

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARIA ALICE DE CARVALHO PANIZZI

**A GARANTIA CONFERIDA AO BEM DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E DA LEI Nº. 8.009 DE 1990.**

**CURITIBA
2007**

MARIA ALICE DE CARVALHO PANIZZI

**A GARANTIA CONFERIDA AO BEM DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL E DA LEI Nº. 8.009 DE 1990.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Jorge de Oliveira Vargas.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA ALICE DE CARVALHO PANIZZI

A GARANTIA CONFERIDA AO BEM DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL E DA LEI Nº. 8.009 DE 1990.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

SUMÁRIO

1 . INTRODUÇÃO.....	06
2 . BEM DE FAMÍLIA - UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA.....	09
2.1.Uma breve análise histórica.....	10
2.2. O atual tratamento legal da matéria.....	14
3. O BEM DE FAMÍLIA - AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES.....	17
3.1.Evolução do conceito de família.....	18
3.2. A Família no atual ordenamento legal.....	21
3.3. O devedor solitário e a impenhorabilidade.....	24
4. QUESTÕES PONTUAIS SOBRE A LEI nº. 8.009/90.....	27
4.1. A impenhorabilidade do bem de família e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	27
4.2. O direito fundamental da moradia.....	31
4.3. Renúncia à garantia da impenhorabilidade do bem de família.....	38
4.4. O bem de família locado.....	48
4.5. O abuso de direito do devedor e a previsão legal que coíbe práticas espúrias..	50
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como finalidade o estudo do instituto direcionado à proteção do bem de família. A análise histórica do assunto faz com que elementos informadores da interpretação legal sejam desvendados, de forma a facilitar a compreensão do alcance atual da legislação. Através do estudo evolutivo do conceito de família, faz uma análise entre as entidades até então aceitas no ordenamento jurídico; daquelas que, de fato, formam a sociedade brasileira, e das tendências da família moderna. Dentro dessa perspectiva, faz-se a análise de princípios constitucionais relacionados ao tema, tais como princípio da dignidade da pessoa humana e direito à moradia, de forma a alargar a análise do texto legal, com o enfrentamento de questões intimamente relacionadas à pretensão do legislador infraconstitucional. Questões processuais que se relacionam à impenhorabilidade do bem de família são analisadas, tecendo-se considerações sobre atuais reformas da legislação processual e as tendências do entendimento jurisprudencial e doutrinário envolvendo o tema.

Palavras-chave: bem de família; impenhorabilidade; dignidade pessoa humana; moradia.

1. INTRODUÇÃO

O instituto bem de família não é questão recente, havendo controvérsias quanto ao seu surgimento. Há autores que afirmam ser o instituto tratado já no direito Romano, enquanto outros negam tal afirmação.

No entanto, alheio a essa controvérsia, é sabido que no direito moderno foi no Texas e nos Estados Unidos da América que o tema teve seu primeiro tratamento jurídico. Outros países também se dignaram a dar tratamento legal ao assunto, e no Brasil a primeira proteção legal conferida ao instituto foi aquela inserida nos arts. 70 e 73 do Código Civil de 1916, voltados a tratar o bem de família *voluntário* ou *facultativo*, instituído através de ato de vontade e dependente de registro imobiliário para a sua validade contra terceiros. O atual Código Civil também disciplinou a matéria em seus arts. 1711 e 1722, mantendo o caráter voluntário da instituição.

Em que importe esse disciplinamento voltado exclusivamente à proteção legal dependente da vontade do instituidor, foi através da Lei nº. 8.009, de 29 de março de 1990, que a imperatividade da proteção ao bem de família foi introduzida em nosso sistema legal, dando a partir de então, proteção obrigatória à residência ou certos móveis necessários à moradia familiar, contra qualquer ato judicial, afora casos especiais que a própria lei tratou de excepcionar. Esse novo instituto, por ser uma decorrência legal, trouxe em seu bojo a desnecessidade do ato de vontade em sua instituição, bem como de registro imobiliários para ter validade contra terceiro. Por isso foi tratado por alguns como um ato involuntário.

De acordo com a lei citada (Lei nº. 8009/90), pode-se concluir que o instituidor do benefício é o próprio poder estatal, que em defesa do ente familiar, afasta a necessidade de que a proteção seja formalizada por um de seus integrantes, trazendo para si a responsabilidade pela defesa do instituto.

E é esse exatamente o ponto em que difere as duas proteções legais conferidas ao instituto bem de família, pois enquanto na hipótese legal do Código Civil sua instituição depende da interferência do próprio integrante do ente familiar, o instituto objeto da Lei n.º 8.009 é *ex lege*, ou seja, decorre da própria lei.

Pois bem, é esse o tema que será abordado no presente trabalho, ou seja, a compulsoriedade quanto ao reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família.

Desta forma, uma vez delimitado no que consiste o *bem de família*, resta-nos saber a quem é permitido invocar a proteção legal, ou em outras palavras, em favor de quem pode ser reconhecido o benefício.

Sobre o tema, embora a Lei n.º 8.009/90 traga no *caput* do art. 1º, apenas a menção a *casal* ou *entidade familiar*, pode-se compreender nesse contexto os diversos modelos de famílias existentes no meio social. A partir disso, tem-se uma dimensão da incidência do instituto da impenhorabilidade do bem de família, pois de acordo com as características de cada época, ter-se-ão modalidades familiares aptas à proteção legal, de modo a garantir a não afetação de seu patrimônio, ao menos no que diz respeito ao mínimo necessário para a sobrevivência digna do ente familiar.

É de se observar, ainda, que por ser a impenhorabilidade do bem de família uma questão de importância capital para o alcance do fim almejado, ou seja, a garantia de vida digna da família, soa cada vez mais alto as vozes daqueles que defendem a irrenunciabilidade do instituto, dado seu objetivo principal que é o de defesa da própria família, e não simplesmente do devedor.

Em linhas gerais, portanto, esses os temas abordados no presente trabalho, dando-se ênfase às questões relacionadas à correlação entre a proteção conferida

pela lei nº. 8.009/90 e a ânsia do litigante que, envolvido em demandas judiciais, vê-se impossibilitado de prosseguir na persecução de seu crédito por ver sua pretensão esbarrar na impenhorabilidade de bens do devedor, por serem eles considerados bens de família.

2 . BEM DE FAMÍLIA - UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA.

Para compreensão do tema proposto, que se traduz basicamente na impenhorabilidade do bem de família, importante que se faça uma análise sistêmica da matéria proposta, partindo-se da composição de princípios, normas e valores que nortearam a criação do instituto, e que atualmente, dadas as alterações vividas em nossa legislação, possibilitam-nos a compreender de um modo mais completo o alcance da proteção legal. Essa compreensão há necessariamente de passar por um fator determinante para a correta interpretação do instituto, pois se outrora o ordenamento nacional priorizou o 'Ter', numa visão neoliberal voltada a uma sociedade basicamente capitalista, atualmente, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor do novo Código Civil, e a constante evolução na interpretação do constitucional, a proteção legal conferida ao bem de família vem alcançando espaços cada vez maiores, colocando em voga a importância do 'Ser', de modo a garantir a tendência legislativa brasileira de dar ênfase ao Estado Social de Direito.

Mas antes de analisarmos a novas tendências que envolvem o tema, importante que se faça um breve retrospecto histórico sobre a concepção do bem de família e sua proteção no decorrer da história. Importante, também que se delimite o tema proposto, pois embora a lei nº. 8009 traga em seu corpo um gama de bens passíveis de proteção, esse estudo limita-se ao exame do imóvel que serve de moradia familiar. E essa limitação se explica porque nenhum outro bem passível de proteção tem maior importância do que o imóvel familiar, pois se de um lado é este o bem que desperta o maior interesse do credor, pois não raras vezes ele se resume

ao bem de maior valor econômico do patrimônio do devedor, para este e sua família, é esse o bem de maior importância, por representar a própria unidade da família.

2.1.Uma breve análise histórica.

Embora o direito brasileiro tenha suas origens no direito Romano, a instituição da proteção legal conferida ao bem de família não tem sua origem no ordenamento citado.

Aliás, no direito romano não se conheceu nenhum instituto com tais características. Da matéria em estudo, o instituto que mais se aproximou, e que remonta ao direito romano foi o *fideicomisso*. Sobre o tema já se escreveu:

“Havia para os romanos, respeito da proteção e defesa do núcleo familiar, onde imperava a proibição em alienar o patrimônio da família, considerando desonra a venda pelos herdeiros dos bens recebidos, visto o rígido princípio de perpetuação dos bens dos antepassados.

Prevalecia então o fideicomisso, assim, o objeto do instituto - fideicomisso não podia ser alienado em proveito de um estranho, nem causa *mortis*. Posteriormente, Justiniano reconhecendo os inconvenientes da imobilização, limitou as substituições fideicomissárias ao quarto grau, isto é, não podendo durar mais de quatro gerações.”¹

¹ MIRANDA. Adriana Augusta Telles de. A instituição do Bem de Família e sua Distinção quanto a Impenhorabilidade do Bem Regida pela Lei nº 8009/90 - *In* Revista Juris Síntese nº 43 - Set/Out. de 2003.

A proteção legal ao bem de família que se assemelha ao que hoje é conhecido na legislação brasileira, teve origem no Texas. Conhecido como Homestead Exemption Act, seu surgimento é anterior à anexação do Texas aos EUA. Sua criação teve como objetivo a proteção da família da miséria que assolava aquela região, de modo a afastar o desabrigo e conseqüente desestruturação familiar. A proteção garantia a impenhorabilidade de porção de terra rural ou pequeno lote de terreno na cidade de qualquer execução judicial.

Logo após a anexação do Texas aos EUA, esse país criou o *Homestead*, chamado federal. Ele foi criado com o objetivo de fixar famílias em regiões estratégicas para o desenvolvimento de territórios inabitados, de modo a incentivar a colonização. O instituto garantia a cada família uma determinada porção de terra, que embora isenta de penhora, impunha uma condição ao beneficiário, o de que as terras, com características precipuamente agrícolas, fossem trabalhadas e tornadas produtivas. Às famílias era garantida a inalienabilidade e impenhorabilidade do imóvel pelo prazo de cinco anos, sendo após esse prazo, transferida em definitivo para os beneficiados.

Embora à semelhança da previsão norte americana, a legislação pátria voltada ao bem de família desde o início priorizou conferir a impenhorabilidade de bens urbanos, ficando relegado ao texto do art. 5º., inciso XXVI, da Constituição Federal a questão da impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Essa previsão também consta do inciso X do art. 649 do código de Processo Civil, não sendo a propriedade rural objeto da legislação civil ou da Lei nº. 8009/90. Aliás, o art. 4º. § 2.º desta lei, traz expreso em seu texto que em caso de penhora de imóvel rural, a impenhorabilidade restringe-se à sede de moradia e aos bens que a guarnecem, remetendo a questão da área rural ao texto constitucional.

Como já foi dito anteriormente, no Brasil o tema referente à impenhorabilidade de bem destinado à residência familiar foi primeiramente tratado pelo Código Civil de 1916, que nos artigos 70 a 73, deu disciplina legal ao tema, então inovação em nossa legislação.

Apesar da novidade legislativa, o disciplinamento legal não ficou isento de críticas, dizendo alguns doutrinadores que o assunto estaria melhor colocado no livro dedicado à família, e não nas disposições gerais. Em razão da dificuldade em sua instituição, decorrente das formalidades exigidas pela legislação, bem como da necessidade de ato voluntário da parte, o tema não teve grande aceitação dos jurisdicionados.

O atual Código Civil, sem grandes modificações, embora tenha dedicado um número maior de dispositivos ao assunto, do artigo 1711 ao 1722, basicamente repetiu a matéria anteriormente disciplinada, mantendo em sua concepção a voluntariedade na instituição. O texto civil trouxe como novidade apenas o fato da matéria ter sido disposta no livro destinado ao direito de família, dedicando ao tema, como dito, um pouco mais do que os três artigos do Código Civil revogado. A maior novidade trazida pela novel legislação civil é a de que uma terceira pessoa pode instituir o benefício, desde que exista aceitação expressa de ambos os cônjuges ou da entidade familiar beneficiada.

Essa formatação do bem de família no Código Civil nunca esteve isenta de críticas, sendo neste sentido a observação feita por Eduardo de Oliveira Leite, citando Veloso:

“Para instituir o bem de família destina-se parte do patrimônio (prédio residencial ou urbano, conforme dispõe o art. 1712) desde que não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição.

A limitação a um terço, como bem avaliou Veloso, é criticável, já que protege, efetivamente, os mais abastados. ‘Quem, por exemplo, possuir apenas um imóvel não poderá instituí-lo como bem de família; nem mesmo poderá fazê-lo quem possuir dois apartamentos, de valores equivalentes; quem tiver três prédios, não poderá instituir o de maior valor se exceder a uma terça parte de todos. A não ser que possua fortuna em valores mobiliários.’²

Nesse contexto, e em razão da forma burocrática com que a matéria foi tratado pelo Código Civil de 1916 bem como a legislação civil de 2002, foi na Lei n.º 8.009 de 29 de março de 1990 que o assunto encontrou terreno fértil para interpretação e aplicação, inserindo no ordenamento jurídico nacional ampla proteção ao patrimônio familiar essencial à moradia, que, independente de ato voluntário da parte, passou a estar protegido contra investidas expropriatórias, salvo as exceções legais que a própria lei tratou de prever.

Muito mais que a simples reserva de quinhão patrimonial suficiente para garantir a vida digna do ente familiar, em uma interpretação sistêmica e ampliativa, o texto legal garantiu a impenhorabilidade de bens das mais variadas formações familiares, não escapando à sua proteção nem mesmo entidades formadas por uma única pessoa.

Essa, aliás, essa a tendência de nossos tribunais, que reiteradamente vem reconhecido a extensão da proteção legal, admitindo por vezes a irrenunciabilidade da garantia, por ser a proteção considerada própria do ente familiar, e não do devedor considerado isoladamente.

² LEITE. Eduardo Oliveira. Direito Civil Aplicado, Volume 5: Direito de Família, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 405.

2.2. A Lei n.º 8009 de 1990 – Do seu surgimento à atualidade.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 8009 de 1990, que teve origem na Medida Provisória nº. 143, de 08.03.1990, ampliou-se o rol de bens impenhoráveis, somando-se a novel legislação a um conjunto de normas até então vigentes, e que visavam a proteção de determinados bens do patrimônio do devedor.

O principal fundamento para a criação da lei foi de ordem social e moral, de modo a garantir às famílias em dificuldades econômicas condições mínimas de sobrevivência, de modo a proteger o ente familiar do desabrigo ou miséria. Aliás, o momento em que a lei foi criada logo nos dá uma dimensão de qual foi a intenção do legislador, pois conhecido de todos a crise econômica vivida pelo país na época da criação da lei.

A natureza da lei, sem dúvidas, é de norma de ordem pública, pois embora se volte a regular relação e interesses essencialmente privados, tem por fundamento a proteção da estrutura familiar, levando em conta princípios de justiça social, em detrimento de interesses particulares.

Sobre o tema, a doutrina anota:

“Ainda que incompleta e deficiente, a Lei 8.009/90 surgiu num período em que se mostrava de essencial importância limitar o exercício de direitos particulares e valorizar a moradia familiar em prol da justiça social, sobretudo diante da imprevisibilidade da economia de nosso país, comprometendo consideravelmente o setor habitacional.”³

³ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A Impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares. Editora Revista dos Tribunais - Coleção Enrico Tullio Liebman, vol. 51, São Paulo, 2002, p. 45.

Com a entrada em vigor da Lei nº. 8.009/90, ampliou-se a proteção conferida ao bem de família, pois com a dispensa da iniciativa do instituidor, e o fato do bem não haver necessariamente de se tornar inalienável, tornou-se por demais simples alegar e demonstrar a subsunção da realidade aos dispositivos legais, findando com o reconhecimento da impenhorabilidade do bem.

É claro que o instituto como foi criado dá margens a atitudes desonestas, pois não raras vezes, devedores inescrupulosos se utilizam do instituto para procrastinar indefinidamente a busca do credor por bens passíveis de penhora. E isso se dá principalmente pela ausência de critérios fixos para definir o que é bem de família, qual a sua extensão e limite, o que possibilita reconhecer a impenhorabilidade tanto dos imóveis mais simples como aos mais suntuosos, extrapolando o necessário à garantia da dignidade do ente familiar protegido.

Essa falta de critérios objetivos, talvez, seja a maior crítica que se deva fazer à lei, pois se o escopo da norma é garantir ao ente familiar uma vida com dignidade, contrapõe-se justamente a esse objetivo dar irrestrita proteção ao devedor, de modo a por em risco a própria dignidade do credor. Não se defende, é claro, uma análise socioeconômica do devedor, pois se a lei não distingue a classe econômica das famílias merecedoras da proteção legal, não cabe ao interprete fazê-lo. No entanto, se a própria legislação trouxesse contornos exatos quanto a valores de bens necessários a garantir a dignidade da família, sem dúvidas tal fator contribuiria em muito para diminuir a sensação de descaso dos devedores para com a justiça.

Críticas a parte, não se pode negar que atualmente muitos são os casos em que a legislação é invocada, pois dada a facilidade que a parte beneficiária tem de demonstrar a condição do bem penhorado, quando destinado à residência da família, basta que a penhora recaia sobre imóvel nestas condições para a matéria

ser suscitada. Aliás, dada a natureza de ordem pública da norma, e a preponderância do texto legal, a proteção pode se pedir a qualquer tempo.

3. O BEM DE FAMÍLIA - AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

Ao ser instituída, a Lei n.º 8.009 previu a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Desde então, muitas foram as dúvidas sobre quem estaria albergado no conceito legal, refletindo essas dúvidas em várias decisões proferidas no sentido de negar a proteção a determinados entes não compreendidos no conceito de família.

Essas dúvidas, é claro, são justificadas pela amplitude do termo 'entidade familiar' empregado pelo legislador. No entanto, é graças a essa característica que se possibilita ao aplicador da lei dar-lhe a interpretação mais adequada ao momento da incidência da lei. Isso colabora para que a legislação, sem sofrer alterações legislativas, vá paulatinamente se adequando à necessidade social, de modo a garantir a impenhorabilidade de bens pertencentes a entidades familiares que, embora não compreendidas em nenhuma espécie pré-determinada, seja alcançada pelo espírito da norma.

Desta forma, para que se possa compreender o alcance da proteção legal, não basta se ter a compreensão quanto aos bens passíveis de proteção, mas também a quem a norma se dirige, a que modalidades familiares a proteção é estendida. Para isso, importante que se faça um breve apanhado sobre o atual disciplinamento voltado ao conceito de entidade familiar, examinando as modalidades previstas quer pelo Código Civil atual, quer pela Constituição Federal ou leis esparsas vigentes.

3.1. Evolução do conceito de família

O termo família, com origem no termo romano, *famulus*, é bem explicado por Eduardo de Oliveira Leite:

“O termo família não se referia ao casal e seus filhos, ou ao casal e seus parentes, mas ao conjunto de escravos, servos que trabalhavam para a subsistência e de parentes que se achavam sob a autoridade do *pater familias*. Uma coisa é certa, na noção romana de família, que serviu de paradigma ao mundo ocidental, a família representava um conjunto enorme de pessoas que se encontrava subordinada ao *pater familias*. A noção é fundamental porque revela que, na origem, a noção de família decorre, de um lado, da idéia de subordinação (dos escravos e parentes) e de outro, da idéia de poder e mando. É esta proposta assimétrica que vai caracterizar inexoravelmente a noção de família, desde a antiguidade até a Modernidade.”⁴

No direito romano, a família não era delimitada pelo casamento. O *Pater Familias*, nome pelo qual era conhecido o chefe de família, não era função necessariamente do pai, mas de pessoa cuja responsabilidade era manter a unidade familiar, seus bens ou crenças, de modo a garantir a sua continuidade.

Em que pese a conceituação, percebe-se que muito mais do que isso, a família é uma entidade histórica, surgida antes mesmo do direito ou de qualquer codificação. É instituto em constante mutação, às vezes inovando em sua formação, ou mesmo retornando a estados anteriores. Conforme mudam as estruturas sociais, a família ganha nova roupagem, se adequando às necessidades de cada época.

⁴ LEITE. Eduardo Oliveira. Direito Civil Aplicado, Volume 5: Direito de Família, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

Para Luiz Edson Fachin “a família, como fato cultural, está “antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico”. Mais que fotos nas paredes, quadros de sentido, possibilidade de convivência. Na cultura, na história, prévia a códigos e posteriores a emoldurações. No universo jurídico, trata-se mais de um modelo de família e de seus direitos. Vê-la tão só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um “iceberg”. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno.”⁵

A família é, sem dúvida, um subsistema dentro de um sistema maior que é a sociedade. Serve, pois, como uma espécie de abrigo, em que a pessoa é preparada, moldada, de forma a se munir das ferramentas necessárias para a vida social. É neste âmbito, portanto, que o indivíduo recebe suas primeiras informações, atenções, e desenvolve suas primeiras relações afetivas e de solidariedade, que servirão de base para a continuidade de seu desenvolvimento, que no futuro, será exercitada em âmbito muito maior.

Paralelamente a esse conceito de família, que podemos definir como um acontecimento social, resta-nos buscar como o direito entende a família, suas características e pontos determinantes, analisadas sob diversos ângulos.

O Código Civil de 1916, por exemplo, entendida a família sob uma perspectiva eminentemente patrimonialista. Isso, aliás, é o que relata Lourival Serejo:

A preocupação com o aspecto econômico da família levou o nosso Código Civil para a opção patrimonialista, elegendo a proteção do patrimônio como objetivo maior. A esse propósito alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações

⁵ FACHIN. Luiz Edson. Direito de Família. Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2ª. Ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 51.

familiares, onde o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos maiores. Sob a proteção do formalismo, as famílias escondiam suas mazelas, os filhos extrapatrimoniais eram execrados, as concubinas apedrejadas e a mulher, no próprio lar, era vitimizada.⁶

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e a constitucionalização de muitos temas de direito civil, o legislador procedeu a um *alargamento do conceito de família, calcado na realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou da idéia de família o pressuposto de casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessárias ao desempenho de funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com seus filhos.*⁷ E ainda, deixou de se exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.⁸

A partir da Constituição Federal de 1988, e da entrada em vigor do novo Código Civil, a linguagem que até então dominava a matéria, com normas de elementos definitórios plenos, sem espaço para atividade jurisdicional, foi abandonada. A partir daí, adotou-se uma tendência inteiramente oposta, valorizando conceitos abertos e atribuindo ao julgador uma função jurisdicional atuante, passando de mero espectador a partícipe da atividade legal, na medida em que expressões abertas foram empregadas, dando-lhe uma larga exegese, com

⁶ SEREJO. Lourival. Direito Constitucional de Família, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p.29.

⁷ DIAS. Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora Livraria do Advogado, 2ª. Ed., Porto Alegre, 2005, p. 34.

⁸ *Id.*

valorização das matérias éticas e predominância de valores sociais em detrimento do individual.⁹

Com a adoção desses conceitos vagos, passou a ter fundamental importância para a compreensão do tema família a presença de fundamento de validade constitucional. Essa, aliás, é uma característica do Estado social, onde aflora a intervenção estatal em setores da vida privada, sempre com o objetivo de proteger o cidadão.¹⁰

3.2. A Família no atual ordenamento legal.

Ainda está arraigado na sociedade brasileira velhos conceitos que rondam o assunto família, pois quando se menciona o termo, logo nos vem à mente aquele modelo padrão, cuja formação se traduz num casal com filhos, unidos pelos laços do casamento. No entanto, essa idéia pré-concebida cada dia mais vai perdendo espaço, surgindo várias entidades as quais podem ser classificadas como familiares.

E isso é de fácil constatação, não sendo preciso grandes estudos para perceber a mudança. Para isso, basta que se faça uma reserva mental e se visualize os tipos de entidades familiares que permeiam a sociedade. Por vezes elas são formadas pelos pais, filhos e demais familiares. Às vezes, se resumem a um dos pais, um filho ou um neto, ou ainda, há aquelas situações em que a pessoa, por ter perdido todos os entes mais ligados, segue sua vida na solidão.

⁹ LEITE, Eduardo Oliveira. Direito Civil Aplicado, Volume 5: Direito de Família, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora Livraria do Advogado, 2ª. Ed., Porto Alegre, 2005, p. 33.

Essas alterações sociais nos levam a concluir que muito mais do que apenas o laço que une as pessoas, a família atual se preocupa principalmente com o vínculo afetivo que une as pessoas, de forma a dar suporte emocional ao indivíduo que a integra e gerar um comprometimento mútuo. Desta forma, a idéia de família cada vez mais se afasta daquela estrutura até então conhecida, de entidade formada precipuamente pelo casamento ¹¹

Para entender a família na atualidade, elucida Maria Berenice Dias:

“Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família.”¹²

Mas a compreensão do termo entidade familiar não pode estar limitado à relação existente entre pessoas. Afinal, existem situações em que as pessoas que reclamam seu reconhecimento como entidade familiar não compartilham da companhia de outros. Esta situação, é claro, não é do desconhecimento da doutrina e de nossos tribunais, pois não raras vezes, pessoas solitárias, tais como viúvos, separados, pessoas solteiras ou irmãos que vivem juntos, lançam mão do pedido de impenhorabilidade amparados na condição de ser o bem de família.

Em casos que tais, doutrinadores, tal qual a jurisprudência, tem optado por conferir ao texto legal uma interpretação teleológica, de modo a alcançar situações

¹¹ DIAS. Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora Livraria do Advogado, 2ª. Ed., Porto Alegre, 2005, p. 39.

¹² *Ib id*, pág. 40

não expressamente previstas pelo texto legal. De acordo com essa interpretação, entende-se que a norma insculpida no art. 1º. da Lei 8.009/90, não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo, é sim, 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 vive sozinho.¹³

Daí se constata que o estado civil do devedor não deve ser fator determinante para a incidência ou não do benefício. Afinal, proceder de tal forma é contrariar os objetivos da lei, que tem por fundamento a proteção da moradia, de modo a assegurar a todos uma vida digna.¹⁴

Sobre o assunto, esclarecedora a lição de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos:

“A partir das considerações expostas, pode-se concluir que o conceito de entidade familiar, na esfera jurídica, deve ser interpretado segundo as transformações operadas na família, como organismo social. Há que se reconhecer, também, que para a incidência das normas protetivas da Lei 8.009/90 não se deve levar em conta a existência deste ou daquele modelo familiar.”¹⁵

E arremata a autora:

“O sentido social da Lei busca, na verdade, garantir um teto para cada pessoa, e sob essa ótica deve ser interpretada. Entender, por exemplo, que a pessoa solteira não possa ter uma residência reservada à família que, futuramente poderá

¹³ EREsp 182.223/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, Rel. para o Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06.02.2002, DJ 07.04.2003.

¹⁴ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 137.

¹⁵ DIAS. Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Editora Livraria do Advogado, 2ª. Ed., Porto Alegre, 2005, p. 140.

ser constituída, poderá levar o julgador a cometer injustiças, fazendo prevalecer uma deficiente interpretação literal.”¹⁶

Neste sentido também leciona Maria Berenice Dias, ao afirmar que embora a expressão bem de família dê a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, em verdade trata-se de instrumento de proteção do próprio devedor. Esse, aliás, o atual entendimento jurisprudencial conferido ao tema, já que reiteradas decisões vem extraindo da norma a sua real finalidade, de modo a estender a proteção legal a pessoas viúvas, separadas e mesmo solteiras, entendendo-as enquadradas no conceito de família.¹⁷

3.3. O devedor solitário e a impenhorabilidade.

Com relação a essa questão, embora os termos empregados no texto legal dêem a entender que pessoas nesta condição não estariam abrangidas pela proteção legal, essa interpretação não é a mais adequada ao caso.

Afirma Rita de Cássia Correa de Vasconcelos ser no mínimo questionável a constitucionalidade da discriminação constante na letra da Lei 8.009/90, que silencia quanto à proteção da pessoa que mora sozinha. Afirma ser de extrema importância, na leitura da lei, o trabalho de interpretação do julgador, para a adequada aplicação da impenhorabilidade do bem de família a essa hipótese peculiar.¹⁸

¹⁶ DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias, 2ª. Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 140

¹⁷ *Ib id.* p. 490.

¹⁸ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 141.

A toda vista, parece ser este também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, já que no REsp. nº. 182.223/SP, A Corte Especial decidiu por conferir ao art. 1º, da Lei 8.009/90 uma interpretação teleológica, dela extraindo o entendimento de que citada norma não se limita ao resguardo da família, tendo por objetivo 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 pela solidão. Por isso, concluíram ser impenhorável o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário.¹⁹

Dita a doutrina:

Mais do que reconhecer a abrangência do conceito de família, o legislador preocupou-se em garantir habitabilidade ao executado. Assim, se existe uma lei que tem por objetivo a proteção da moradia, é inconcebível entendê-la tão discriminatória, a ponto de instituir um benefício às pessoas em função de seu estado civil.²⁰

A questão, no entanto, não é de simples aplicação, pois correntes são as situações em que casos idênticos recebem tratamento totalmente diverso. Isso, por certo, deve ser evitado, impedindo que decisões de tal jaez ponham em dúvida a confiança dos jurisdicionados na tutela prestada.

Da mesma forma devem ser evitadas decisões demais abrangentes, de forma a dar proteção a pessoas que na realidade não as merecem, limitando a aplicação

¹⁹ EREsp 182.223/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 06.02.2002, DJ 07.04.2003.

²⁰ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 141.

da impenhorabilidade a casos em que o devedor embora solitário, utilize o bem predisposto a ali constituir a sua moradia.

4. QUESTÕES PONTUAIS SOBRE A LEI N.º 8.009/90.

Superadas as questões inerentes à legislação em comento e às entidades familiares aptas a reclamar a proteção legal, importante que se faça uma abordagem pontual das questões mais polêmicas e atuais que envolvem o tema impenhorabilidade do bem de família.

E a primeira questão a ser enfrentada é o liame existente entre a proteção legal conferida ao bem de família e a dignidade da pessoa humana.

4.1. A impenhorabilidade do bem de família e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A família, como se sabe, é a base de toda sociedade. É nela que o indivíduo, cidadão, e futuro participante ativo da sociedade recebe suas primeiras informações de maneira a moldar sua personalidade. Portanto, pode-se afirmar que é através da família que o indivíduo é inserido na sociedade, para que num futuro esse mesmo indivíduo passe a formar a sua própria família. É um ciclo virtuoso.

Com os olhos fitos nesse papel fundamental da família é que o legislador implementou a proteção legal ao imóvel residencial familiar, fazendo-o de maneira desburocratizada e ao alcance de todos, por meio da edição da Lei nº. 8009/90.

Sem dúvida, a impenhorabilidade do bem de família foi pensado à luz do fundamento da república, e voltado, em seu objetivo maior, à proteção da dignidade da pessoa humana, princípio trazido pelo inciso III do art. 1º. da Constituição Federal.

Portanto, quando a lei fala em proteção da família, em verdade não busca a proteção da entidade, senão daqueles que a integram, sejam elas de qualquer raça, cor ou credo. E mais, quando nos referimos à proteção do bem familiar, nos referimos a todas as modalidades de família, sejam elas as mais numerosas e formadas pelos mais variados laços afetivos, ou mesmo àquela pessoa só, e que nem por isso fica de fora do alcance da norma legal.

Nas palavras de Flávio Tartuce, poder-se-ia dizer que *“pelo que consta no art. 226 da Constituição Federal, uma pessoa solteira não constituiria uma família, nos exatos termos do sentido legal. Um solteiro, como se sabe, não constitui uma entidade familiar decorrente de casamento, união estável ou família monoparental. Estaria, então, o julgador alterando o conceito de bem de família? Parece-nos que sim, ampliando o seu conceito para bem de residência da pessoa natural ou bem do patrimônio mínimo, utilizando-se a brilhante concepção de Luiz Edson Fachin. O autor afirma que nesse ponto reside forte tendência de personalização do Direito Privado.”*²¹

Essa extensão na aplicação da norma é admitida exatamente porque a proteção legal trazida pela Lei nº. 8009/90 tem como principal objetivo proteger a moradia, o direito de habitação em condições dignas para todos os indivíduos. Tem como fundamento, portanto, a proteção do indivíduo, apenas o fazendo por intermédio da família.

Mas se o objetivo da norma é a garantia de uma vida digna, em que exatamente consiste a dignidade da pessoa humana.

Dizem não ser algo que se traduz apenas em um princípio, senão em algo que lhe está acima, lhe é preexistente. Na lição de José Afonso da Silva, é um valor

²¹ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro - In Revista Juris Síntese nº 60 - Jul/Ago de 2006.

supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Diz ainda o autor que, a Constituição, reconhecendo sua existência e eminência, transformou-o num valor supremo de ordem jurídica, quando o declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.²²

Segundo o escólio de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, a dignidade é inerente a cada ser humano, que deve ser respeitado e protegido. Uma constituição que consagra a dignidade da pessoa humana, reconhece que o homem, pela própria condição humana, é titular de direitos que devem ser respeitados não só pelos seus semelhantes, como também pelo próprio estado²³

Neste sentido também é a lição do Professor Luiz Edson Fachin:

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata" ²⁴

²² SILVA, José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 38.

²³ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 174.

²⁴ FACHIN. Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 190.

Quando se fala, portanto, em proteção à dignidade, em verdade está se falando em respeito. Nesse contexto, é de se observar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que grande número de homens, mulheres e crianças são submetidos à fome, à miséria e à incultura. Aliás, a liberdade humana frequentemente se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, pois a dignidade da pessoa exige que se chegue a uma situação social mais humana e justa.²⁵

Pode-se afirmar, ainda, que nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, pois ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas, a dignidade inerente a toda pessoa ainda assim deve ser respeitada²⁶.

Assim, e por ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado de Direito, há de se reconhecer que a finalidade estatal não é outra senão o de garantir condições dignas de vida a todos, considerando-a o limite e ao mesmo tempo tarefa dos poderes estatais.²⁷

Portanto, respeitar a dignidade da pessoa humana significa proteger o indivíduo em sua integralidade, garantindo condições adequadas de vida a ele e sua família, em um espaço onde possa exercer suas individualidades e manter os mais absolutos segredos, preservando-lhe a privacidade em detrimento até mesmo do próprio Estado.

²⁵ SILVA, José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 39.

²⁶ *Ib id*, p. 38.

²⁷ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 174.

Por tudo isso se constata que os direitos de propriedade, de liberdade e de segurança, necessários a garantir o bem estar do indivíduo e de sua família, decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, servem de sustentação para a aplicação e reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel residência, norma instituída pela Lei 8.009/90, cuja incidência se impõe até mesmo em face do princípio da responsabilidade patrimonial por dívidas.²⁸

4.2. O direito fundamental da moradia.

A Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2.000, inseriu no art. 6º. da Constituição Federal o direito à moradia, ampliando, com isso, o rol de direitos sociais até então elencados no texto maior.

A partir disso passou-se a contar com nova figura constitucional, o que trouxe muitas discussões sobre a situação da Lei nº. 8009/90, e se as exceções à cláusula geral da impenhorabilidade prevista nos incisos I a VII do artigo art. 3º, teriam ou não sido revogadas.

Antes, no entanto, de adentrarmos nessa discussão, importante se faça uma análise sobre o direito à moradia.

Embora o tema tenha sido trazido expressamente à Constituição Federal pela Emenda Constitucional 26 de 2000, o direito à moradia já era reconhecido como expressão dos direitos sociais previstos no art. 23, IX, segundo o qual é de

²⁸ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 176

competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios promover programas de construção de moradia e melhoria de condições habitacionais.²⁹

O Ministro Carlos Brito, em exame ao Recurso Extraordinário nº. 407.688, complementou essa idéia, dizendo que a Constituição usa o termo moradia em três situações: a primeira, no art. 6º, para dizer que a moradia é um direito social; a segunda, no inciso IV do art. 7º, para dizer que a moradia se inclui entre as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família; e a terceira quando usa o termo moradia como política pública.

O significado e conteúdo do direito à moradia nos são dados por José Afonso da Silva, para quem, o direito à moradia significa ocupar um lugar, casa ou apartamento, como residência para nele habitar. No morar entende-se a idéia de habitualidade, ocupando um lugar permanentemente. Afirma que o direito à moradia não significa direito à casa própria, mas sim de um teto a todos para se abrigarem com suas famílias de modo permanente. Complementa o autor, no entanto, que não é desconhecido o fato de que a casa própria constitui o meio mais eficaz de implementação do direito à moradia.³⁰

Fazendo um paralelo entre o princípio constitucional da dignidade do homem e o direito à moradia, em momento ainda anterior à inserção no texto constitucional da moradia como direito fundamental, e ainda quando em vigor o Código Civil revogado, Maria Cláudia Cachapuz escreveu:

“Ainda que haja divergência na doutrina quanto à extensão conceitual dos limites oferecidos pelo ordenamento jurídico à proteção do patrimônio familiar, tanto no Código Civil ainda vigente como na Lei 8.009/90, não negam os estudiosos da

²⁹ SILVA, José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 186.

³⁰ *Id.*

matéria que o fundamento jurídico para a criação do instituto do bem de família – principalmente depois de Constituição de 1998 - tenha uma origem nobre, pelo resguardo que ofereça à moradia familiar a partir da apreciação a um princípio genérico de dignidade humana.”³¹

E concluiu:

Se há o reconhecimento de uma informação do instituto do bem de família pelo princípio constitucional da dignidade do homem, a orientação do intérprete da Lei – inclusive para o momento da elaboração desta – deve ser a de buscar uma preservação dos direitos fundamentais do homem, entre os quais se encontra o de acesso à moradia de forma digna. Por sinal, princípio este concretizado na Constituição Federal de 1988 ao tratar esta do tema da função social da propriedade.³²

Desta forma, percebe-se que o direito à moradia está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a moradia o meio para se alcançar o fim, que é o de proporcionar uma vida digna ao indivíduo.

Ocorre que com a entrada em vigor da Emenda Constitucional, muitos foram os entendimentos sobre o novo alcance da Lei 8.009/90, pois se ela visa proteger a moradia familiar, e sendo este agora um direito constitucionalmente garantido, novas leituras haveriam de ser feitas acerca do texto legal.

E com certeza, dentre os casos de exceção à regra da impenhorabilidade previstas no art. 3º da Lei 8009/90, situação que tem gerado grande polêmica é a situação prevista no inciso VII, trazido ao texto legal por alteração promovida pela

³¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia, Bem de Família: Uma Análise Contemporânea. *In* RT – 770 - Dezembro de 1999 – 88º. Ano, pág. 34.

³² *Id.*

Lei nº. 8245/91, e que admite a penhora de imóvel residencial familiar do fiador em contrato de locação.

Vários são os argumentos suscitados para defender a inconstitucionalidade do dispositivo citado. Um deles é a ofensa ao princípio da isonomia, pela quebra da igualdade entre o fiador e o afiançado, que sempre contará com a possibilidade de defesa de seu bem de família, mesmo se a defesa seja oposta em relação àquele que figurou como seu fiador em contrato de locação. Outro argumento relevante é a ofensa ao direito à moradia constitucionalmente garantido.

Depois de ampla discussão sobre o assunto, a questão chegou aos tribunais superiores, e em exame à matéria, o Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática proferida pelo Ministro Carlos Velloso no RE 352.940 entendeu pela não recepção da alteração legislativa provocada pela Lei nº. 8245/91, sob o argumento de que o dispositivo citado ofenderia o direito à moradia.

Vejamos a decisão, no que interessa:

A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressalvar a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação." É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." Em trabalho doutrinário que escrevi "Dos Direitos Sociais na

Constituição do Brasil", texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. 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, 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 do velho brocardo latino: *ubi 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. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família da Lei 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000.³³

Em que pese esse entendimento, tal não prevaleceu quando questão similar foi submetida ao exame do plenário daquela mesma Corte de Justiça, sendo que por

³³ STF- RE 352.940. Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Carlos Velloso em 25/04/2005, publicado no DJ em 09/05/2005.

maioria de votos dos seus integrantes, no RE nº. 407.688, admitiu-se a possibilidade de penhora em casos da espécie. Neste sentido foi o voto da lavra do Ministro Cezar Peluso, entendendo que a exceção à regra da impenhorabilidade trazida pela Lei 8.245/2001, que introduziu o inciso VII, ao art. 3º. da Lei 8.009/90 não implica em afronta ao texto constitucional. Afirmou o Ministro a impossibilidade de se confundir o direito social à moradia com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário, e que a exceção trazida tem por objetivo justamente garantir o direito à moradia daqueles que não são proprietários e precisam locar um imóvel, sendo este a própria *ratio legis* do dispositivo, ou seja, garantir o direito tanto dos proprietários como dos não proprietários de imóveis.

Eis alguns argumentos invocados pelo Ministro Cezar Peluso para fundamentar sua decisão:

(...) o direito de moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito de moradia é direito que deve reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia. Ora, o Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação. À medida que restringirmos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores -

como sabemos, e isso é fato público e notório - não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuídos.

Os proprietários no Brasil são poucos, Ministro. Estamos pensando na grande classe dos que não são proprietários. Aí é que está o grande problema. São duas classes. Uma grande classe de pessoas desamparadas, que não têm condições econômicas de ser proprietários de imóvel. Então, para esta, o problema não está posto; ou, antes, a esta é que está posto o problema do acesso à moradia. Ou seja, aos poucos e aos pouquíssimos proprietários que voluntariamente acedem em ser fiadores nos contratos, o Estado deu uma opção, que, a meu ver, está dentro da norma constitucional do direito de moradia.

O que está em jogo aí são - como sempre - dois interesses relevantes, mas, neste caso, parece-me que a norma, abrindo a exceção à inexpropriabilidade do bem de família, é uma das modalidades de conformação do direito de moradia por via normativa, porque permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso à locação.³⁴

O Ministro Eros Grau, divergindo deste entendimento, sustentou seu posicionamento na tese de que o dispositivo citado viola frontalmente o princípio da isonomia, e que não cabe ao intérprete fazer uma leitura da Constituição de modo a atender a lógica do mercado, mas sim a garantir a efetiva aplicação das normas constitucionais.

Do voto proferido se extrai:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua

³⁴ RE nº. 407.688-8/SP, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 08/02/06.

subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana, pois - a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal. Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupar para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.³⁵

4.3. Renúncia à garantia da impenhorabilidade do bem de família.

Questão das mais atuais refere-se à renúncia da impenhorabilidade do bem de família, consubstanciada no oferecimento do bem à penhora ou em garantia hipotecária pelo próprio devedor.

Antes, no entanto, da análise detalhada da questão, importante considerar a natureza da impenhorabilidade descrita na lei 8.009/90. E sem dúvidas, sua natureza é de norma de ordem pública, o que possibilita o exame da matéria a

³⁵RE nº. 407.688-8/SP, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Cezar Peluso, Voto vencido proferido pelo Min. Eros Grau, julgado em 08/02/06.

qualquer tempo. Essa possibilidade, no entanto, não permite a perpetuação da discussão, sendo vedado o oferecimento de sucessivos pedidos com o mesmo teor.³⁶

Por se tratar de norma de ordem pública e dada a prevalência do interesse social do tema, é possível que a impenhorabilidade seja reconhecida mesmo de ofício pelo julgador. Em que pese tal possibilidade, difícil imaginar situações que tais, já que na grande maioria das vezes é a própria parte interessada que acusa a condição do bem, influenciando na convicção do julgador ao trazer elementos suficientes para o reconhecimento da impenhorabilidade. Essa observação, no entanto, não retira a possibilidade de que o julgador, ao tomar ciência da condição do imóvel, o declare impenhorável.

Aliás, nesse sentido é firme o entendimento no sentido de que devido ao caráter de ordem pública da norma, *desde que existam provas ou indícios suficientes para que o juiz reconheça a natureza dos bens constritos, poderá haver reconhecimento de ofício da impenhorabilidade, mesmo ante a inércia do devedor.*³⁷

Ainda sobre o tema, é certo que para o reconhecimento da impenhorabilidade, aquele que a alega não precisa lançar mão de nenhum procedimento específico. É evidente, no entanto, que algum elemento deve ser trazido aos autos a fim de possibilitar ao julgador a adequada apreciação da situação.

Quanto ao fato da impenhorabilidade do bem de família ser relativa ou absoluta, há sérias divergências. No entanto, a relatividade quanto à impenhorabilidade fica clara pela análise do texto legal, já que é a própria lei nº.

³⁶ REsp. nº. 628.464/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05.10.2006, DJ 27.11.2006.

³⁷ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 40

8.009/90, em seu art. 3.º, que enumera uma série de situações em que a penhora de bem destinado a residência familiar é admitida. Entre as exceções estão as obrigações trabalhistas constituídas em favor dos trabalhadores da própria residência, e respectivas contribuições previdenciárias; a obrigação decorrente de financiamento contraído para aquisição ou construção da própria unidade residencial; as dívidas advindas de obrigações alimentares; em consequência de obrigações tributárias inerentes ao próprio imóvel; por obrigação garantida por hipoteca instituída sobre o próprio imóvel; por qualquer crédito se a residência foi adquirida com produto do crime e por obrigação decorrente de fiança locatícia.³⁸

Essa relatividade, portanto, decorre do próprio texto legal. Senão vejamos:

Ao contrário do que defende parte da doutrina, a despeito do interesse social de que se reveste a Lei 8.009/90, a impenhorabilidade do bem de família não é absoluta, pois não basta que o imóvel seja destinado à residência do casal ou da entidade familiar, para a incidência do benefício. Depende, sim, de circunstâncias especiais, referidas na própria lei.³⁹

Nesse sentido, ainda, a lição de Maria Cláudia Cachapuz:

Mesmo que prevalentes valores inclusive sociais para a criação e interpretação da proteção legal referente ao bem de família, tem mantido a doutrina o entendimento de que a impenhorabilidade decorrente da Lei 8.009/90 é meramente relativa. Assim, em razão das exceções à impenhorabilidade do bem de família devidamente previstas no art. 3º. do diploma legal. As exceções, contudo, não

³⁸ ASSIS, Araquen. Manual da Execução. 10ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 227/228.

³⁹ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 36.

desautorizam a observância de uma intervenção processual mais incisiva do Judiciário em relação à aplicação dos dispositivos de tutela ao patrimônio familiar.”⁴⁰

Feitas essas considerações, impende analisar a questão da irrenunciabilidade ao benefício legal.

De acordo com o texto legal, pode-se enumerar ao menos uma situação em que se admite que o bem de família seja oferecido em garantia de dívida contraída pela própria entidade familiar. É o caso do inciso V do art. 3.º, que descreve a hipótese de oferecimento do bem de família em garantia hipotecária incidente sobre o próprio imóvel residência. Pode-se dizer, portanto, ser esse um caso de renúncia expressa à impenhorabilidade do bem de família, e que decorre do próprio texto legal.

Quanto a essa exceção à regra da impenhorabilidade, é uníssono o entendimento doutrinário sobre o acerto da previsão legal. Para autores como Álvaro Villaça Azevedo, correta a possibilidade de penhora para execução de dívida instituída sobre bem de família. Afinal, se a destinação do imóvel à residência familiar não retira de seu titular a possibilidade de aliená-lo, porque esse imóvel é somente impenhorável, nada impede seja ele oferecido como garantia hipotecária. Conclui o autor que sendo a hipoteca constituída antes ou depois da transformação do imóvel em moradia permanente do devedor, tal fato não tem relevância, pois sempre existirá, em favor do credor, um direito real de garantia, oponível *erga omnes*.⁴¹

⁴⁰ CACHAPUZ. Maria Cláudia, Bem de Família: Uma Visão Contemporânea. *In* RT 770 – dezembro de 1999, 88º. Ano, p. 40

⁴¹ AZEVEDO. Álvaro Villaça. Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Especial. Direito de Família. Vol. 19, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 112.

Defensores da penhorabilidade entendem que o ascendente, descendente, ou demais responsáveis pela entidade familiar não necessitam do assentimento dos demais integrantes da família para oferecer o bem em garantia real.⁴²

Essa exceção à regra da impenhorabilidade talvez se explique pelo fato de que, não raras vezes, é o bem imóvel residencial o maior patrimônio da família. Esse bem, às vezes, é o único bem de valor que o integrante da entidade familiar dispõe, sendo ele um meio de acesso a crédito a ser utilizado para impulsionar a atividade laboral ou implementar qualquer atividade que propicie renda suficiente para o sustento da própria família. Portanto, a exceção à impenhorabilidade, neste caso, implica em dar condições para que a entidade familiar, consciente de sua possibilidade de progresso, ofereça o bem imóvel familiar em garantia hipotecária, para, assim, ter acesso a valores que de outra forma lhe seriam negados.

Sem dúvidas, portanto, essa possibilidade de oferecimento do bem em garantia hipotecária vem em benefício da própria entidade familiar, garantindo-lhe acesso às mais variadas formas de crédito.

No entanto, há o risco do inadimplemento da obrigação assumida e, de conseguinte, a execução da garantia oferecida. Para grande parte da doutrina, neste caso seria impossível alegar a impenhorabilidade do bem, sob pena de agressão à boa fé e ofensa ao próprio texto legal. Afinal, a lei é clara ao excepcionar a regra da impenhorabilidade no caso de oferecimento de bem em garantia hipotecária, e admitir a impenhorabilidade neste caso seria relegar o direito real que recai sobre o imóvel a mera cláusula sem valor algum.

⁴² VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 69.

Tratamento diverso, no entanto, é dado àquelas situações em que o imóvel residencial é oferecido em garantia hipotecária de dívida que não da entidade familiar.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no exame REsp. nº. 302.186⁴³, reconheceu que sendo o bem dado em garantia hipotecária de empréstimo concedido a pessoa jurídica, remanesce a impenhorabilidade do imóvel de sócio se o imóvel ofertado constitui bem de família. E isso porque a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica da própria empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, pois considerada uma situação diversa da hipótese prevista no inciso V, do art. 3º. da Lei nº. 8009/90.

No mesmo sentido a decisão proferida no Resp. nº. 303.129/DF⁴⁴, cuja relatoria incumbiu ao Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Na oportunidade reconheceu-se manifesta a impossibilidade de gravame constituído em favor de pessoa jurídica estranha à relação familiar, no sentido de exclusão da impenhorabilidade do imóvel oferecido como garantia real prestada pelo casal ou entidade familiar. Esse entendimento calcou-se na premissa de que, por ser a regra prevista no inciso V, do art. 3º, norma que excepciona a impenhorabilidade, ela deve ser interpretada de forma restritiva, conferindo ampla proteção à entidade familiar.

Neste sentido foi a decisão proferida pelo Desembargador Glademir Vidal Antunes Panizzi, voto vencido no Agravo de Instrumento nº. 358.573-1, que atentamente decidiu:

⁴³ REsp 302186/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 11.12.2001, DJ 21.02.2005.

⁴⁴ REsp 303129/DF, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 20.03.2007, DJ 16.04.2007 p. 201, REPDJ 14.05.2007.

Discordo do voto proposto pela relatora, por entender que a exceção do inciso V do art. 3º da Lei nº 8.009/90 não se aplica ao presente caso.

Isso porque, mediante interpretação sistemática da norma, entendo que apenas quando a dívida é contraída em favor do prestador da hipoteca é que seria possível a aplicação da exceção, o que não acontece no caso em tela, onde a garantia foi prestada em favor de pessoa diversa dos executados.

Tal interpretação decorre de uma filtragem constitucional, visto que o constituinte originário elencou como princípio informador do sistema legal brasileiro a dignidade da pessoa humana e, para tanto, garantiu o direito de habitação, razão pela qual normas que limitem esse direito devem ser interpretadas restritivamente.

Não só isso, positivou também o valor justiça como objetivo fundamental da República (art. 3º, inciso I, da CF), de forma que não só a lei, mas qualquer resultado materialmente injusto que dela decorra será igualmente inconstitucional.

Nessa esteira surge o poder-dever do juiz de participar ativamente na criação do direito e na adequação da norma legal ao caso concreto, cuidando sempre pela condução do devido processo legal à luz dos preceitos da lei maior.

É o que propõe o i. Juiz Substituto em Segundo Grau deste Tribunal, JORGE DE OLIVEIRA VARGAS, ao convocar o Poder Judiciário a fazer uma interpretação corretiva das leis, reconduzindo os princípios ao seu patamar lógico no ordenamento jurídico – acima das normas – e afirmando:

“O balanceamento dos princípios é um instrumento eficaz para o Poder Judiciário Fazer o direito reaproximar-se da ética.” E, para o caso específico, define: *“Dentro desta linha de raciocínio, tem-se que a impenhorabilidade absoluta prevista no inciso IV do art. 649 do nosso diploma processual, só foi recepcionada pela Constituição de 1988 na proporção em que garante ao devedor o respeito de sua dignidade; já a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009, deve receber uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de ser flexibilizada, ou seja, o de não ultrapassar o limite que garante o direito à moradia digna.”*

Isso se deve, sem dúvida, ao aspecto mais marcante dos direitos fundamentais que é o fato de serem juridicamente vinculativos, ou seja, ultrapassam o plano moral e se apresentam com força vinculativa que permite se busque perante o Poder Judiciário a tutela desses direitos.

Ato contínuo, eventual conflito entre direitos fundamentais deve ser solucionado a partir do critério da proporcionalidade, dando maior evidência a um deles, sem, no entanto, importar renúncia ou mesmo invalidação ao outro.

Nessa linha:

“Se o instituto do bem de família, nesta visão sistêmica e concreta da disciplina, se apresenta informado por princípios que atingem maior relevância no plano jurídico – como são os princípios constitucionais da dignidade do homem e da função social da propriedade –, a análise dos limites à proteção da moradia familiar não escapa desta mesma orientação jurídica.”

Na verdade, o artigo 3º, inciso V, da Lei 8.009, é passível de uma série de críticas, conforme anota RICARDO ARCOVERDE CREDIE, para quem tal exceção seria:

“O terceiro equívoco legislativo. Da mesma maneira contrário aos fins sociais, ou ao sentido da Lei 8.009, este inciso V do art. 3º, que não trata do crédito hipotecário do financiador, incorporador, construtor ou vendedor do imóvel sede da família, mas sim de empréstimo qualquer. A hipoteca relacionada com o preço de aquisição dessa moradia já tem a devida ressalva no inciso II do art. 3º da Lei 8.009. (...) Tão paradoxal a regra, que no bem de família voluntário continua sendo vedado ao casal ou entidade familiar onerá-lo com hipoteca. Acaso seja esta contratada, o oficial lhe negará o registro, por absoluta incompatibilidade. No bem de família obrigatório (ou seja, que decorre de lei – comentário nosso), por coerência, não se havia de permitir que o imóvel residencial fosse objeto de hipoteca, pois importa ela, não obstante as suas maiores dificuldades de formalização, idêntica oneração do imóvel residencial familiar, com possibilidade plena de apreensão judicial.”

Sob esse prisma, as exceções legais à impenhorabilidade do bem de família devem ser vistas sempre de maneira restritiva. Não se pode ir ao ponto de, entre duas interpretações, optar por aquela que amplia uma exceção. Do contrário, estar-se-ia ferindo toda a lógica jurídica, porquanto nenhum princípio tem como finalidade restringir a sua própria aplicação ou mesmo limitar a atuação de outros. Por essa razão, a norma do art. 3º, inciso V, da Lei 8.009, não pode ter aplicação ao presente caso, já que a garantia foi prestada em favor de pessoa diversa dos executados e não se pode presumir que a dívida tenha sido contraída em benefício dos intervenientes-hipotecantes, ainda que sejam sócios da pessoa jurídica devedora.⁴⁵

Há casos, no entanto, em que mesmo não havendo garantia real instituída sobre o imóvel residencial, ele é objeto de penhora em execuções movidas contra um ou alguns dos integrantes da entidade familiar. Casos há em que os imóveis são indicados para constrição pelos credores, e outros em que eles são oferecidos pelo próprio devedor.

Nesta hipótese, é entendimento corrente no Superior Tribunal de Justiça que o fato do imóvel ser oferecido em penhora não implica em renúncia ao benefício da impenhorabilidade. *A circunstância de o próprio interessado ter oferecido o bem de família à penhora e, posteriormente, desistido, nenhum efeito produz no campo das relações jurídicas, pois sendo um ato discricionário da parte, não tem o condão de alterar norma cogente e de ordem pública (Lei nº 8.009/90), devendo a nulidade da constrição ser declarada de ofício, independentemente de embargos.*⁴⁶

⁴⁵ Agravo de Instrumento nº 358.573-1, 14ª. C. Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Rel. Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima, j. 20/03/07.

⁴⁶ MARTINS. Antonio Darienso. A questão do bem de família, quando é indicado pelo devedor para garantia da ação de execução, *In* Revista Juris Síntese nº 37 - Set/Out. de 2002.

Rumando esse norte muitas são as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Em julgado recente, manifestou-se a Ministra Nancy Andrighi que não renuncia à impenhorabilidade prevista na Lei nº. 8009/90 o devedor que oferta em penhora o bem de família que possui. Afinal, se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar.⁴⁷

Mas esse posicionamento não é unânime, havendo aqueles que entendem que a indicação do bem de família à penhora implica em renúncia ao benefício de impenhorabilidade. Defende-se que o aludido direito não guarda similaridade com o instituto da indisponibilidade, prevalecendo o princípio da boa fé objetiva. Esse o posicionamento do Ministro Francisco Falcão, externado em decisão monocrática proferida no REsp. Nº. 813.546.⁴⁸

A meu ver, questões como essas estão longe de se pacificar. Afinal, se observarmos a discrepância de entendimentos que envolvem o tema, bem como a diversidade de interpretações que a matéria tem recebido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, veremos que há muita questão sem a devida abordagem.

A exemplo disso podemos citar a seguinte situação: se um bem de família não pode ser oferecido em penhora por apenas um integrante da entidade familiar, sob o argumento de que estará ele abrindo mão de garantia conferida aos demais integrantes da entidade familiar, como admitir que o mesmo devedor ofereça o bem imóvel impenhorável em garantia hipotecária, apenas exigindo-se que a renúncia seja feita por intermédio de hipoteca constituída nos termos do inciso V, do art. 3º,

⁴⁷ REsp 526.460/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, julgado em 08.10.2003, DJ 18.10.2004.

⁴⁸ AgRg no REsp 813546/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10.04.2007, DJ 04.06.2007.

da Lei 8009/90? Afinal, se o princípio protetivo é sempre o mesmo, o de garantir a dignidade da entidade familiar, como admitir que o imóvel se torne penhorável apenas se observada uma formalidade legal?

Prevalecendo o entendimento quanto à possibilidade da penhora em casos em que o bem é oferecido em garantia hipotecária por dívida do casal, neste caso, seria necessário que a garantia fosse prestada por todos os integrantes da entidade familiar? E em caso da existência de filhos menores, essa autorização haveria de ser suprida por ordem judicial?

Dúvidas ainda surgem quando se imagina uma outra situação. Caso o bem imóvel seja oferecido à penhora por todos os integrantes da entidade familiar, seria caso de se reconhecer a renúncia ao benefício, já que neste caso nenhum dos integrantes da entidade familiar estaria sendo preterido em seus direitos?

Portanto, muitas indagações ainda estão por vir sobre o tema estudado, pois sendo ele de grande extensão, e intensa aplicação por nossas Cortes, entendimentos diversos estão para se firmar.

4.4. O bem de família locado.

Embora o texto legal não trate de situações em que o imóvel residencial do devedor se encontre locado para terceiro, o atual entendimento jurisprudencial é firme no sentido de estender a imóvel nesta situação a condição de impenhorabilidade.

No entanto, nem sempre foi assim, pois por falar a lei de regência em imóvel residencial, a jurisprudência inicialmente encaminhou-se no sentido de reconhecer a

impenhorabilidade apenas em casos em que o próprio casal ou entidade familiar residisse no imóvel.⁴⁹

Este entendimento de a muito foi abandonado por nossos tribunais, sendo tranqüilas as decisões que admitem seja a impenhorabilidade reconhecida em casos da espécie.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado colacionou que, a respeito da impenhorabilidade do único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiro, é alcançado pela impenhorabilidade por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado, ou mesmo porque empregado para garantir a sua subsistência.⁵⁰

Neste sentido também o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo, no julgamento do REsp. n.º 159.213/ES, *in verbis*:

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 8.009/90 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.⁵¹

Observação há de ser feita, no entanto, com respeito à prova desta condição, pois não sendo esta uma situação de normalidade, ou seja, não estando o imóvel ocupado pela própria entidade familiar, é necessário que a prova quanto à

⁴⁹ NUNES. Hélio da Silva. O bem de família e sua evolução jurisprudencial. *In* RT-785, Março de 2001 – ano 90º., pág. 150.

⁵⁰ AgRg no Ag 679695/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11.10.2005, DJ 28.11.2005.

⁵¹ REsp 159213/ES, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20.04.1999, DJ 21.06.1999.

destinação dos valores auferidos com o aluguel seja robusta. Essa prova, com certeza, é de responsabilidade do devedor que sustentam a impenhorabilidade, a quem compete provar a condição do bem e a finalidade das verbas auferidas com o seu aluguel.

4.5. O abuso de direito do devedor e a previsão legal que coíbe práticas espúrias.

Embora a Lei 8.009/90 tenha por objetivo fundamental a proteção do ente familiar, reservando-lhe um patrimônio mínimo de modo a garantir aos seus integrantes uma vida com dignidade, o texto legal não deixou de tratar dos casos em que há abusos por parte dos devedores.

Foi assim que, em seu art. 4º, expressamente previu a possibilidade de o juiz transferir a impenhorabilidade para imóvel de menor valor, e assim, liberar a propriedade mais valiosa adquirida unicamente com o objetivo de prejudicar os credores. O parágrafo primeiro do referido artigo fala, inclusive, na possibilidade do juiz em anular a venda, sempre tendo por objetivo garantir ao credor o recebimento de seu crédito. Esse artigo prevê, portanto, *uma espécie de punição ao adquirente de imóvel mais valioso que, de má fé por saber-se insolvente, transfere sua residência para o novo imóvel, desfazendo-se ou não do antigo.*⁵²

Não obstante essa possibilidade, para que isso se efetive na prática, necessário o preenchimento de certos requisitos, sem os quais impossível o

⁵² VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 74.

desfazimento da negociação. Devem estar presentes, portanto, a insolvência do devedor, bem como a sua má fé na aquisição de imóvel de maior valor.

Sobre a insolvência do devedor, a doutrina discorre:

Quanto à insolvência, exige-se apenas que o devedor esteja ciente de sua situação econômica ao adquirir o novo imóvel, Não é necessário, portanto, que exista prévia declaração judicial do estado de insolvência, sendo suficiente meros indícios – como cobranças, protestos, baixa de padrão de vida – que permitam ao devedor prever a impossibilidade de cumprir as obrigações contraídas.⁵³

Em relação à má fé, segundo o escólio de Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos, *deve estar evidente a intenção do devedor, ao substituir seu imóvel residencial por outro de maior valor, de fazer com que a impenhorabilidade recaia sobre bem mais valioso, sabendo-se insolvente, ou diante de previsível e iminente insolvência.*⁵⁴

Ocorre que mesmo com essas previsões legais, não são poucos os casos em que devedores habituais se escondem atrás da impenhorabilidade do bem de família, e assim, procrastinam indefinidamente o recebimento dos créditos por parte dos credores. E uma das grandes críticas da doutrina se relaciona exatamente a essa possibilidade, já que de acordo com o texto legal, reina a subjetividade do julgador na compreensão do alcance do bem de família, em especial no que diz respeito aos valores de imóveis, e o que seria necessário para garantir uma vida digna ao ente familiar.

⁵³ VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002 - Coleção Enrico Tullio Liebman; vol. 51, p. 76

⁵⁴ *Id.*

E é bom que se diga que se essa possibilidade de alargamento na interpretação do texto legal, embora tenha como fim primeiro a proteção da família do devedor, com amplas possibilidades para que o julgador, no caso concreto, aplique de forma adequada a regra da impenhorabilidade, embora pensada em benefício da família do devedor, ao contrário disso, acaba prejudicando-a, pois à medida que a garantia dos devedores em potencial se restringe, maiores serão as garantias exigidas daqueles que pretendem ter acesso a crédito.⁵⁵

Recente alteração legislativa, aliás, tentou trazer ao ordenamento jurídico a limitação em relação à impenhorabilidade do bem de família. No entanto, a tentativa encontrou resistência do poder executivo, que vetou a proposta.

A respeito, anote-se os comentários da doutrina:

A Lei 11.382/2006, enquanto projeto, contemplava limitações em relação à impenhorabilidade absoluta, admitindo a penhora de imóvel, ainda que considerado bem de família, desde que de grande valor (superior a mil salários mínimos) e também de parcela de salário de alta monta (quarenta por cento do total recebido mensalmente, desde que superiores a vinte salários mínimos). Todavia, estes dispositivos, contidos nos arts. 649, § 3.º, e 650, parágrafo único, do projeto, foram vetados. A razão do veto simplesmente afirmou – não obstante a razoabilidade da limitação – a contrariedade dos dispositivos à tradição jurídica brasileira, alegando a necessidade de um melhor e mais aprofundado debate da questão na comunidade jurídica e na sociedade.⁵⁶

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, vol. 3: Execução. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 255.

⁵⁶ *Ib id*, p. 256.

O Professor Jorge de Oliveira Vargas, em artigo em que discorre sobre a interpretação corretiva da lei, defende um abrandamento ainda maior da impenhorabilidade, quando sustenta:

Esses dispositivos, apesar de representarem uma evolução, não atendiam, de maneira completa, ao princípio da proporcionalidade, uma vez que ainda muitos devedores, em condições de pagar suas dívidas, ficariam indevidamente protegidos pela impenhorabilidade. Mais coerente com nossa realidade seria autorizar-se também a penhora de até vinte por cento do total recebido mensalmente acima de dez salários mínimos, com os descontos já citados.

Quanto à penhora do bem de família também o princípio da proporcionalidade deveria ser observado, no sentido de que fosse autorizada a penhora de um percentual do valor acima de trezentos salários mínimos.⁵⁷

O autor ainda defende que seria importante incluir nas modificações legislativas propostas uma cláusula aberta, no sentido de possibilitar ao julgador levar em consideração a natureza da dívida exequenda e as condições econômicas do executado.⁵⁸

Como ficou esclarecido linhas acima, a proposta de alteração quanto à penhora de bens necessários à entidade familiar foi vetada, restando sem alteração as disposições legislativas até então vigentes.

Em comentários ao veto, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que o Executivo, ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou bens de valor elevado, inviabiliza a proteção adequada do direito fundamental à

⁵⁷ VARGAS. Jorge de Oliveira. A impenhorabilidade e a interpretação corretiva da lei. *In* Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Ernane Fidélis dos Santos (Coord). RT, 2007, p. 481/482.

⁵⁸ *Ib Id*, p. 482.

efetiva tutela jurisdicional, obstaculizando a tutela prometida pelo direito material, e por conseqüência, o exercício efetivo do direito fundamental de ação, conferindo-lhe proteção insuficiente. Com o veto, chancela-se a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, e o Estado abandona o cidadão sem fundamentação constitucional suficiente.⁵⁹

Maria Cláudia Cachapuz, discorrendo sobre o problema da insolvência civil brasileira, observa que ela não decorre apenas de um problema econômico e social, mas também do sistema protetivo do patrimônio do devedor obrigacional, o que muitas vezes permite o acúmulo indesejado de ações de execução frustradas. Esse fato colabora, e muito, para que a opção do legislador pela proteção do patrimônio familiar do devedor não seja bem vista pelo credor.⁶⁰

Embora compreensível a amargura de credores que em certo momento se vêem impossibilitados de seguir à frente com a exigência de seus créditos, não se pode perder de vista o objetivo do legislador ao instituir a norma legal de proteção ao imóvel residência do devedor, garantindo não a ele, mas sim aos integrantes de sua família, uma vida digna.

A norma legal, aliás, é sempre pensada para aquele que age de boa fé, pois é ela que se presume. A lei é prevista para situações de normalidade, em que as pessoas são conhecedoras de suas obrigações muito mais que de seus direitos. Ela não pode ser elaborada com o pensamento voltado à má fé, imaginando que o seu beneficiário irá lançar mão de subterfúgios que lhe proporcionem vantagens indevidas.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, vol. 3: Execução. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 256.

⁶⁰ CACHAPUZ. Maria Cláudia. Bem de Família, uma análise contemporânea. *In* RT 770- Dezembro de 1999 – ano 88º., p. 43.

Portanto, é muito difícil mensurar se o problema está diretamente ligado ao texto legal, e se o seu maior rigor seria capaz de reverter o sentimento atual de falta de credibilidade na própria eficácia do Poder Judiciário como órgão de efetivação de soluções na prática.⁶¹ Afinal, por mais detalhada que seja a lei, é impossível ao legislador prever todas as situações em que poderão ocorrer desvios ou leituras equivocadas dos dispositivos legais, parecendo-me que o problema atual seria melhor solucionado se os próprios jurisdicionados colocassem em prática o dever de lealdade, e acima de tudo, que cumprissem com as obrigações assumidas.

⁶¹ CACHAPUZ. Maria Cláudia. Bem de Família, uma análise contemporânea. *In* RT 770- Dezembro de 1999 – ano 88^o., p. 43.

CONCLUSÃO.

Pode-se afirmar que o presente estudo não traz em seu conteúdo grandes novidades. Afinal, muito já se escreveu ou decidiu sobre a impenhorabilidade do bem de família ou mesmo sobre o alcance de sua incidência. Nada do que foi dito já não o foi anteriormente, quer por algum doutrinador ou mesmo por magistrados na prestação da tutela jurisdicional.

Ao presente trabalho não interessa com quem está a razão, se com aquele que pede a proteção legal, ou com aquele que pretende a expropriação do bem familiar, com o conseqüente afastamento da impenhorabilidade de bem.

Muito mais do que isso, o estudo tem por objetivo trazer á discussão questões pontuais sobre a legislação da impenhorabilidade do bem de família, tais como as tendências modernas da entidade familiar e sua formação contemporânea. Busca-se, ainda, fazer uma abordagem sobre a constitucionalização da proteção legal conferida à família e à sua moradia, agregando ao texto legal conotações até então nele não compreendidas.

Mas, além disso, o estudo tem por objetivo fazer um paralelo entre a dignidade da pessoa humana e a proteção da moradia, o que permite, inclusive, a equiparação da pessoa só com a “entidade familiar”, termo empregado no texto legal. Isso demonstra que a interpretação literal da legislação não se admite, sob pena de conferir tratamento desigual para situações que merecem o mesmo tratamento.

Através da análise da evolução do conceito de família chega-se à compreensão sobre a realidade social que envolve o tema família, nomenclatura que vai além da visão simplista e pré-concebida de tempos passados. Não mais se

admite que termos legais até então aceitos se sobreponham à realidade, pois mais do que o apego ao texto de lei, deve o intérprete estar em constante exame da norma, de modo a adequá-lo à realidade social do momento em que ela incide.

Ao intérprete cabe, no momento da incidência do instituto, buscar elementos fáticos e legais que possibilitem um temperamento na aplicação da lei, adequando o interesse das partes aos princípios e garantias constitucionais que envolvem o tema.

As hipóteses de exceção à regra são analisadas de forma restritiva, em consonância com o entendimento jurisprudencial e doutrinário. Essa análise, no entanto, procura contrapor os argumentos de uma e outra corrente, o que por vezes demonstra a falta de critérios utilizados na fundamentação da admissão ou não da impenhorabilidade do bem de família.

A possibilidade da renúncia à impenhorabilidade do bem de família é abordada tendo em mente o objetivo do legislador, que buscou muito mais do que a simples proteção do devedor. A esse não cabe abrir mão de garantia conferida à entidade familiar. Deve-se ter em mente que a proteção legal transcende a figura do devedor para alcançar a família, concluindo-se por inadmissível que as exceções trazidas pelo texto legal sejam interpretados de forma ampliativa, garantindo assim o objetivo da norma, a dignidade do ente familiar e a proteção mínima do patrimônio familiar.

Questão das mais importantes e que não ficou sem análise é a relativa à imprecisão dos termos empregados na lei e que possibilitam excessiva incidência do instituto, ou melhor, a ampla e irrestrita proteção do patrimônio do devedor inescrupuloso, de maneira a desnaturar a finalidade da norma protetiva.

Por fim, é importante observar que embora a Lei nº. 8.009/90 tenha quase duas décadas, as discussões travadas no momento de sua incidência são sempre

atuais. Isso é, sem dúvida, um fator determinante para a constante alteração de posicionamentos, sendo quase impossível que uma vez sedimentado um entendimento, ele permaneça inalterado por muito tempo. Afinal, doutrina e jurisprudência acompanham a evolução social, e como tal, buscam soluções também atuais para problemas atuais.

Esse fator é determinado basicamente pela utilização de termos abertos, tais como entidade familiar, residência familiar. Assim, da mesma forma que os institutos se modernizam e se alteram, a legislação acompanha esse desenvolvimento, conferindo à impenhorabilidade do bem de família, como característica determinante, a possibilidade de estar em constante mutação.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Ganacéia da Silva, **Impenhorabilidade de Bem Imóvel Residencial do Feador**. In **RT 802** – Agosto de 2002 – 91ª Ano.

ASSIS, Araquen. **Manual da Execução**. 10ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. Com Comentários à Lei 8009/90, 5ª. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

CACHAPUZ, Maria Cláudia, **Bem de Família: Uma Análise Contemporânea**. In **RT – 770** - Dezembro de 1999 – 88º. Ano.

CREDEIE, Ricardo Arcoverde, **Bem de Família**, 1ª. Ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Carlos. **Impenhorabilidade do Bem de Família**, 3ª. Ed., Porto Alegre, Síntese, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Editora Livraria do Advogado, 2ª. Ed., Porto Alegre, 2005.

FACHIN. Luiz Edson. **Direito de Família**. Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro, 2ª. Ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

_____. - **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **A impenhorabilidade e a interpretação corretiva da lei**. In **Execução Civil**. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Ernane Fidélis dos Santos (Coord). RT, 2007.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito Civil Aplicado, Volume 5: Direito de Família**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, vol. 3: Execução**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Antonio Darienso. **A questão do bem de família, quando é indicado pelo devedor para garantia da ação de execução**. In **Revista Juris Síntese nº. 37** - Set/Out. de 2002.

MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. **A instituição do Bem de Família e sua Distinção quanto a Impenhorabilidade do Bem Regida pela Lei nº. 8009/90** – *In* Revista **Juris Síntese nº 43** - Set/Out. de 2003.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 21ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2007.

NUNES, Hélio da Silva. **O bem de família e sua evolução jurisprudencial**. *In* **RT-785**, Março de 2001 –90º Ano.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional de Família**, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

SILVA, José Afonso da Silva, **Comentário Contextual à Constituição**, Malheiros, São Paulo, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro** – *In* Revista **Juris Síntese nº 60** - Jul/Ago de 2006.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A impenhorabilidade do Bem de Família e as novas entidades familiares**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Túlio Liebman, Vol. 51.1ª. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.