

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

JOZENILDA NASCIMENTO

INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA

MARABÁ
2011

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

JOZENILDA NASCIMENTO

INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Pará – Faculdade de
Direito de Marabá, como requisito para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Msc. Olinda Magno Pinheiro.

MARABÁ
2011

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

JOZENILDA NASCIMENTO

INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Pará – Faculdade de
Direito de Marabá, como requisito para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Msc. Olinda Magno Pinheiro.

Data da Defesa: 12/12/2011

Conceito: _____

Banca Examinadora:

Prof^a. Msc. Olinda Magno Pinheiro
Orientadora - UFPA

Prof^o. Marco Alexandre Costa Rosário

MARABÁ
2011

Ao meu pai, em memória.

Minha mãe, meu esposo, irmãos, amigos e familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, principalmente, a Deus, por ter me dado muita força e luz para conseguir concluir este trabalho com êxito, vitória impar em minha vida.

Ao meu esposo pela paciência, carinho e dedicação incomensuráveis.

A minha mãe, meus irmãos, e amigos, pelos incentivos, força e ajuda que me deram ao longo desse estudo.

Aos meus colegas de turma por me ajudarem a ser perseverante e não desistir de lutar por essa conquista. Em especial as minhas amigas Natália Lima, Laís Chaves e Mikaely Almondes.

À professora Olinda Magno Pinheiro, minha orientadora, pela ajuda e compreensão.

Ao professor Marco Alexandre C. Rosário, nosso diretor, pela presença, estímulo e confiança.

E aos demais professores que passaram pela minha vida acadêmica, pelos ensinamentos e dedicação.

“Sei que não é suave o jugo na busca do Direito mais humano em cada enredo, em seguir trajetória pautada no bom senso e na conduta de irretocável padrão ético, jamais perdendo de vista as pessoas simples, cujas almas calejadas pela trabalhosa seara da vida não mais necessitam se quedar silentes no clamor mudo pela verdadeira justiça”.

(Fátima Nancy Andrigui)

RESUMO

Bem de família é o direito de isenção relativa à apreensão judicial que se estabelece por força de lei ou por manifestação de vontade sobre o imóvel urbano ou rural, bem como aos bens móveis que o sustentam, em benefício da família. Recaindo sobre estes bens a impenhorabilidade, salvo as exceções previstas em lei. O bem de família foi inserido em nosso ordenamento jurídico através do Código Civil de 1916, sob forte influência da Lei de origem norte americana a *Homestead Act*, que foi criada em 1839. A partir daí, o instituto passou por diversas modificações de cunho social, a começar pela criação da Constituição Federal de 1988 que lhe proporcionou uma roupagem constitucional, em seguida com a criação da Lei nº 8.009/1990, que instituiu o bem de família legal. Este trabalho apresenta uma sucinta análise jurisprudencial e doutrinária a cerca o instituto do bem de família como instrumento de justiça social, a partir da atual ótica constitucional. E tem como objetivo geral demonstrar sua importância em nosso ordenamento jurídico como uma garantia do direito à moradia - mínimo existencial.

Palavras-chave: Bem de família; Impenhorabilidade; Moradia; Direito; Constitucional.

ABSTRACT

Well of family is the right of relative exemption to the judicial apprehension that is established for law force or for wish manifestation on the urban or rural building, as well as to the goods furniture that sustain it, in family's benefit. Relapsing about these goods the unseizability, safe the foreseen exceptions in law. The institute of the well of family was inserted in our juridical order through the Civil Code of 1916, under strong influences of the Law of American origin north Homestead Act, that was created in 1839. From there onwards, the institute passed by several modifications of social mark, to start by the creation of the Federal Constitution of 1988 it provided him institute a garments constitutionals, soon after with the Law n° creation 8.009/1990, that instituted the well of legal family. This work presents a succinct analysis Jurisprudential doctrinaire concerning the institute of the well of family as instrument of social justice, from the constitutional optics. And has as general goal, demonstrate its importance in our juridical order as a right warranty to Right to dwelling - existential minimum.

Words-key: Well of family; Unseizability; Dwelling; Right; Constitutional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA	12
1.1 ORIGEM HISTÓRICA E FINALIDADE DO INSTITUTO.....	12
1.2 PERFIL HISTÓRICO-SOCIOLÓGICO NO DIREITO BRASILEIRO.....	15
2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM DE FAMÍLIA	18
2.1 DEFINIÇÃO	18
2.2 NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA	19
2.3 A FAMÍLIA COMO BASE DE PROTEÇÃO DO INSTITUTO	19
2.3.1 A Família na Constituição da República de 1988	20
2.3.2 O bem de família e a ampliação do conceito de Entidade familiar	21
3 ESPÉCIES DE BEM DE FAMÍLIA	25
3.1 BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL OU VOLUNTÁRIO (CÓDIGO CIVIL).....	25
3.1.1 Noções Conceituais	25
3.1.2 do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002	26
3.1.3 Exceções à regra de impenhorabilidade do bem de família voluntário.....	27
3.1.4 Extinção do bem de família voluntário/ atuação do Ministério Público.	27
3.2 BEM DE FAMÍLIA LEGAL OU OBRIGATÓRIO (DA LEI 8.009/1990).	28
3.2.1 Noções Conceituais	28
3.2.2 Constitucionalidade do regime legal do bem de família	33
3.2.3 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal.....	33
3.2.4 Alegação no processo e validade da renúncia ao bem de família legal.....	36
4 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	38
4.1 O DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	38
4.2 O DIREITO À MORADIA E O BEM DE FAMÍLIA COMO INSTITUTOS DE PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA (MÍNIMO EXISTENCIAL).....	41

4.2.1 Moradia e bem de família: a proteção como fim.....	41
4.2.2 Aplicabilidade do instituto do bem de família na proteção do indivíduo.....	42
5 BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO E O DIREITO À MORADIA.....	46
6 CONCLUSÃO	52
REFERENCIAS	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como motivação demonstrar a importância do instituto do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro como uma garantia do direito à moradia, ou seja, do direito ao mínimo existencial, levando em consideração os conflitos decorrentes de sua instituição bem como seus aspectos jurídicos, como a impenhorabilidade.

Para tanto, foi necessária uma análise, ainda que de forma sucinta, acerca dos aspectos históricos, sociais, filosóficos e jurídicos que permeiam este relevante instituto, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, a qual instituiu o Estado Social e primou com o cerne de sua proteção o direito fundamental à moradia como garantia do maior alvo constitucional – o bem estar social.

Assim, ressaltando-se os princípios constitucionais fundamentais que amparam este instituto, não obstante as controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do tema, realizou-se um esboço a respeito das previsões descritas nas normas infraconstitucionais e nas jurisprudências de nosso ordenamento jurídico sobre o assunto.

Partindo-se da sua origem histórica, na antiga República do Texas em 1939, com a criação da Lei do *Homestead*, o bem de família foi abordado conforme a ótica contemporânea, como um instrumento aplicado na proteção do indivíduo, que como se demonstrará no decorrer da presente monografia, representa o núcleo mínimo da entidade familiar.

A presente abordagem também se justifica na necessidade de estudar o bem de família a partir de grandes mudanças pelas quais tem passado o nosso ordenamento jurídico no que tange ao conceito de família reconhecido hodiernamente.

Ademais, ressalte-se de logo, que este trabalho utilizou-se da conceituação mais recente acerca do instituto família (entidades familiares) levando-se em consideração a aplicação de nossa realidade fática e as lições dos nossos mais contemporâneos doutrinadores.

Assim, conforme comentaremos no decorrer dessa discussão, desde o início de sua existência, o bem de família primou pela proteção da família. Porém, devido à evolução do conceito que representa o instituto família, o seu verdadeiro objetivo, passou a ser basicamente a tutela de seus membros, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e base do nosso ordenamento jurídico, e é baseado nessa premissa que abordaremos sobre o instituto.

Abordaremos também, em capítulo próprio, sobre o bem de família do fiador locatício, uma das questões mais polêmicas envolvendo o presente tema. Onde citaremos as

decisões jurisprudenciais mais recentes e majoritárias dos nossos órgãos jurídicos de cúpula superior.

Entretanto, face à amplitude e complexidade que o assunto apresenta, a análise se dará aprofundadamente apenas no que tange a relação entre o bem de família e o direito fundamental à moradia como instrumento para o alcance da justiça social e dignidade da pessoa humana.

Esperamos contribuir para fomentar a discussão sobre o tema em epígrafe, e dessa forma, instigar o interesse pelo aperfeiçoamento do conhecimento sobre o instituto do bem de família nos demais colegas, haja vista, a importância do tema, e o fato de ser um assunto pouco discutido pela doutrina clássica utilizada pelos discentes no espaço de tempo limitado durante o curso de Direito de Família estudado nesta academia.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

1.1 ORIGEM HISTÓRICA E FINALIDADE DO INSTITUTO

Muito embora desde a Antiga Roma já se estivesse consagrado o princípio da inalienabilidade dos bens que compunham o patrimônio familiar, a doutrina é unânime em admitir a origem do bem de família, com tratamento jurídico específico, na República do Texas, com a edição da Lei do *Homestead*, de 26 de janeiro de 1839, ou seja, pouco antes da incorporação de referida República aos EUA, o que ocorreu em 1845. A expressão *Homestead* significa local do lar (*home*=lar; *stead*=local), surgida em defesa da pequena propriedade e que objetivava proteger as famílias radicadas da República do Texas.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2010), antes da edição da Lei do *Homestead*, a constituição texana de 1836 já delinear a linhas gerais do instituto, à medida que possibilitou a todo cidadão do Texas, “com exceção dos negros africanos e de seus descendentes”, a obtenção de uma pequena porção de terras do Estado, junto ao Governo, desde que fosse chefe de família, e porção menor se celibatário.

No entanto a lei do *Homestead* só foi promulgada em 1839, reservando a todo o cidadão ou chefe de família da República independente do Texas, livre de qualquer mandado de execução

[...] 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam a 50 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura, (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas as ferramentas aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano [...]. (AZEVEDO, 2010, p. 14).

Naquela época, os EUA era um território muito pobre, uma vasta área de terras ainda não civilizadas. Porém, devido às condições férteis que o solo norte-americano possuía e, o árduo trabalho de seus povos, ocorrera o desenvolvimento da agricultura e do comércio, foi exatamente nesse período que os grandes bancos europeus fixaram-se nessa região possibilitando operações bancárias, reunindo os pequenos capitais americanos, prestando diversos serviços à economia americana com o desenvolvimento cada vez maior da agricultura, do comércio e da indústria (HORA NETO, 2007).

Nos EUA o instituto do bem de família surgiu somente após sua independência do poder da Inglaterra, que aconteceu devido a uma grande crise no setor econômico, o qual era

financiado pelos bancos europeus, ocorrida a partir de 1830. Para se ter uma idéia da extensão de referida crise, “[...] 959 bancos fecharam suas portas, somente no ano de 1839, e, durante a crise, entre os anos de 1837 a 1839, ocorreram 33.000 falências e uma perda de 440 milhões de dólares [...]” (AZEVEDO, 2010, p. 13).

Dessa forma, os credores realizaram inúmeras penhoras sobre os bens dos devedores, tendo estes que sofrer a execução dos débitos em seus únicos bens: patrimônio composto de terra, animais e instrumentos agrícolas. Assim o governo assegurou uma pequena propriedade agrícola, residencial às famílias consagradas à proteção destas eventuais oscilações do mercado.

Referida Lei do *Homestead*, a princípio, objetivou incentivar a colonização, buscando fixar o homem a terra, na medida em que decretou a impenhorabilidade dos bens móveis domésticos e dos bens imóveis, visando assim, a proteção da família e sua moradia, haja vista que isentava de execução judicial por dívidas as áreas de terra correspondentes a até 50 acres, bem como terrenos urbanos.

Assim, indigitada lei trouxe ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí residir, nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência.

A Constituição Texana do ano de 1845, promulgada logo após sua anexação aos EUA, autorizou a criação de uma lei para proteger, contra qualquer espécie de execução, o imóvel que, pertencente a um chefe de família, medisse até dois mil acres, se localizado na zona rural, e no valor limite de dois mil dólares, se na zona urbana.

Essa norma constitucional foi sendo ratificada em todas as revisões constitucionais subseqüentes criadas pelo Estado do Texas, sendo inclusive declarada a inalienabilidade do Bem de família pelo homem casado sem a outorga uxória e sem as prescrições legais.

Nesse ínterim, vale ressaltar que coexistiram duas espécies de normas protetoras do *Homestead*, o federal (*Homestead Act*), editado em 1862, pela lei americana, para defender os interesses dos colonos, pois foi criado com fins ligados ao povoamento do território, e conferia ao ocupante um direito de preferência para adquiri-la; e o estadual, criado pela lei texana de 1839.

Assim, aos poucos, o *Homestead* estadual, oriundo do Texas, espalhou-se pelo território americano, implantando-se em diversos estados ao longo do século.

Não diferente, em outros países, como o Canadá, que regulamentou o Bem de família em Lei Federal desde o ano de 1878, sofrendo várias emendas até 1893, e nos países latino-

americanos como o México e a Venezuela, onde encontramos o instituto do Bem de família já nos primeiros códigos civis, criados no início do século XX, eivado de normas de proteção à família e à dignidade da pessoa humana.

Porém, em todos esses países onde vigorou a Lei do *Homestead* federal, para se obter a proteção deste instituto jurídico, era preciso reunir as seguintes condições: o exercício de um direito sobre determinado imóvel - título, de propriedade, posse, usufruto ou mesmo locação; o titular do referido direito devia ser o chefe de família, ou seja, o esposo, ou a esposa alçada à condição de cabeça do casal, com ou sem filhos, ou outra pessoa, mesmo do sexo feminino obrigada juridicamente a prover as necessidades de uma ou várias pessoas; era necessária a efetiva ocupação da propriedade imobiliária pela família, para que o imóvel pudesse ser considerado o abrigo inviolável e receber de fato, devida proteção; em certos Estados, era necessária uma declaração, junto ao registro imobiliário, no sentido de dar ciências aos credores, que conhecedores da situação, não poderiam alegar prejuízos pela impossibilidade de execução do patrimônio do devedor em regime do *Homestead* (AZEVEDO, 2010).

Esta última característica pertencia ao que os doutrinadores chamaram de *Homestead* formal, em comparação ao bem de família formal ou voluntário, ainda presente em nosso ordenamento jurídico, o qual exigia que o bem de família fosse registrado em cartório público pelo chefe de família. Porém, como veremos no decorrer deste trabalho, em capítulo próprio sobre este assunto, somente com o advento da Lei n. 8.099/1990, que criou o bem de família legal ou involuntário, é que tal formalismo deixou de ser requisito essencial para reconhecimento de um bem como bem de família.

No entanto, o caráter primitivo do bem de família, vale ressaltar, sempre foi a impenhorabilidade, já consagrada desde a primeira legislação que tratou especialmente de proteger este instituto da penhora ou de qualquer outro meio que pudesse privar a família do seu abrigo inviolável, aquela surgida no Texas em meados do século XIX.

Com relação à inalienabilidade, esta é relativa, como veremos no decorrer deste trabalho, pois, por exemplo, a mulher tem o direito de impedir a alienação do bem de família ou a constituição de hipoteca idealizada pelo seu marido, agindo em nome dos interesses do grupo familiar, mas o bem pode ser alienado se for consenso da família ou núcleo familiar.

1.2 PERFIL HISTÓRICO-SOCIOLÓGICO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, se tem notícia de que o instituto do bem de família foi inserido nas normas jurídicas civis, a partir do Código Civil de 1916, sendo que, embora repleto de formalismos, tal instituto pretendeu desde o seu advento excluir a casa residencial do patrimônio executável do devedor (CREDIE, 2009).

Segundo o jurista João Hora Neto (2007), inobstante a importância capital do bem de família, a sua introdução no direito pátrio deu-se com dificuldade e maneira delongada, materializada que foi pela polêmica havida entre os seus defensores e os seus opositores.

Em 1900, quando da discussão do Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilácqua, discutiu-se também a idéia de se consagrarem alguns artigos do *Homestead*, os quais não foram sequer mencionados no referido projeto.

Somente após muita polêmica na Câmara e no Senado, com discussão doutrinária paralela, foi atendida emenda desta última Casa, em que se incorporou o evidente modismo do início do século, importado dos EUA, sob o enfoque de interesse social.

Assim, a partir de adoção de emenda proposta pelo Senado, o bem de família foi finalmente colocado de forma original no Projeto de Código Civil de Bevilácqua, na sua Parte Geral (Livro Das Pessoas), sendo depois deslocado para o Livro dos Bens, dessa mesma Parte Geral, à vista da forte censura feita por Justiniano de Serpa, ainda que tenham persistido dúvidas se melhor seria sua inserção no Livro dos Bens, como assim restou em vigor, ou se na Parte Especial do Código Civil, no âmbito do Direito de Família.

No Código Civil de 2002, o bem de família se encontra disposto no âmbito do direito patrimonial da família, ou seja, no Livro que trata do Direito de Família, nos artigos 1.711 a 1.722, continuando a disciplinar somente o bem de família voluntário, com algumas alterações em relação à sua disciplina no Código de 1916 (artigos 70 a 73).

Outras normas que versaram sobre o bem de família após seu reconhecimento em nosso ordenamento jurídico civil, como o Dec.- Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, que fixou valores máximos dos imóveis a serem considerados bem de família, surgiram no decorrer do século XX.

Até que, não mais se estabeleceu tal limite pela Lei n. 6.742, de 1979, sendo possível a isenção de execução judicial até aos de mais alta valia. Somente após a Lei 8.099/1990, em vigor na atualidade, e o Código Civil de 2002 é que se voltou a limitar o valor do imóvel, quando existentes outras residências.

Durante o século XX, o ato de proteger a morada familiar resguardando-a das execuções e penhoras que adviessem de possíveis percalços econômicos, dependia da vontade de cada pessoa, pois o bem de família deveria ser registrado em cartório público, pelo chefe de família, e esse registro valia para isentar tal imóvel da execução por dívidas posteriores a sua instituição como bem de família.

Como se verifica, no Código Civil de 1916, além de não existir limite de valor, para a referida instituição exigia-se a inscrição do bem em escritura pública. Sendo portando, muito precário, deixando dúvidas e lacunas, o instituto do bem de família não foi exaustivamente explorado pelo legislador na elaboração do Diploma Civil de 1916, tendo em vista, que destinou apenas quatro artigos para regular um assunto de tamanha importância.

Nesse sistema, acaso não se resguardassem o imóvel mediante referida escritura anteriormente, comprometido estaria o patrimônio residencial imobiliário do grupo familiar. O que somente foi mudado com o advento da já citada Lei n. 8.099/90, que inovou o instituto com a criação *do bem de família Obrigatório ou Legal*, que dispensa ato formal para sua instituição, atingindo todo e qualquer imóvel que seja habitado por um grupo considerado uma família, como veremos a seguir em capítulo que trata de referida lei.

A partir daí, não cabia mais ao chefe de família o dever de proteção do instituto em tela, mas ao Estado. Depende deste, a determinação da inexecutibilidade do bem de família, independente de qualquer formalização.

Nada mais justo, uma vez que toda intervenção positiva em favor da família pelo Estado então, não se torna aleatória, mas sim obrigatória por esta instituição representar a pedra angular de todo Estado, até porque a família é a base de sustentação de toda vida humana. Fica evidente então, que a proteção de uma moradia à família, se faz necessário caso ao Estado interesse proteger a família.

No entanto, vale ressaltar que mesmo o instituto do bem de família tendo sido introduzido em nosso ordenamento visando, desde o início, proteger juridicamente a moradia como uma garantia fundamental à família, e ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é bem mais antigo em nosso ordenamento, o *direito à moradia*, propriamente dito, somente veio a consagrar-se em nossa Constituição, alcançando assim o patamar direito social, com a Emenda Constitucional n. 26/2000.

Algumas mudanças que caracterizam o novo bem de família do Código Civil de 2002 e da Lei 8.099/90, como se verá mais detalhadamente no decorrer desse trabalho, já foram introduzidas com o advento da própria Constituição Federal de 1988, valendo ressaltar: a competência a qualquer dos cônjuges para a instituição do bem de família - decorrentes do

princípio da igualdade de obrigações entre o homem e a mulher prevista no artigo 5º, inciso I, e 226, § 5º, ambos da CF.

Sendo que a Lei 8.099/90 ratificou o posicionamento constitucional também no sentido de estender a legitimação para sua instituição à entidade familiar e outros núcleos familiares como a família monoparental, conforme resta previsto no art. 226, § 3º e 4º da nossa Carta Magna.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM DE FAMÍLIA

2.1 DEFINIÇÃO

De acordo com os ensinamentos de Domingo Pietrangelo Ritondo (2008, p. 20), “o bem de família envolve direitos, não se confundindo com o imóvel residencial sobre o qual eventualmente incide”. Esse conjunto de direito, ao recair sobre determinada residência, transforma-se em qualidade dela. Além de ser atributo que se agrega ao imóvel residencial da entidade familiar, o bem de família representa ainda uma restrição ao direito de propriedade, uma vez que o titular do bem perde boa parte do poder de dispor do seu domínio, passando a possuir um imóvel relativamente inalienável.

De outro modo, o bem de família pode ser considerado também uma exceção ao princípio geral do Direito das Obrigações que impõe a sujeição de todo o patrimônio do devedor para a solução de suas dívidas perante credores.

Entretanto, o conceito do bem de família vem se estabilizando e ganha espaço em nossa vida jurídica, como notável instrumento de justiça social.

Assim, segundo as lições do mesmo autor pode-se definir o bem de família atualmente como sendo:

[...] o direito de isenção relativa à apreensão judicial, que se estabelece por força de lei ou por manifestação de vontade, sobre o imóvel urbano e rural, de domínio do integrante da entidade familiar, residência efetiva desta, que alcança ainda os bens móveis quitados que guarneçam, ou somente esses em prédio que não seja próprio, além das pertenças e alfaías, e eventuais valores mobiliários afetados e suas rendas. (RITONDO, 2008, p. 24).

É inegável, pois, hodiernamente, a proteção da ciência jurídica sobre este instituto, tendo em vista que além de refletir maior proteção patrimonial, “a casa própria tem o condão de despertar a segurança psicológica da certeza do abrigo”, conforme pondera Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 266-267). Consoante essa percepção, a importância da proteção do bem que representa o “abrigo”, o lar para a pessoa humana, é indiscutível sob o prisma psicológico e cultural.

De acordo com os apontamentos de Ricardo Arcoverde Credie (2009, p. 20), o bem de família na sua versão atual é “[...] muito mais inerente à cidadania (art. 1º, II, da CF), nesta nova concepção do Estado Social. Há muito mais humanismo nos seus contornos vigentes [...]”

Estudaremos, nesta monografia, o instituto do bem de família sob todas as óticas legais que vigem no nosso ordenamento jurídico sobre o tema: a infraconstitucional, do Código Civil de 2002, que regulamenta o bem de família voluntário, e da Lei 8.009/1990, que regulamenta o bem de família legal ou obrigatório; a da Constituição Federal de 1988, que o aproxima do direito fundamental à moradia e da nossa jurisprudência, que se utilizando de decisões baseadas em interpretações teleológicas, muitas vezes consolidou o assunto adequando-o à realidade de nossos tempos.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA

Quanto à natureza jurídica do bem de família, é assunto pouco discutido pela doutrina, dada as controvérsias que comportam o tema, no entanto, alguns autores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2010, p. 808) afirmam ser de “*forma de afetação de bens a um destino especial*, qual seja, assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar”, e por isso mesmo, impenhorável por dívidas posteriores a sua constituição, salvo as exceções legais.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2010, apud PEREIRA, 2002), não se trata de transmissão (salvo se constituído por terceiro), pois o bem não sai da propriedade do *pater famílias*. E se nos atentarmos para o fato de que com a morte dos cônjuges e a maioria dos filhos se opera sua extinção, da mesma forma que esta pode ser declarada a requerimento dos interessados, se o bem tiver deixado de preencher o requisito de sua destinação, mesmo assim, “é e continua sendo objeto do direito de propriedade do instituidor, mas afetado a uma finalidade, *sub conditione* da utilização como domicílio dos membros da família”.

Portanto, cumpre ressaltar que, em nosso ordenamento jurídico o bem de família representa um patrimônio especial, que se institui por um negócio jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência do núcleo familiar, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social.

2.3 A FAMÍLIA COMO BASE DE PROTEÇÃO DO INSTITUTO

Antes de adentrarmos propriamente no assunto do “bem de família e a moradia como institutos de proteção da pessoa humana”, alvo e temática deste trabalho, cumpre primeiro

ressaltar a importância da proteção da família, como a base de existência do instituto do bem de família.

Até porque, conforme apontamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 806), “o ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social – de onde se inicia a modelagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal.”

Outrossim, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, estabeleceu em seu artigo XVI, 3, que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e do Estado”. Conceito este que foi adotado no artigo 17, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1967.

2.3.1 A Família na Constituição da República de 1988

A família é, antes de tudo, no dizer de Domingo Pietrângelo Ritondo (2008, apud, VILLELA, 1999), um fato natural que precede ao Estado e à religião, sendo dotada de um dinamismo intrínseco que dispensa um e outra para sua constituição e sobrevivência.

Nesse contexto, vale ressaltar que, ao longo do tempo, em nosso país, o conceito axiológico do *instituto família* sofreu diversas mudanças, devido aos grandes avanços científicos e sociais da humanidade. Assim, os novos valores que inspiraram a sociedade contemporânea romperam com a concepção tradicional de família, uma vez que passaram a exigir

[...] um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. “O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 806).

No ordenamento jurídico brasileiro, esse conceito sofreu as mais substanciais mudanças a partir dos valores introduzidos pela Constituição da República de 1988, com a derrocada jurídica da família patriarcal.

Pois, no período de elaboração Código Civil 1916, os interesses do patriarca sobressaiam em relação ao da mulher e dos filhos, que por suas vezes ocupavam uma posição inferior àquele, sendo o vínculo matrimonial indissolúvel, e ilegal a prática de reconhecimento dos filhos extramatrimoniais.

As constituições brasileiras posteriores ao Código Civil de 1916, pouco modificaram esses preceitos. Registram-se algumas mudanças com a Emenda Constitucional nº 9, de 28/06/1977, a qual instituiu o divórcio.

No entanto, desde a década de 1960, a família denominada moderna, em contraposição à patriarcal, passou a ganhar terreno e mudou os contornos da família no Brasil, estando, pois, centrada no afeto, na igualdade, na liberdade, na personalidade humana, e na solidariedade, em detrimento da hierarquia vertical. Embora fosse ainda marginalizada, essa versão de família encontrava amparo no bom senso dos tribunais que jamais deixaram de constatar sua legitimidade, garantindo-lhes alguns direitos, apesar de muitas vezes fazê-lo por linhas transversais, como, por exemplo, através do reconhecimento da sociedade de fato. (RITONDO, 2008)

A noção do afeto, como elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando na esfera jurídica a partir do momento em que o indivíduo passou a ocupar a posição central no Direito de Família, como de resto ocorreu em todo o ordenamento, a vontade de unir a outra pessoa e de permanecer junto a ela revelou-se um elemento de grande importância para a constituição ou dissolução do vínculo familiar. (CARBONERA, 1998, p. 8-9, apud, RITONDO, 2008).

Essa subordinação do Direito Civil ao Direito Constitucional contribuiu essencialmente para a configuração do novo modelo de Direito de Família, propiciando, à luz da Constituição, a superação do antigo modelo existente na vigência do Código Civil de 1916.

Diante disso, cumpre ressaltar que a proteção do núcleo família deverá estar atrelada, essencialmente, à tutela da pessoa humana, através dos princípios gerais da Carta Magna, haja vista que não há como se falar em proteção à família quando se viola a dignidade da pessoa humana, sob pena de afrontar o comando constitucional.

Nesse sentido estão os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 807): “A proteção do núcleo família tem como ponto de partida e chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir a proteção à família.”

2.3.2 O bem de família e a ampliação do conceito de Entidade familiar

Hodiernamente ainda restam dúvidas em relação à extensão do significado que se deve atribuir à expressão “entidade familiar”. O artigo 226, da Constituição Federal, reza, respectivamente, nos seus parágrafos 3º e 4º, que:

§ 3º [...] é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar [...]

§ 4º entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Porém, conforme defende a melhor doutrina, essa enumeração de formas de constituição de famílias não é nem pode ser taxativa, porque não é a lei que determina como a família deve constituir-se, mas o povo no seu modo de ser espontâneo e vivencial.

Realmente, a interpretação restritiva do significado da expressão *entidade familiar* vai de encontro ao princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual a norma constitucional tem capacidade para conformar a realidade social, devendo, portanto, ser privilegiados instrumentos interpretativos garantidores de maior eficácia à norma, imprimindo-lhe maior amplitude. (RITONDO, 2008, p. 48).

Ante o exposto, verifica-se que se trata, na verdade de problema hermenêutico, uma vez que a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais conduz, seguramente com a idéia da inclusão de outros modelos familiares. Assim defendem, também, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 40):

A não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas (denominadas por alguns *entidades para-familiares*) como núcleos familiares, afastando-as da incidência protetiva do Direito de Família, sob frágil argumento de não estarem explicitamente prevista no artigo 226, colide, em linhas gerais, com os princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *igualdade substancial*, por ser descabida de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão.

Na mesma linha de idéias, estão os posicionamentos da autora Ana Alice de Carli (2009, p. 53):

No contexto contemporâneo, em que se evidenciam valores como a dignidade humana e a solidariedade, é preciso olhar para a família não apenas como instituto, regido por regras e princípios próprios, mas, sobretudo, como uma função, qual seja, a de célula de proteção de pessoas que, num mesmo *habitat*, dividem anseios, sonhos e necessidades, ou daquela que, por circunstâncias várias, vive só. Cabe ressaltar ainda que a família também é decorrência dos fatos sociais, e como tais se modificam de acordo com o tempo.

Entretanto, não obstante os argumentos dos autores acima expostos, boa parte da doutrina civilista, senão a dominante, defende a existência de apenas duas formas de entidades familiares além da tradicional comunidade familiar constituída pelo casamento, ou seja, são adeptos da concepção de interpretação restrita do artigo 226, da Constituição Federal.

Porém, a melhor doutrina e jurisprudências já reconheceram que o rol previsto na Constituição não é taxativo, ficando a mercê da proteção do Estado toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, que esteja, ou não, contemplada expressamente na letra da lei.

Ademais, atualmente, esse reconhecimento pode ser encontrado expresso em diversas leis infraconstitucionais bem consolidadas, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, que após as modificações da Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como a família natural, a família ampliada e a família substituta. Bem como, a Lei nº 11.340/2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, que em seu artigo 5º, inciso II, dispõe:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher [...]:

I – [...];

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Nesse sentido também está a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 477554/MG, publicado no DOU em 16.08.2011, tendo como Relator Ministro Celso de Melo, que reconheceu juridicamente as uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo – homoafetivas tornando-as lícitas, uma vez que há muito já faziam parte de nossa realidade fática.

Inobstante isso, ainda que as uniões homoafetivas não fossem consideradas entidades familiares pelo nosso ordenamento jurídico, o instituto do bem de família poderia ser admitido entre os companheiros homossexuais, independentemente de serem reconhecidos conviventes (união estável) em face da Lei 8.009/1990, já que a jurisprudência acolhe a instituição desse instituto por pessoas solteiras, como o celibatário.

Pensando nisso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 364, que reza o seguinte: “*o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas*”, entre outras decisões conforme a abaixo citada:

PROCESSUAL – Execução – Impenhorabilidade – Imóvel – Residência – Devedor solteiro e solitário – Lei 8.009/1990. A interpretação teleológica do art. 1º da Lei 8.009/1990 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. É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside sozinho o devedor celibatário (REsp 182.223 – SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ, 7/4/ 2003, m. v.)

Constatada a ampliação do conceito de entidade familiar, deve-se observar que tal conclusão tem reflexo importante e imediato no instituto do bem de família, uma vez que

alarga o seu campo destinando proteção a organizações familiares antes postas a margem da lei.

A jurisprudência tem acolhido em grande parte essa tese. Veja algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO – Embargos de terceiros – Lei nº 8.009/1990 – Impenhorabilidade – Moradia da família – Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/1990, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido (Quarta Turma, REsp 15.851 – SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/3/1998, v. u.).

EXECUÇÃO – Imóvel residencial – Impenhorabilidade – Lei nº 8.009/1990 – Entidade familiar – Devedor divorciado – Imóvel habitado pela ex-mulher e pela filha. I – O conceito de entidade familiar deve ser compreendido de acordo com as alterações que se processam nos últimos tempos no Direito de família, de modo a ser perseverado o sentido social da Lei nº 8.009/1990. II – Não se expõe à penhora o imóvel de propriedade do executado e de sua esposa, quando se destina à moradia desta última e da filha, de vez que a proteção da Lei nº 8.009/1990 atinge o bem por intero e não apenas a meação da mulher, sob pena de prejudicar o núcleo familiar. Recurso especial provido (Terceira Turma, REsp 293.291 – SP, Rel. Min. Castro Filho, j. 6/9/2002, v.u.).

3 ESPÉCIES DE BEM DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico brasileiro admite duas modalidades de bem de família, qual sejam: o bem de família convencional ou voluntário, com previsão legal no Código Civil, artigos 1.711 a 1.722, e o bem de família legal ou obrigatório, disciplinado na Lei 8.009/90, conforme se verá neste capítulo.

3.1 BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL OU VOLUNTÁRIO (DO CÓDIGO CIVIL)

3.1.1 Noções Conceituais

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo (2010), em obra dedicada ao tema, o bem de família convencional é um meio de garantir asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Arrematando as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 809), temos por bem de família convencional ou voluntário “aquele imóvel protegido em razão de ato espontâneo de parte interessada, através de registro público no cartório de imóveis, conferindo publicidade para justificar a impenhorabilidade e inalienabilidade do bem”.

Como já fora dito no capítulo anterior, no Código Civil atual, esta modalidade de bem de família tem previsão nos artigos 1.711 a 1.722, que se combina com os artigos 167, I, número “1”, e artigo 172 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), haja vista que o bem imóvel somente atinge o status de direito real após o registro imobiliário. Ou seja, instituído o bem de família, através de procedimento público no Cartório Imobiliário, torna-se restrita a sua comerciabilidade.

Vale ainda ressaltar que, quando de sua previsão no Código Civil de 1916, o bem de família foi inserido na parte geral, no Livro II, intitulado “Dos Bens”, a partir do art. 70 a 73, cujo conceito remetia ao prédio destinado pelo chefe de família ao exclusivo domicílio desta, mediante especialização no registro Imobiliário, consagrando-lhe uma impenhorabilidade limitada e inalienabilidade relativa.

No entanto, a proteção do bem de família voluntário, desde o antigo Código, não se restringe apenas aos valores imobiliários, sendo estendida aos bens mobiliários cuja renda venha ser aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família, desde que, à época de

sua instituição, não exceda ao valor do próprio prédio instituído, conforme previstos nos artigos 1.712 e 1713.

Nesse ponto, não se pode olvidar a limitação estabelecida pelo artigo 1.711 do Código Civil, o qual impõe que o valor do bem instituído não ultrapasse a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. “Excedida tal limitação, não produzirá efeitos a instituição, podendo o bem ficar submetido à proteção da Lei do bem de família involuntário, se servir como residência do núcleo familiar.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 811).

3.1.2 Do Código Civil de 1916 ao atual Código Civil

Durante a vigência do antigo Código Civil, a doutrina era unânime em afirmar que somente o marido teria legitimidade para instituir o bem de família convencional, e somente em casos de viuvez ou divórcio é que a mulher poderia assumir este papel, pois apenas nesses casos estaria ela na direção de chefe de família, requisito necessário naquela época, para a destinação de um prédio domiciliar em bem de família.

Esse argumento só veio a cair por terra com o advento da Constituição da República de 1988, “a qual estabeleceu igualdade entre o homem e a mulher no artigo 226, § 5º, e no artigo 5º, inciso I, o que exigiu nova exegese da legislação ordinária, no sentido de eliminar qualquer prerrogativa na chefia da sociedade conjugal.” (RITONDO, 2008, p. 25 apud MARMITT, 1995, p. 147).

Outro conflito doutrinário, com relação ao bem de família convencional do Código Civil de 1916, que também foi dirimido com o advento da Constituição da República de 1988, foi o fato de que somente a família constituída pelo casamento fazia jus ao direito de instituir o benefício de ter a sua residência a salvo das execuções por dívidas, pois, o texto constitucional reconheceu expressamente em seu artigo 226, §§ 3º e 4º outras espécies de entidades familiares, como a resultante da união estável e a monoparental, além de outras implicitamente contidas no *caput* do referido artigo.

No entanto, conforme as lições de Domingo Pietrangelo Ritondo (2008), somente a partir do surgimento do Código Civil de 2002, é que foi ampliada de fato a legitimidade para a constituição do bem de família, deferindo-a aos cônjuges, à entidade familiar e até a terceiros, como por exemplo, os avós.

Isso propiciou a utilização do instituto do bem de família por parte de todos os integrantes da entidade familiar, ainda que esta se limite a um componente apenas, como é o

caso do celibatário, observadas as condições expressas em lei. Essa foi uma das grandes alterações introduzidas pelo Código Civil de 2002, que recepcionou o bem de família convencional nos seus artigos 1.711 a 1.722.

Ante o exposto, verifica-se que o atual Código Civil, inspirado numa nova ótica constitucional, promoveu a reformulação do instituto do bem de família voluntário no Brasil, adaptando-o às exigências do texto constitucional, decorrentes do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros e do pluralismo de modelos familiares, entre outros.

É importante ressaltar ainda que a Lei 8.009/1990 e o Código civil de 2002 coexistem no ordenamento jurídico brasileiro, conforme expressa o art. 5º, parágrafo único, da mesma lei. Porém, em sendo constituído voluntariamente o bem de família, na forma do Código Civil de 2002, deixará de incidir referida lei, que somente voltará a surtir efeito em caso de desconstituição do bem de família voluntário, conforme estudaremos a seguir.

3.1.3 Exceções à Regra da Impenhorabilidade do bem de família voluntário

Quanto à regra da impenhorabilidade do bem de família voluntário, existem algumas exceções, que se encontram elencadas no artigo 1.715 do Código Civil de 2002, onde se verifica a possibilidade de penhora do bem de família instituído pelos titulares para o pagamento de dívidas oriundas de tributos relativos ao próprio prédio (como IPTU ou ITR, por exemplo), ou de despesas condominiais.

Vale pontuar que o eventual saldo resultante da execução promovida por conta das dívidas mencionadas acima, há de ser aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para o sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução a ser tomada pelo magistrado, no caso específico.

Com relação às hipóteses de penhorabilidade do bem de família previstas no artigo 3º da Lei 8.009/90, é importante frisar que estas incidirão exclusivamente nos casos de bem de família legal, o que veremos melhor no próximo tópico deste trabalho, sendo aplicadas ao regime de bem de família convencional, apenas estas duas hipóteses do artigo 1.715 do Código Civil.

3.1.4 Extinção do bem de família voluntário/ atuação do Ministério Público

Quanto à extinção do bem de família voluntário, de acordo com o artigo 1.721 do Código Civil, mesmo havendo a dissolução da entidade familiar esta não ocorre, e conforme

reza o artigo 1.722 do mesmo código, o bem de família só se extinguirá com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que estes não sejam sujeitos à curatela, fato que pode acarretar hipótese de prorrogação da proteção patrimonial.

Isso, se não houver a desafetação, ou desconstituição, que são formas voluntárias de extinção do bem de família convencional, realizadas “[...] mediante ato igual de vontade de quem o instituiu, mas sempre depende da expedição de mandado ou alvará judicial em procedimento de jurisdição voluntária [...]”. (CREDIE, 2009, p. 68).

Nesse ponto, vale conferir a seguinte Jurisprudência:

Tribunal de Justiça do Paraná

BEM DE FAMÍLIA – Desafetação – imóvel que deixou de ser residência da família – Concordância de todos os interessados com a eliminação da cláusula – Filhos menores que concordam através de curador especial – Apelação provida para eliminar a referida cláusula (RT 691/150).

Ressalte-se que, uma vez instituído o bem de família voluntário, preservam-se interesses do grupo familiar, razão pela qual a sua extinção, alienação ou sub-rogação, deve ser necessariamente judicial. Porém, outra mudança importante introduzida pelo atual Código Civil, segundo os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 813), foi a necessidade de intervenção do Ministério Público, que deve ser ouvido antes da decisão judicial, condição esta prevista no artigo 1.717 e 1.719.

Independente de qual seja a natureza do litígio que envolva a dissolução do instituto em liça: partilha de herança, embargos de terceiros, exceções de pré-executividade ou mesmo nos embargos do devedor, envolvendo ou não direitos de incapazes ou à disposição de última vontade, a falta de intimação do Ministério Público, para que se manifeste, acarretará a nulidade do processo, conforme previsão no artigo 246, do Código de Processo Civil.

3.2 BEM DE FAMÍLIA LEGAL OU OBRIGATÓRIO (DA LEI 8.009/1990)

3.2.1 Noções Conceituais

O bem de família legal ou obrigatório foi instituído pela Lei 8.009/90, que se originou da Medida Provisória nº 143 editada em 8 de março de 1990, em meio à grave crise econômica por que passava o nosso país ao final do mandato do presidente José Sarney, de onde se surgiu a necessidade de estipulação da impenhorabilidade, através de lei, do imóvel residencial e outros bens que guarnecem o prédio onde abriga a entidade familiar.

Sendo aprovada pelo Congresso Nacional, em apenas poucos dias de tramitação de referida Medida Provisória, promulgou-se a Lei 8.009 em 29 de março de 1990, cuja garantia é a proteção ao bem de família independentemente de ato de vontade do titular.

Tal norma tornou então imune à apreensão judicial todo e qualquer imóvel onde resida uma família ou entidade familiar. “É o Estado agora, que está a determinar a inexecutibilidade, independente de qualquer formalização, sem mais ficar ao alvedrio do chefe de família a destinação do bem residencial para esse fim.” (CREDIE, 2009, p. 19).

Da mesma forma lecionou o jurista Álvaro Villaça de Azevedo (2010, p. 189): “[...] Nessa lei emergencial, não fica a família à mercê de proteção, por seus integrantes, mas é defendida pelo próprio Estado, de que é fundamento”.

Assim, longe de qualquer formalidade, “o regime jurídico do bem de família legal reconhece a *impenhorabilidade do imóvel que serve de residência para o titular e o seu núcleo familiar*, por força de lei, não exigindo qualquer registro em cartório ou ato expresso de vontade.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 815).

Dessa forma, em seu artigo 1º, caput, a Lei 8.009/90 reza o seguinte:

Art. 1º. O imóvel residencial próprio 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 nas hipóteses previstas nesta Lei (grifo nosso).

Cumprido aqui ressaltar que, como já foi discutido no capítulo anterior (especialmente no tópico 2.3.1), e será mais bem discutido em capítulo próprio no decorrer deste trabalho, a pessoa solteira, viúva, separada ou divorciada constitui também essa entidade familiar, segundo forte corrente jurisprudencial. Nesse sentido, vale repisar, tem-se sumulada a interpretação pretoriana do Superior Tribunal de Justiça: “*Súmula 364* – o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

Outro aspecto importante do bem de família legal, é que os efeitos da impenhorabilidade, conforme reza o art. 5º, desta Lei, recaem apenas sobre um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

No caso de o proprietário possuir mais de um imóvel, nos termos de referida Lei, considerar-se-á bem de família o de menor valor, mesmo que a família esteja residindo no mais valioso. Pois, para que recaia a impenhorabilidade no imóvel onde reside, ou no de sua preferência, o proprietário deverá se valer da lei civil, instituindo o bem de família voluntariamente, para tanto se observará as normas previstas no Código Civil, como visto

anteriormente (no tópico 3.1.1, deste trabalho) desde que não ultrapasse um terço de seu patrimônio líquido.

Outro requisito do bem de família legal, considerado de suma importância pela doutrina majoritária, é a efetiva residência dos membros da família ou núcleo familiar no imóvel. Porém, tal regra não é absoluta, pois se assim fosse, a finalidade do instituto estaria comprometida em alguns casos peculiares, como o da família que sobrevive com a renda do aluguel do único imóvel próprio, entre outros, casos analisados pelos os acórdãos colacionados a seguir:

Superior Tribunal de Justiça

BEM DE FAMÍLIA – Imóvel locado – Irrelevância – Único bem da devedora – Renda utilizadas para a subsistência da família – Incidência da Lei 8.009/1990, art. 1º - Teleologia – Circunstâncias da causa – Precedente da Turma – Recurso desacolhido. I – Contendo a Lei 8.009/1990 comando normativo que restringe princípio geral do direito das obrigações, segundo qual o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que norteia, a levar em linha de consideração as circunstâncias concretas de cada caso. II – Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito – fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei nº 8.009/1990 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família (REsp 159.213 – ES, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20/4/1999, v. u.).

PROCESSO CIVIL – BEM DE FAMÍLIA: LEI Nº 8.009/990 – IMPENHORABILIDADE. 1. A Lei nº 8.009/1990 tornou impenhorável o bem de família, o que não impede o seu aluguel para auxiliar na manutenção da família. 2. Precedentes desta Corte prevalecem sobre a corrente mais ortodoxa. 3. Recurso especial improvido. (REsp 415765/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05/08/2002).

PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. LOCAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. 1. Não se constitui em condicionante imperiosa, para que se defina o imóvel como bem de família, que o grupo familiar que o possui como única propriedade nele esteja residindo. Uma interpretação sistêmica e não literal, da Lei nº 8.009/1990 leva a concluir que esta é apenas uma das características, dentre um conjunto de outras, que indica a situação de imprescindibilidade do imóvel à própria sobrevivência da unidade familiar, de modo que a sua locação não lhe afasta condição, desde que se comprove que tal procedimento seja levado a efeito em benefício da própria sobrevivência da família. Precedentes do STJ. 2. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido. (REsp 550387/SE, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03/11/2003).

BEM DE FAMÍLIA – Predomina nesta egrégia Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade da família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do

bem de família (art. 1º da Lei nº 8.009/1990). Com efeito, o escopo da lei é proteger a entidade familiar e, em hipóteses que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas (REsp 445.990/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, v. u., j. 09/11/2004, DJ de 11/04/2005).

Ademais, o imóvel destinado a residência não precisa ser exatamente habitado por determinado núcleo familiar para que represente a garantia de um abrigo quando este núcleo necessitar. Pois o real objetivo do instituto do bem de família é basicamente o de fornecer abrigo aos componentes da família.

Sobre o tema, vale citar nesse sentido trecho da lição de Domingo Pietrangelo Ritondo (2009, p. 27-28):

A título de exemplo, suponha-se que, previda pela necessidade, a entidade familiar tenha de se deslocar do imóvel objeto do bem de família para outro menor e menos dispendioso, utilizando-se dos aluguéis do primeiro para fazer face as despesas do segundo, além de outras de que necessita na vida cotidiana. Tal situação, ocasionada por um eventual desemprego ou outro motivo passageiro, mostra-se provisória e passível de reversão no futuro, razão pela qual não seria justo negar amparo a esta família exatamente no momento em que ela mais precisa, ou, pior, forçar a ocupação do imóvel próprio pela família à custa de um sacrifício desarrazoado. Sendo assim, é de ser manter a proteção do bem de família, em relação ao imóvel próprio da entidade familiar, como se lá estivesse ela residindo.

Conforme o parágrafo único do artigo 1º, da Lei 8.009/1990, a impenhorabilidade atinge não apenas o imóvel residencial, urbano ou rural, mas também as acessões por construções e plantações feitas sobre ele, as benfeitorias de qualquer natureza, além de todos os equipamentos ali existentes, inclusive os destinados ao uso profissional, bem como os bens “móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Por outro lado, são excluídos da regra de impenhorabilidade, de acordo com o artigo 2º da supracitada lei, os veículos de transporte, as obras de arte e adornos suntuosos, que poderão ser penhorados para o pagamento de dívidas do titular. Porém, já que a Lei do bem de família legal não faz distinção dos veículos de transporte, considera-se como definição destes o conceito encontrado no artigo 96, da Lei 9.503/1997.

Quanto à definição dos bens móveis objetos de proteção do bem de família, a jurisprudência têm contribuído muito, ainda que, sem desvincular-se da concepção rígida de que os bens do devedor sempre representam a garantia do credor, considerando ser esta a regra geral que comporta a exceção do bem de família. No entanto, a grande dificuldade para os juristas é estabelecer diferenças entre os bens de utilidade e os exorbitantes ou supérfluos.

Nesse sentido, verificam-se os julgados do *Superior Tribunal de Justiça* a seguir colacionados:

GRAVADOR E BICICLETA – [...] 2. Sob cobertura de precedentes da Corte que consideram bem de família aparelho televisão, videocassete e aparelho de som, tidos como equipamentos que podem ser mantidos usualmente por suas características. A bicicleta, porém, não é bem de família, sendo meio de transporte, mais bem situada na vedação do art. 2º da Lei nº 8.009/1990. 3. É preciso considerar que a interpretação da lei considerando os termos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil não pode gerar desequilíbrio no processo, como se o fim social somente se destinasse a proteger uma das partes. O juiz interpretando a lei, construindo sobre ela para prestar a jurisdição, deve levar na devida consideração que a ordem jurídica vigente rege a vida de toda a sociedade e não de parte dela, ainda que deva compreender sempre as circunstâncias concretas de cada caso para fazer a melhor justiça. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido (Terceira Turma, REsp 82.067 – SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26/6/1997, v. u., RSTJ 103/209).

PROCESSUAL CIVIL – Embargos à execução – Impenhorabilidade dos bens moveis que guarnecem a residência, incluindo televisores, aparelhos de som, videocassete microondas e computador – [...] II - A Lei 8.009 fez impenhoráveis, Além do imóvel próprio da entidade familiar, os equipamentos e moveis que o guarnecem, excluindo veículos de transporte, objetos de arte e adornos suntuosos. O favor compreende o que usualmente mantém em uma residência e não apenas o indispensável para fazê-la habitável. Devem, pois, em regra, ser reputados insuscetíveis de penhoras aparelhos de televisão e de som, microondas e videocassete, bem como o computador que hoje em dia corriqueiro e largamente adquirido como veículo de informação, trabalho, pesquisa e lazer, não pode igualmente ser considerado adorno suntuoso. III – Recurso conhecido em parte e nessa parte provido (Terceira Turma, REsp 150.021 - MG, Rel. Min. Waldemar Sveiter, j. 23/2/1999).

PROCESSUAL CIVIL – Impenhorabilidade - Lei 8.009/1990 – Único televisor. Existência de vários televisores. I – A Lei 8.009/1990 foi concebida para garantir a dignidade e funcionalidade do lar. Não foi propósito do legislador permitir que o prodigo e o devedor contumaz se locupletem, tripudiando sobre seus credores. II – Na interpretação da Lei 8.009/1990, não pode perder de vista seu fim social. III – A impenhorabilidade não se estende a objeto de natureza suntuária. IV – Se a residência é guarnecida com vários utilitários da mesma espécie, a impenhorabilidade cobre apenas aqueles necessários ao funcionamento do lar. Os que excederem ao limite da necessidade podem ser objeto de constrição. V – Se existem, na residência, vários aparelhos de televisão, a impenhorabilidade protege apenas um deles (REsp 109.351 – RS, Corte especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.22/10/1998, v. u.).

Na verdade, a possibilidade de penhora dos bens móveis de elevado valor que guarnecem o lar, ou que ultrapassem o que é necessário para manter um padrão médio de vida, já é assunto convalidado pela nova redação do art. 649 do Código de Processo Civil, ocorrida após a vigência da Lei 11.382/2006.

Ademais, “o escopo do ordenamento jurídico é proteger os bens do devedor naquilo que for necessário para resguardar a uma vida digna, não estando abarcado aquilo que excede o limite de um padrão médio de vida.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 818).

3.2.2 Constitucionalidade do regime legal do bem de família

Alguns autores criticaram a constitucionalidade da Lei 8.009/1990, defendendo que esta atingia o regime econômico da Constituição brasileira, pois possuía restrições que ia de encontro ao princípio universal da sujeição do patrimônio do devedor às suas dívidas. Ainda sustentaram que referida lei diminuiria a proteção do crédito, posto que, tal lei facilitava o descumprimento das obrigações em prejuízo do mercado.

De outro lado verifica-se uma posição doutrinária majoritária e mais contemporânea pugnando pela constitucionalidade do regime legal do bem de família instituído pela Lei 8.009/1990. Sob diversos fundamentos, como por exemplo: o de há na referida lei uma idéia implícita de revisão axiológica que prioriza a proteção da pessoa humana, em lugar da antiga tutela patrimonial.

Nesse sentido convergem os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 820-821):

[...] ao contrário de violar o Texto Constitucional, a lei do bem de família a ele está adaptada, sintonizada com a interpretação teleológica para a aplicação concreta dos princípios da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, além da erradicação da pobreza (CF/88, arts. 1º, 3º e 5º). Especificamente depois do reconhecimento, no art. 6º da Carta Maior, do direito social à moradia, privilegiando as situações jurídicas fundamentais da pessoa humana.

3.2.3 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal

Apesar da referida lei em estudo buscar proteger a dignidade do devedor conservando-lhe impenhorável seu patrimônio mínimo, nos casos em que se verifica que a natureza especial das dívidas não justifica a impenhorabilidade do bem, procurou o legislador assegurar a dignidade do titular do crédito. “[...] Se é certo que a pessoa humana do devedor precisa de proteção mínima, fundamental, para assegurar sua dignidade, não menos certo é que o credor também merece proteção, de modo a resguardar a sua própria dignidade [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 818).

Dessa forma, inobstante a regra geral de que a impenhorabilidade do bem de família do devedor é oponível em qualquer espécie de processo de execução, veremos aqui neste tópico, um rol de casos de exceções a tal regra, além da primeira exceção imposta no artigo 2º da Lei 8.009/1990, vista acima, referida lei apresenta mais sete exceções, descritas em seu art. 3º, a seguir disposto:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor de pensão alimentícia;

IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Examinaremos, a seguir, sucintamente, apenas os casos de exceções à regra da impenhorabilidade mencionadas nos incisos V e VII, do artigo acima, por serem as hipóteses que geram mais controvérsias na doutrina e na jurisprudência, e por considerarmos as mais relevantes para a discussão deste trabalho.

A primeira delas, descrita no inciso V, que diz respeito à penhorabilidade do bem de família para o pagamento de dívida garantida com o próprio bem (hipoteca). Como escreveu o mestre Ricardo Arcoverde Credie (2009, p. 90), cuida-se de um equívoco legislativo, contrário aos fins sociais do instituto, pois este inciso “não trata de crédito hipotecário do financiador, incorporador, construtor ou vendedor do imóvel sede de família, mas sim de empréstimo qualquer”. Pois, ressalta o mesmo autor, “a hipoteca relacionada com o preço de aquisição dessa moradia já tem a devida ressalva no inciso II do artigo 3º da Lei 8.009.1990”.

Desse modo, fazendo um apanhado dos ensinamentos do referido autor, cumpre destacar que, admitido na forma do inciso V, art. 3º, da referida lei, o contrato de hipoteca permite, tanto quanto qualquer outro título de crédito, o mau uso do capital contra a segurança econômica da família e da sociedade, justamente o que se pretendeu evitar com a Lei n. 8.009/1990.

Outro aspecto a ressaltar quanto à legalidade ou não dessa exceção, é se a dívida garantida com hipoteca do bem tenha sido contraída em favor do núcleo familiar, hipótese que autorizaria a penhora do bem para pagamento daquela.

Nesse sentido também se manifestaram os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 823): “se a dívida não reverteu em favor da família, como um todo, o bem continua impenhorável, não se aplicando a exceção”.

Quanto à exceção à regra da impenhorabilidade prevista no inciso VII do citado artigo, trata-se de outra questão relevante, vale repisar. E que por sua vez deu causa a diversas polêmicas e controvérsias quanto a sua constitucionalidade ou não em decisões dos tribunais, bem como nas decisões de diversas turmas do Superior Tribunal de Justiça, em face das quais, o Supremo proferiu recente decisão.

Quando da criação da Lei 8.009/1990, o contrato de fiança não excluía a proteção dada pelo instituto do bem de família. Então, o imóvel do fiador estava isento de constrição judicial, situação esta que se modificou após a entrada em vigor da Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), que em seu art. 82, acrescentou o inciso VII no rol do artigo 3º, gerando assim, quebra da regra geral de imunidade do bem de família.

A partir de então, o fiador (aquele que assume obrigação pela dívida) em contrato locatício pode ter o seu bem penhorado em execução de cobrança, caso o afiançado (locatário), seu afiançado, não realize o pagamento dos aluguéis devidos, não podendo sequer valer-se mesmo de ação regressiva contra o devedor, posto que o bem de família único do devedor restará sobre a proteção legal.

A preocupação toda gira em torno do evidente confronto com a Constituição Federal, haja vista que tal norma é incompatível com o direito fundamental à moradia e com o princípio constitucional da igualdade, uma vez que trata desigualmente duas pessoas que se encontram na mesma situação fática: o fiador e o locatário proprietários de um único bem imóvel cada um, que lhes servem de moradia.

Nesse sentido faz-se mister colacionar aqui o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 825-826):

De fato, parece ter havido um grave equívoco legislativo ao permitir que fosse penhorado o bem de família por conta da fiança prestada em contrato de locação de imóvel urbano. E que os bens – móveis ou imóveis, eventualmente existentes – do locatário (o devedor principal) não poderão ser penhorados uma vez que incidirá sobre eles a impenhorabilidade legal, em conformidade com art. 1º da lei protetiva. Ora se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal, vai permitir (inciso VII, ar. 3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na

inteireza o inciso referido. Por isto, há total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razões da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa.

Diante disso, destoa da razoabilidade autorizar o sacrifício genérico do bem de família para o cumprimento de aluguéis.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça exarou recente decisão, que embora tenha pacificado o assunto reconhecendo a penhorabilidade do bem de família do fiador no caso de descumprimento de cobrança de no contrato de locação, não esgotou ainda tal discussão haja vista que referido dispositivo (inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/1990) é reconhecido por parte da doutrina e da jurisprudência como sendo flagrantemente inconstitucional.

No entanto, este é um assunto que será mais bem estudado no capítulo posterior (subtema: 4 - “o direito à moradia e a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício (inciso VII, do art. 3º, da lei 8.009/1990)”).

3.2.4 Alegação no processo e validade da renúncia ao bem de família legal

A impenhorabilidade do bem de família legal pode ser suscitada por qualquer interessado, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, ou mesmo reconhecida de ofício pelo magistrado. Desse modo, já se reconheceu em sede jurisprudencial que, em relação ao bem de família,

[...] a matéria é de ordem pública, e pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no Recurso Extraordinário ou Especial e ainda que não pré-questionada. Consoante a doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, é dever do juiz pronunciá-la de ofício. Sobreleva anotar, o mérito da questão, que é norma de ordem pública, vale repetir, deve prevalecer sobre o formalismo processual exacerbado (STJ, REsp 66.567/MG, AC. 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 25/3/1996, DJU 24/6/1996).

Tal possibilidade do reconhecimento, a qualquer tempo, da impenhorabilidade do bem de família, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 831), “decorre de sua posição constitucional, afigurando-se consentâneo com a ordem máxima vigente, em especial com o princípio da dignidade da pessoa humana, fortemente presente na Lei nº 8.009/90”.

Quanto à proteção decorrente da impenhorabilidade do bem de família, pelas mesmas razões, é irrenunciável, conforme entendimento da Corte Superior, a qual entende que mesmo

tendo o devedor oferecido, voluntariamente, o bem de família à penhora durante a execução, nada impede que seja reconhecida, posteriormente, a sua impenhorabilidade, em virtude de tratar-se de matéria de ordem pública.

[...] a indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei nº 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste Superior Tribunal de Justiça (STJ, AC. 1ª Turma, AgRgRESP. 813.546/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10/4/2007, DJU 4/6/2007, p. 314).

4 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

4.1 O DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à moradia, embora já fosse reconhecido em outros dispositivos esparsos pela Constituição Federal, só repercutiu na esfera jurídica com *status* de direito social, passando a representar garantia fundamental humana, a partir da redação dada ao artigo 6º pela Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000.

No entanto, antes disso, *o direito à moradia* já era considerado pela Constituição Federal de 1988 como uma expressão dos direitos sociais por força do disposto no inciso XI do artigo 5º: “a casa é asilo inviolável do indivíduo”, bem como, no inciso IV do art. 7º, onde ao tratar do salário mínimo, o constituinte estabeleceu que ele devesse ser capaz de atender, as necessidades básicas do indivíduo, e nesse rol, também incluiu a moradia, igualmente, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, ou seja, como um direito social e essencial ao cidadão.

Além do que já restava claramente disposto no artigo 23, IX, também da Carta Magna: “*É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*”.

Certamente que a expressão desse direito em artigo separado fortaleceu ainda mais a sua tutela pela Carta maior, além de ter facilitado a exigência de sua concretização.

Dessa forma, verifica-se que é a legislação infraconstitucional, e os atos do governo que devem contribuir para a viabilidade social da concretização do direito à moradia, haja vista que este direito está também inserido na relação de *fundamentos e objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil, assim capitulados respectivamente nos artigos 1º, III e 3º, III, da Constituição Federal, que por suas vezes primam à dignidade da pessoa humana, bem como a erradicação da pobreza e marginalização, e a redução das desigualdades sociais.

Nessa linha de pensamento, vale citar as lições do festejado constitucionalista José Afonso da Silva (2009, p. 286), ao conceituar os direitos sociais:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como 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 auferimento da igualdade real, o que por sua vez proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Bem assim, segundo Domingo Pietrangelo Ritondo (2008), antes da Emenda Constitucional 26/2000, o Brasil já reconhecia o direito à moradia, também, através de diversos tratados internacionais ratificados, por força do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal. São exemplos de dispositivos internacionais normativos que prescrevem o direito à moradia, segundo o autor: item I, inciso XXV, da Declaração dos Direitos Humanos; o artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos; e o artigo 22 da convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, além de diversas outras normas expressas em tratados de Direitos Humanos igualmente ratificados pelo nosso país.

No que diz respeito à eficácia do direito à moradia, impende novamente ressaltar os ensinamentos de José Afonso da Silva (2009), onde em linhas gerais aduz que a nota principal do direito à moradia, consiste em se obter uma moradia digna e adequada, direito positivo de caráter prestacional do Estado, o qual representa a condição de eficácia de todos os direitos fundamentais. Uma vez que o Estado é o detentor do poder-dever para a efetivação desses direitos. Assim, é o caráter prestacional do estado que legitima a pretensão do seu titular à realização desse direito.

Portanto, como em qualquer outro direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, tais como: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, etc., para a efetivação do direito à moradia não se faz necessário que o cidadão recorra ao Judiciário a fim de fazer valer o seu direito expresso, como lamentavelmente vem ocorrendo hodiernamente, pois, “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata” (SILVA, 2009, p. 467).

Muito embora uma parcela da doutrina (principalmente a clássica) e da jurisprudência entender ser o direito à moradia uma norma constitucional de conteúdo programático, nesse caso, não apresentando por si só força suficiente a exigir uma prestação positiva estatal, sendo necessária uma regulamentação por parte do Estado, vale aqui recorrer mais uma vez aos ensinamentos de José Afonso da Silva (2009, p. 467).

Sua existência por si só, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que

só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação. (grifo nosso).

Todavia, verifica-se que a casa onde a pessoa humana habita de modo permanente, mesmo não sendo própria, serve-lhe de proteção, representando as condições mínimas para existência de uma vida digna, pois inspira a segurança, ainda que psicológica, da certeza do abrigo.

Assim, embora se afirme que o direito à moradia não seja necessariamente direito à casa própria, mas apenas que se garanta a todos um teto onde se abrigue com sua família de modo permanente, é evidente que a obtenção da casa própria possa ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia, conforme os argumentos de Álvaro Villaça Azevedo (2010, p. 220):

[...] É o direito à vida, que precede a todos os demais. Existindo, o ser humano tem sua dignidade de viver da melhor maneira possível, sob um teto. O estado deve assim desenvolver projetos de construção de habitação populares, que possam ser adquiridos pelos cidadãos de baixa renda.

Desse modo, ao ser inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia acrescentou nova garantia social a todas as pessoas, ao passo que se revelou como sendo fruto da dignidade da pessoa humana e integrante do mínimo existencial que assegura a pessoa uma vida digna, e por esse motivo, representa um princípio constitucional fundamental, devendo ser protegido de qualquer tipo de violação.

Ainda Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 314), “o conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar [...]”, as quais são princípios inerentes ao fundamento da dignidade da pessoa humana, um dos pilares da Constituição da República do Brasil.

Portanto, a vista do acima exposto, o conteúdo do direito à moradia deve guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental, e por isso mesmo, não podendo sofrer qualquer tipo de violação, mesmo que não estivesse expressamente previsto na Constituição Federal.

4.2 O DIREITO À MORADIA E O BEM DE FAMÍLIA COMO INSTITUTOS DE PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA (GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL)

4.2.1 Moradia e bem de família: a proteção como fim

O direito social à moradia revela-se como inerente à pessoa humana, e por isso, fazendo parte de sua essência, de modo que sem ele a existência de outros direitos, como o direito à vida e à liberdade, por exemplo, não restariam exercidos de forma satisfatória.

Dessa forma, convém afirmar que os objetivos do direito à moradia, proclamado universalmente, e consagrado em nossa Carta Maior como um direito inerente ao ser humano, convergem para a proteção do mínimo existencial do seu titular. “[...] Trata-se, de fato, de direito que transcende ordenamento jurídico positivo, porque ínsito à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade [...]”. (RITONDO, 2008, P. 124).

Assim também está direcionado o instituto do bem de família, como instrumento para o alcance da justiça social que representa, dotando de impenhorabilidade o único bem imóvel do devedor a fim de garantir-lhe a mínima proteção essencial para a existência do núcleo familiar, que, como veremos mais adiante, pode ser constituído apenas pelo indivíduo que, por sorte da vida, ou por escolha circunstancial não conviva com mais ninguém, tudo a demonstrar resguardo à dignidade da pessoa humana que admite além de outros direitos individuais, a privacidade, o asilo inviolável, a liberdade e a igualdade de direitos.

Ainda, é preciso conceituar aqui o que seria esse *mínimo existencial* em contrapartida ao que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 835) chamaram de patrimônio mínimo: “[...] ora se o imóvel (e os móveis que guarnecem o lar) constitui o patrimônio mínimo da pessoa humana, não se pode cogitar da penhora, sob pena de atentado direto e frontal contra a dignidade do homem [...]”.

Segundo Ana Alice Carli (2009, p. 39-40), “o mínimo existencial caracteriza direito fundamental a uma vida digna, enquanto o patrimônio mínimo configura garantia fundamental daquele”, ou seja, o patrimônio mínimo representa a efetividade do mínimo existencial, que, por sua vez, reúne um conjunto de direitos fundamentais: direito à vida, ao desenvolvimento pleno, à saúde à educação e à moradia digna.

Por sua vez, o direito fundamental à moradia, constituído em núcleo essencial dos direitos sociais, núcleo esse blindado contra qualquer interferência estatal, traz em si o papel de concretizar as exigências de dignidade da pessoa humana e garantir um mínimo existencial para uma vida condigna. (SARLET, 2006, p. 57 apud RITONDO, 2008, p. 123)

Decerto que o patrimônio, entre outras funções, tem o condão de assegurar o mínimo existencial suficiente à existência da pessoa humana, para que ela possa desenvolver-se com dignidade e segurança.

Nesse viés, de acordo com o posicionamento da doutrina e jurisprudência majoritária e contemporânea, convém afirmar que o bem de família consubstancia um instrumento por meio do qual o direito humano fundamental à moradia se perfaz, se materializa, se amolda, se concretiza.

4.2.2 Aplicabilidade do instituto do bem de família na proteção do indivíduo

Ao analisarmos o tema da aplicabilidade do bem de família na proteção do indivíduo, partimos do pressuposto de que todas as normas legais que fazem parte de nosso ordenamento jurídico devem ser aplicadas, ao caso concreto, levando-se em consideração a relevante carga axiológica das premissas constitucionais, sob pena de condenarmos a Constituição a uma mera carta de intenções.

Vale ressaltar que, a partir da criação do Estado Social pela Constituição Federal de 1988, o direito social surgiu como um novo modo de pensar e aplicar o direito, aumentando seu escopo à medida que avança o progresso científico do direito no sentido de formular novos conceitos e normas de interesse coletivo e justiça social, privilegiando o todo em detrimento do particular, mas ao mesmo tempo assegurando-se o núcleo mínimo de prerrogativas individuais, a fim de não se atingir um exercício arbitrário em prol da coletividade.

Igualmente, vale ressaltar, a proteção do bem de família a partir dessa base garantista constitucional em prol do bem estar social e como expressão da proteção à moradia, ultrapassou os limites da família, destinando-se a assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, garantindo vida digna a todos os cidadãos.

Bem assim, segundo os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 834), para a Constituição “[...] pouco interessa se se trata de pessoa casada, convivente, solteira, divorciada ou viúva, pois a proteção ao patrimônio mínimo alcança toda e qualquer pessoa humana, com mecanismo de afirmação de sua própria dignidade”.

Mesmo porque, hodiernamente, o conceito de família não está mais restrito a um conjunto de pessoas ligadas por laços consangüíneos ou matrimoniais, exige-se primordialmente a isso, que haja entre os componentes desse grupo laços de afeto,

solidariedade social e comunicabilidade de anseios e necessidades, pois, como já tivemos a oportunidade de comentar no segundo capítulo deste trabalho, a jurisprudência brasileira através de uma interpretação hermenêutica e axiológica tem se posicionado firmemente adotando a idéia de que a vontade de se unir a outra pessoa e de permanecer junto a ela representa elemento de grande importância para a constituição ou dissolução do vínculo familiar.

Ademais, conforme já comentamos nos capítulos anteriores deste trabalho, desde o início de sua existência, o bem de família primou pela proteção da família, buscando assim, um local seguro onde ela pudesse abrigar-se longe das vicissitudes econômicas. Porém, com a evolução deste instituto (a família), o seu verdadeiro objetivo, em que pese à conservação da proteção à família, passou a ser basicamente a tutela de seus membros, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República e base do nosso ordenamento jurídico.

Assim, tem caminhado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL - IMÓVEL – IMPENHORABILIDADE. A Lei 8.009/1990, no art. 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laço de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teologia da norma, o solteiro, deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outra casa. *Data vênia*, a Lei nº 8.009/1990 não está dirigida a numero de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data vênia*, Põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal (REsp 182.223 – SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgado em 18/08/1999).

PROCESSUAL – Execução – Impenhorabilidade – Imóvel – Residência – Devedor solteiro e solitário – Lei 8.009/1990. A interpretação teleológica do art. 1º da Lei 8.009/1990 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 individuo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside sozinho o devedor celibatário (REsp 182.223 – SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ, 7/4/ 2003, m. v.)

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO DO CASAL POSTERIOR. PENHORA INCIDENTE SOBRE IMÓVEL QUE O EX-MARIDO VEIO A RESIDIR. EXCLUSÃO. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º, da Lei n.º 8.009/90, visa resguardar não somente o casal, mas a própria entidade familiar. 2. A entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. Precedente: (REsp 205170/SP, DJ 07.02.2000). 3. Com efeito, no caso de separação dos cônjuges, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao revés, surge uma duplicidade da entidade, composta pelos ex-cônjuges varão e virago. 4. Deveras, ainda que já tenha sido beneficiado o devedor, com a exclusão da penhora sobre bem que acabou por incorporar ao patrimônio do ex-cônjuge, não lhe retira o direito de invocar a proteção legal quando um novo lar é constituído. 5. A circunstância de bem de família tem demonstração juris tantum, competindo ao credor a prova em contrário. 6. Conforme restou firmado pelo Tribunal a quo, a Fazenda exequente não fez qualquer prova em sentido contrário passível de ensejar a configuração de fraude, conclusões essas insindicáveis nesta via especial ante o óbice da súmula 07/STJ. 7. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 8. Recurso especial improvido (REsp 859.937/SP 006/0125020-0 Rel. Ministro Luiz Fux J. 03/12/2007, 1ª Turma, DJ 28.02.2008 p. 74).

Ora, se habitar é fundamental para a dignidade de qualquer indivíduo, esteja ele integrado numa família ou não, então, é de suma relevância que a interpretação social da norma que visa a proteger a moradia da família seja estendida igualmente à pessoa que reside sozinha.

Esse é também o entendimento de diversos autores contemporâneos, como o do civilista Guilherme Calmon Nogueira Gama (2005, p. 353), segundo o qual:

A possibilidade de instituição de bem de família por pessoa sozinha (não apenas a solteira, mas também a viúva, a casada que está separada de fato), por certo, consiste na questão mais intricada no tema da legitimidade para a instituição do bem de família. Em outras palavras: será possível a pessoa que não tenha qualquer pessoa com ela convivendo instituir bem de família? Nos dias contemporâneos, é vital o reconhecimento de que a família não é tutelada como instituição autônoma e independente, mas em função dos seus partícipes. Desse modo, não há que se limitar a faculdade de instituição do bem de família apenas àquelas pessoas que mantenham vínculo conjugal, relação de companheirismo ou relação de parentesco próximo com convivência. Diante de uma perspectiva acentuada solidarista, humanista, e pluralista, é fundamental reconhecer o direito da pessoa a não se vincular a outra, sem que, no entanto, haja perdas de qualquer das parcelas das faculdades e direitos reconhecidos àqueles que integram uma família. Constata-se que inexiste qualquer óbice à permanência do bem de família

quando um dos familiares vem a falecer, remanescendo o instituto enquanto houver algum daqueles destinatários da instituição (art. 1.722, do novo Código Civil). Tal observação é elucidativa a respeito da possibilidade da instituição do bem de família por pessoa sozinha e assim, deverá ser interpretada a regra constante do caput do art. 1.711 do novo Código.

Porém, a doutrina não é tão pacífica assim com relação à extensão da proteção do instituto do bem de família ao bem da pessoa sozinha, visto que alguns autores defendem o não reconhecimento da existência de núcleo familiar em num único indivíduo, assim desconhecem a denominada “família unipessoal” como entidade familiar legal e constitucionalmente protegida.

Concordando com esse último entendimento, estão os discursos de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2002, p. 141 apud RITONDO, 2008, p. 129-130):

Mesmo sendo amplíssimo o conceito de entidade familiar, seria exagero admitir a existência de família unipessoal. A família monoparental unilinear, de que antes se falou, é composta por um dos ascendentes e sua prole (mãe solteira, quando a paternidade não é reconhecida e pai solteiro em caso de adoção). Mas, mesmo não havendo filhos, a entidade familiar é caracterizada pela convivência de mais de uma pessoa (homem e mulher pelo casamento ou união estável).

Ao que parece, trata-se de uma questão de interpretação de normas, em verdade, na letra da lei 8.009/1990 não consta explícita previsão de proteção do imóvel do devedor que reside sozinho, bem como, nem mesmo o art. 226 da Constituição Federal, discorre explicitamente sobre a família unipessoal, porém, o entendimento mais consentâneo à nossa realidade e aos ditames constitucionais - como o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade - é de que a proteção da família como instituição deu lugar à tutela dirigida à dignidade de seus membros, que representam as células da família.

Em vista disso, sob uma visão constitucional social, não se faz justo, nem licito é, qualquer forma de discriminação ao indivíduo única e exclusivamente por sua opção de vida.

Portanto, para encerrarmos este tópico, não se esgotando de todo a discussão sobre o tema, que, diga-se de passagem, é bastante complexa, busca-se apoio no trecho das lições do mestre Domingo Pietrangelo Ritondo (2008, p. 138), que diz: “[...] os argumentos segundo os quais se deve acolher a aplicabilidade do instituto do bem de família na proteção do indivíduo são sólidos, uma vez que estão fincados em princípios basilares como a dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia[...]”.

5 BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR LOCATÍCIO E O DIREITO À MORADIA

Vimos acima (no capítulo 3) que quando da criação da Lei nº 8.009/1990, o imóvel do fiador locatício estava isento de constrição judicial, como o de qualquer outro devedor, sendo-lhe garantida a proteção contra penhora, situação esta que se modificou após a entrada em vigor da Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), cujo o artigo 82 acrescentou no rol do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, o inciso VII, permitindo, assim, quebra da regra geral de imunidade do bem de família para o fiador locatício.

A partir desse evento, sobrevieram muitas discussões e divergências tanto doutrinárias como jurisprudenciais sobre o tema, que atualmente repercutem em nosso ordenamento jurídico. Onde autores e juristas defendem posições diversas decidindo alguns pela penhorabilidade e outros acolhendo a tese da impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

Entretanto, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 26/2000, o assunto foi reincorporado à ótica do direito fundamental à moradia, agora sob um aspecto mais consistente, uma vez que tal direito social passou a constar expressamente do Texto Constitucional.

Assim, os que defendem a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, e por conseqüência a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, baseiam-se em diversos argumentos, como o de que a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 26/2000, sob uma ótica hermenêutica constitucional, por imperativo hierárquico, a norma descrita no inciso VII da Lei nº 8.009/1990, que prevê a impenhorabilidade do único bem de família do fiador locatício, estaria, portanto, revogada, tendo em vista a sua não recepção pela Constituição Federal, uma vez que tal norma infringiria diversos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como, violava o direito fundamental à moradia.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal chegou inclusive a reconhecer a incompatibilidade do citado inciso VII com o Texto Constitucional, em cuja oportunidade afirmara a Corte Máxima que tal dispositivo não havia sido recebido pelo artigo 6º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000. Veja-se a ementa:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245/91, que

acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação: sua não recepção pelo art. 6º, CF, com redação da EC 26/00. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ub eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora.

Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º, feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se o velho brocado latino: *ub eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. (RE 352.940-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/04/2005, Dou 09/05/2005).

Seguindo tal entendimento, nessa mesma temática, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. I – Inadmitem-se as preliminares argüidas em contra-razões à minguada do necessário pré-questionamento, porquanto não foram objeto de discussões pelo e. Tribunal a quo (Súmula nº 282 do Petrório Excelso). II – Com respaldo em recente julgado do Petrório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). Recurso Provido (REsp 745.161, 18/08/2005, Rel. Min. Felix Ficher, DJ 26/09/2005 p. 455).

Porém, em mais recente decisão, que refletiu em posicionamentos de parte da doutrina contemporânea, e cristalizou entendimento de vários Tribunais de Justiça e decisões monocráticas, o Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº 407.688-SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, por maioria de votos, negou provimento determinando a penhora do bem de família do fiador. Veja a ementa do referido julgado:

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 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 nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (RE 407.668 - SP, Plenário, 08/02/2006, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06/10/2006).

Verifica-se nas decisões supracitadas, que o cerne das divergências gira em torno da eficácia do direito fundamental à moradia, se é norma de eficácia plena ou limitada (programática).

Assim, de acordo com os posicionamentos do Ministro Cezar Peluso no bojo de seu voto na decisão da ementa supracitada, a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício não conflita com o direito social de moradia estabelecido na Constituição, vez que o exercício desse direito pode ser obtido através de outras ações do Estado, ou seja, que o direito à moradia é norma constitucional de eficácia programática, necessitando que o Estado estabeleça normas e ações que garantam tal direito.

Referido Ministro também afirmou, na oportunidade, que o direito social estaria sendo assegurado mediante a implementação de normas que estimulem ou favoreçam a oferta de imóveis para fins de locação habitacional, através da previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. Em outras palavras, admitiu o ministro, que se a norma jurídica assegurar ao locador a garantia do pagamento dos aluguéis, a oferta de imóveis para locação aumentaria, e dessa forma, se tornará eficaz o direito constitucional à moradia.

Assumindo essa mesma posição, como já foi dito, temos parte dos doutrinadores contemporâneos que possuem publicações sobre o assunto, defendendo que a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício não viola o direito à moradia, nem tampouco vai de encontro com a norma constitucional prevista no art. 6º da CF.

Bem assim, se posicionou Ana Marta Cattani de Barros Zilveti (2006), vale citar:

De fato, o direito à moradia é uma garantia do Estado Social, outorgada às pessoas pelas constituições sociais, que se seguiram ao Estado Liberal de Direito. Mas seria o direito à moradia realmente o fundamento do bem de família? A Emenda Constitucional 26/2000 que acrescentou o direito à moradia na Constituição Brasileira apenas tornou expresso direito que já integrava implicitamente o sistema jurídico brasileiro. Entendê-la como verdadeiro divisor de águas para, a partir daí, buscar o fundamento do bem de família no direito constitucional à moradia, parece não ser a melhor interpretação. [...] Ademais, o direito social não é auto-aplicável, corresponde a um direito subjetivo público de exigir uma determinada prestação do Estado. Exigir, no entanto, não significa pleitear que o Estado dê casa a todo cidadão, mas sim que execute políticas públicas capazes de viabilizar ao cidadão as condições para que ele consiga ter acesso à moradia, comprando ou alugando um imóvel.

Segundo tal corrente doutrinária, a garantia prevista no art. 6º da CF, introduzida pela EC nº 26/2000, que transformou a moradia em direito social, é norma genérica e subjetiva, dependendo, portanto, de regulamentação. Com relação à tese de violação ao princípio da isonomia, outra arguição dos adeptos da impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, essa corrente afirma não restar violação alguma a este princípio, haja vista que os contratos de locação e fiança são obrigações distintas. É o que se depreende das lições de Heitor Mendonça Vitor Sica (2003 p.52, apud HORA NETO, 2007):

O locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, ao passo que o fiador pelo contrato acessório de garantia. Muito embora o objeto das prestações devidas por ambos seja o mesmo, os contratos que deram origem a elas são diferentes, com requisitos e viscitudes próprias.

De outro lado, para os que defendem a inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/1990, e, por conseguinte, admitem a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, as alegações são as de que o dispositivo do citado inciso VII, não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 26/2000, ferindo flagrantemente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, o qual passou a representar, a partir da mencionada Emenda Constitucional, o cerne dos direitos sociais e do Estado Social em função do qual se propôs a Carta Magna de 1988.

Para tanto, esta última corrente, afirma ser o direito à moradia um direito social por excelência, uma norma constitucional auto-aplicável, de plena eficácia, imediata e direta, necessária a concretização de uma vida digna. De modo que qualquer forma de violação a este direito atentaria a efetividade de outros direitos fundamentais, como a própria vida.

Estes juristas admitem também que, a exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, consistente no supramencionado inciso VII, fere o princípio constitucional da igualdade substancial, pois trata diferentemente devedores originados pela mesma razão fática: o inadimplemento no pagamento de aluguéis.

Nesse sentido posicionam-se Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2010, p.826):

[...] entendemos que de fato, escapa à igualdade substancial, constitucionalmente prevista, permitir a penhora do bem de família do fiador locatício, quando se protegeu o bem de família do devedor principal. De mais a mais, não vislumbramos razoabilidade em autorizar o sacrifício genérico do bem de família para o cumprimento de aluguéis.

Bem assim, estão os ensinamentos do professor Flávio Tartuce (2008, p.286), para quem, a permissão da penhora do bem de família do fiador locatício agride, frontalmente, ainda a “*proporcionalidade constitucional*”, uma vez que “[...] o fiador perde o bem de

família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal [...]”, em virtude desta devedor poder se beneficiar do benefício da impenhorabilidade do bem de família.

Nessa esteira, pondera Luis Edson Fachin (2006 apud CARLI, 2009, p.123): “[...] entre a garantia creditícia e a dignidade da pessoal, opta-se por esta que deve propiciar a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência”.

Mais aprofundante estão as explanações de Ana Alice de Carli (2009, p. 162-163), vale citar:

De fato, tem-se, de um lado, o direito de crédito do locador e, de outro, o direito à moradia do fiador [...]. O critério da ponderação, nesta situação pode ser uma saída viável. Deve-se avaliar a essencialidade de cada direito em jogo e o grau de interferência admissível no núcleo fundamental de cada um. Desta forma, deve-se ponderar o seguinte: 1. O que acontecerá se o locador não puder obter o seu crédito com o bem de família do fiador? 2. Por outro lado, o que acontecerá se o bem de família do fiador for executado em processo de execução para suprir o crédito do locador? [...] Nesse contexto, ao se afirmar que a pessoa humana é o centro de onde irradiam todos os direitos, sendo, portanto, a sua dignidade vetor delimitador de todas as normas jurídicas, sustenta-se a constitucionalidade condicionada do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 à existência de um bem exógeno do fiador, ou seja, de um bem que esteja fora da esfera do seu patrimônio mínimo.

Nesta mesma linha de pensamento está o mestre Domingo Pietrangelo Ritondo (2008, p. 94), defendendo que:

[...] a violação de um direito que está na base do ordenamento jurídico brasileiro só seria possível para contemplar outro direito de igual relevância. Não parece ser esse o caso presente, que, em verdade, busca sacrificar direitos constitucionais fundamentais em prol do simples direito de crédito.

Finalizaremos este trabalho com o entendimento de que, por não se tratar de decisão prolatada em controle de constitucionalidade concentrado, a decisão do Supremo Tribunal Federal não gerou, portanto, efeitos *erga omnes*, não vinculando, via de regra, as instâncias inferiores, que podem continuar entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo previsto no inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/1990.

Ficamos assim com as ponderações de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rozenvald (2010, p. 828):

[...] a existência de firme divergência evidencia que o tema ainda reclama estudos mais acurados, em especial à luz das garantias constitucionais e da valorização da pessoa humana. De qualquer sorte, com todas as vênias, não nos parece que a possibilidade da penhora do bem de família do fiador locatício, seja um instrumento facilitador de uma política eficaz de moradia no Brasil. Muito pelo contrário. Dificultará, pois ninguém, em sã consciência, prestará fiança em contrato de locação de imóvel urbano (regido

pela Lei nº 8.245/91), impondo ao locatário maior ônus, tendo de assumir os custos de eventual fiança bancária ou mesmo em ter verba pecuniária sobrando para prestar outro tipo de garantia.

De fato, em que pese referida decisão do Supremo, alguns Tribunais têm elaborado decisões favoráveis a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Conforme prova as ementas a seguir:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - PENHORA - IMÓVEL DO FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - DIREITO À MORADIA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E IGUALDADE - IRRENUNCIABILIDADE. A partir da Emenda Constitucional nº. 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com status de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família. (AC nº 1.0480.05.076516-7/002(1) - MG, Rel. Des. Viçoso Rodrigues, j. 19/02/2008)

EMBARGOS À EXECUÇÃO - FIANÇA - BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR - IMPENHORABILIDADE - EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90 - CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA -- ÚNICO IMÓVEL RESIDENCIAL - NULIDADE DA PENHORA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - TUTELA DECLARATÓRIA - FIXAÇÃO DE ACORDO COM O ART. 20, § 4º DO CPC.

A Lei 8.009/90, ao dispor sobre bem de família, vedou a penhora do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º.

No que se refere à exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90 - impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação -, o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, caput, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador [...]. (AC nº. 1.0024.04.384005-7/001 - MG, Rel. Des. Elpídio Donizetti - j. em 17/4/2007).

6. CONCLUSÃO

Ao final desta análise sobre o instituto do bem de família a partir da ótica constitucional do direito fundamental à moradia, podemos consignar diversas conclusões extraídas dos tópicos nela discutidos.

Ressalta-se que o Bem de Família deve ser analisado sob a ótica legal e constitucional, lembrando que a lei deve ser interpretada atendendo aos fins sociais aos quais ela se dirige, não ignorando as necessidades comuns e a proteção do Estado, mas atendendo, sobretudo, a defesa da dignidade da pessoa humana e o direito ao mínimo existencial, representado, nesse caso, pelo direito social à moradia.

Não podemos perder de vista que as mais acentuadas mudanças de interpretação e de aplicação do instituto em estudo – o bem de família - foram introduzidas pela Constituição Federal de 1988, nesse sentido, vale destacar: a igualdade entre os cônjuges/ companheiros, a ampliação do conceito de entidade familiar, e principalmente, os ideais de justiça social concretizados no direito fundamental à moradia.

Entretanto, infelizmente o que se tem abstraído de algumas decisões recentes sobre o tema é o fato de que nenhum direito é absoluto se dele parte a possibilidade de ferir garantias fundamentais, como é a moradia, consagrado no rol dos direitos sociais com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26/2000.

Com efeito, a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais constitucionais do artigo 6º da Constituição Federal, que se deu com entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 26/2000, gerou um direito subjetivo capaz de exigir do Estado e dos particulares a abstenção de qualquer ato que atente contra essa proteção.

Entendemos também, em suma, que é impossível falar de bem de família sem se ater ao conteúdo do direito à moradia, posto que aquele instituto representa em sua essência uma concretização deste direito, por isso, a razão de existir tamanha proteção ao bem imóvel que serve de moradia a entidade familiar - ou simplesmente à pessoa humana como núcleo da família que representa - bem como, ao bens móveis essenciais à manutenção digna de um lar.

Daí explica-se porque sob argumentos do Direito Constitucional, boa parte dos juristas aplaude e defende a constitucionalidade da Lei n. 8.009/1990, que instituiu o bem de família legal atrelando ao Estado o dever de instituir e proteger de abusos intoleráveis o bem considerado de família, como expressão do patrimônio mínimo do ser humano, essencial a existência de outros direitos fundamentais, como a vida e a liberdade.

Nesse contexto, devem o Código Civil e demais leis esparsas se coadunarem com as normas constitucionais, em especial aquelas que consagram direitos humanos fundamentais, para que não se admita que qualquer outro diploma legal venha a violar ou restringir um direito fundamental, como o direito à moradia. As normas civilistas devem ser criadas para proporcionar a garantia dos direitos e valores fundamentais do homem e do bem estar social, conforme demonstrado neste trabalho que agora concluímos.

Cumpramos também ressaltarmos a nossa concordância com a impenhorabilidade do bem de família do fiador locatício, haja vista que a redação do inciso VII, do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, introduzido pela Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991), é totalmente incompatível com as garantias previstas na Constituição Federal, bem como, as decorrentes da própria Lei 8.009/90, pois ambas visam garantir a proteção sobre a moradia do devedor para que ele não se veja na penúria e no desabrigo, no entanto, com a ressalva do supracitado inciso VII, esquece-se de proteger o fiador que também assume a mesma obrigação pela dívida do crédito de aluguéis, em decorrência de um ato de amizade ao próximo.

Portanto, esperamos que os operadores do direito que exercem funções relevantes como protetores da Constituição Federal, não hesitem em honrar os fundamentos e conclamos desta Carta Magna, com decisões mais alicerçadas na dignidade da pessoa humana e na igualdade social, buscando assim os ideais para que veio esta Carta proclamar.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família - com comentário à Lei 8.009/1990**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família Internacional**. Revista Jus Navigandi. Out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2257>>. Acesso em 20 jun. 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Vade Mecum Compacto Saraiva**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 1.172.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991. Dispõe sobre o inquilinato e o contrato de locação. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo Brasília, DF, 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 30 jul. 2011.

BRASIL. Lei 10.257 de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. **Diário Oficial da União**, de 11 de jul. de 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo Brasília, DF, 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10406.htm>. Acesso em: 27 jul. 2011.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Vade Mecum Compacto Saraiva**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 1.423.

BRASIL. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 1916.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 182.223 – SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, **Diário de Justiça** de 7.4.2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 415765/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, **Diário de Justiça** de 05.08.2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 859.937/SP 006/0125020-0 Rel. Min. Luiz Fux, **Diário de Justiça** de 03.12.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.668 - SP, Rel. Min. Cezar Peluso, **Diário de Justiça** de 06.10.2006. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.668 - SP, 352.940-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, **Diário Oficial da União** de 25/04/2005. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental do Recurso Extraordinário 477554 - MG, Rel. Min. Celso de Melo, **Diário Oficial da União** de 16.08.2011. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Jurisprudência**. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 02 de novembro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Jurisprudência**. Disponível em <<http://www.tj.mg.gov.br>>. Acesso em 02 de novembro de 2011.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de Família do Fiador e o Direito Fundamental à Moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. vol. I. São Paulo: 2003.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de Família - Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Comentários ao Código Civil brasileiro**, v. 15; Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HORA NETO, João. **O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia**. Jus Navegandi, Teresina, ano 11. n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=101149>>. Acesso em: 15 de jun. 2011.

RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de Família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, Antônio César da; WEIDUSCHAT, Íris; TAFNER, José. **Metodologia do Trabalho Acadêmico**. 2. ed. Indaial: Asselvi, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ZILVET, Ana Marta Cattani de Barros. São Paulo, 16 de fevereiro de 2006 http://www.zilvetisanden.com.br/?noticias/23/bem_de_familia_e_direito_a_moradia._gazet_a_mercantil._ana_marta_cattani_de_barros_zilveti/177/