adstrita à Administração).

Sobre esse ponto, ressaltamos Julgado recentíssimo do TRF 1ª Região, que analisou no julgamento de Ação Civil Pública na 2002.01.00.020956-5/MG (Brasília, 2008) a legalidade da execução extrajudicial:

¹⁸ ARAGÃO, 2006, p.519.

A execução extrajudicial está aí há décadas, é aceita unanimemente hoje pelo Judiciário e veio para ficar. Mais que isso, seria desejável que também em outras áreas as atividades meramente materiais de execução saíssem da mão do Judiciário, reservando-se este para conhecer de lides que sejam trazidas ao seu conhecimento.

Não há nenhum motivo sério para que o Judiciário precise gastar recursos públicos e tempo de seus funcionários e juizes para efetivar meras medidas materiais como a venda de bens dados em garantia real, situação em que o Juiz vira mero cobrador, pois realmente não há nada para julgar.

[...]

A inafastabilidade do controle judicial existe aí como a eterna possibilidade de em qualquer momento uma das partes da relação vir se socorrer no Judiciário para questionar qualquer aspecto da relação, o que os mutuários tem sempre feito e assim o testemunham as dezenas de milhares de processos do SFH Brasil afora.

Não é porque a medida material de venda de um bem hipotecado foi passada para o credor ou agente fiduciário a seu mando que o mutuário fica desprotegido, ofendendo-se o devido processo, ampla defesa e contraditório ou a inafastabilidade de controle judicial (sic).

O mutuário pode consignar as prestações em juízo, discutindo seu correto valor, pode pedir a revisão do contrato, pode pedir a nulidade da execução extrajudicial por vício na aplicação de seu rito ou pela iliquidez da dívida em função de falha na evolução das prestações ou do saldo devedor, enfim, o Judiciário está a todo tempo aberto para discussão do contrato e a mera medida material de execução extrajudicial não muda isso, não impede a defesa ampla do mutuário quando bem entender.

Não obstante, não se pode omitir a responsabilidade do Estado, que em razão do descontrole da economia com a sucessão de diversos “planos econômicos” e as diversas alterações legislativas impediu, em muitos casos, a possibilidade da evolução adequada das dívidas dos financiamentos.

Ela justifica o esforço que foi realizado pelo Estado, particularmente quanto ao Sistema Financeiro da Habitação, através da aquisição pela CEF de carteiras imobiliárias de bancos privados, bem como a renegociação de dívidas do Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS.

Como parte da reestruturação do sistema, foi promovida, junto com o PROEF, a criação em 2001 da Empresa Gestora de Ativos – EMGEA, empresa pública federal de natureza não-financeira, vinculada ao Ministério da Fazenda, instituída pelo Decreto nº. 3.848, de 26/06/2001, com base na autorização contida na Medida Provisória nº. 2.155, de 26/06/2001 – atual MP nº. 2.196-3, de 24/08/2001.

Ela surge com o propósito de adquirir bens e direitos da União e das demais entidades da Administração Pública Federal e com a missão de pro-

mover o restabelecimento do fluxo financeiro e equacionar em definitivo a inadimplência de seus ativos (financiamentos), buscando assim minimizar a necessidade de aporte de capital por parte do Tesouro Nacional.

Com a segregação dos financiamentos imobiliários mais antigos para a EMGEA (da CEF e de outros agentes financeiros), buscou o governo federal sanear o SFH, evitando o colapso de todo o sistema.

Os ativos cedidos à nova empresa pública, que representam, em sua grande maioria, financiamentos de difícil recebimento, podem ser objeto de revisão administrativa, de forma a permitir a retomada dos pagamentos pelos mutuários.

Conclusão

O SFH ainda se mostra incapaz de atender às necessidades habitacionais da população brasileira, sobretudo a de baixa renda.

Não obstante, o sistema também contribuiu para a recuperação da economia pela indução de investimentos maciços no setor da construção civil, alimentando a extensão das obras de saneamento e abastecimento de água.

Mas ainda permanece o desafio, também para os operadores do Direito, de trazer soluções adequadas e céleres para a questão da habitação, como forma de tornar eficaz a previsão constitucional de gozo de um direito a moradia digna.

Como bem observou Furtado

A pobreza no Brasil não resulta das disparidades entre o mundo rural e o mundo urbano, como na Índia, e sim da concentração de renda urbana. No mundo inteiro houve e há problemas de déficit habitacional. Mas todos os países em que houve e há políticas de financiamento da construção resolveram parcialmente, ou pelo menos evitaram o agravamento do problema. Em alguns países da Europa, e na Nova Zelândia, a habitação é uma meta social definida pelo governo. Desde os anos 1950 a França vem construindo as chamadas *habitations à loyer modéré* (HLM), casas e apartamentos de aluguel reduzidos; o déficit habitacional que havia no final da Segunda Guerra foi sanado em pouco mais de dez anos. Essa política de financiamento nos tem cruelmente faltado. O Banco da Habitação realizou muita coisa, mas foi fechado em meados dos anos 1980, sem uma crítica mais séria do que estava fazendo. Como era uma herança dos governos militares, havia contra ele uma opinião pública bastante desfavorável. Hoje se percebe que foi um erro ter acabado com esse banco, auxílio indispensável à solução do problema mais grave e de mais difícil solução no Brasil: a habitação.¹⁹

¹⁹ FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo**: reflexões sobre a crise contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p.17.

O crescimento do déficit habitacional do Brasil tem fortes origens na decadência do sistema de financiamento habitacional, por conta de desequilíbrios que se correlacionam diretamente com o recrudescimento inflacionário, o aumento das taxas de juros reais e com os erros de intervenção governamental.

Assim, as soluções propostas devem considerar o aspecto que a proteção ao SFH, ainda que esta se faça pela admissão da perda da propriedade imobiliária, pois em alguns casos, é coerente com a proteção ao direito social a moradia.

Referências

- ANGHER, Anne Joyce. (Org.) **Vade Mecum acadêmico de Direito**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2006.
- ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. 3.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Fiador em Contrato de Locação e Penhorabilidade de Bem de Família. RE 407.688/SP. Rel. Ministro Cezar Peluso. **Informativo STF**. Brasília, nº. 415, 6 a 10 de fev. de 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988. **Revista LTR**. São Paulo, vol. 63, p.588-591, maio 1999.
- FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea**. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2004.

ANEXO I - Ementa do Acórdão do RE 407.688/SP

Supremo Tribunal Federal

EMENTA OFICIAL

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

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência de Senhor Ministro NELSON JOBIM, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros EROS GRAU, CARLOS BRITO e CELSO DE MELLO, que lhe davam o provimento Votou o Presidente, Ministro NESLON JOBIM. O Ministro MARCO AUREUO fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional.

Brasília, 08 de fevereiro de 2006.
Cezar Peluso - Relator.

ANEXO II – Voto do Ministro César Peluso no RE 407.688/SP**Supremo Tribunal Federal****VOTO**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): Tenho por inconsistente o recurso.

Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº. 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei nº. 8.009, de 29/03/1990, a qual, com a redação da Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991, abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família.

A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe a espaço existencial da pessoa humana, "*independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas*", sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados "*direitos a prestações, dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos*".¹

Isto significa que, em teoria, são várias, se não limitadas, as modalidades ou formas pelas quais O Estado pode, definindo-lhe o ob-

jeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia. Ao propósito dos direitos sociais dessa estirpe, nota a doutrina:

"A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos - pela sua plasticidade e abrangência - a proposta formada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objetos dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc.; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almeida, p.446, C, I, e 447-448

O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.). Quais as diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermetico e insustentável de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental".²

Daí se vê logo que não repugna a ordem constitucional que o direito social de moradia - o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* - pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-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.

A vigente Constituição portuguesa é, aliás, ilustrativa ao propósito, ao dispor, no n.º 2 do art. 65º:

"2. Para se assegurar o direito à habitação, incumbe o Estado:

(...)

c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada". (Grifei)

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos costumes e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da lei n.º 8.009, de 1990. São coisas óbvias, e intuitivas.

Dai, só poder conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6º da Constituição da República, em "*havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito*",³ porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.279.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p.324.

necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo. Aí, não indiciaria, não porque, na sua generalidade e eficácia, seja desconforme com a Constituição, senão porque o fato (*fattispecie* concreta) é que se lhe não afeioaria ao modelo normativo (*fattispecie* abstrata).

Ou, noutros termos, a norma de-veras comporta redução teleológica que, para a acomodar à tutela constitucional do direito social de moradia, na dupla face de resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação, exclua do seu programa normativo, sem mudança alguma do texto legal, certa *hipótese de aplicação*, qualificada pela existência de outro ou outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador. A essa construção, no plano do dogmático, corresponde o conceito puro de declaração de *nulidade, sem redução de texto*.⁴ Mas não deixa de expressar também o *caráter negativo* da eficácia do direito social do fiador, visto como poder de defesa contra agressão a *posição jurídica* redutível ao seu âmbito de proteção.⁵

Mas não é caso dessa redução, porque aqui não se alega nem consta estejam disponíveis outras garantias ao crédito exequendo.

Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações

factuais e de vocações normativas - a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou JOSE EDUARDO FARRIA, "*os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios*".⁶

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada - para usar as termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. In.: MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.301.

⁵ CANOTILHO. *Op. cit.*, p.446.

⁶ **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p.278.