

BEM DE FAMÍLIA: ENTRE A MORADIA E O CRÉDITO¹

Bianca Tedeschi Ruggi²

RESUMO

O estudo pretende demonstrar que, diante da ponderação de valores relativos à manutenção da vida, em condições de exercício da dignidade e da cidadania, e o direito de satisfação de crédito, este último tem sido a opção do Poder Judiciário Brasileiro. As mudanças na legislação do bem de família, com o seu respectivo esvaziamento, mostram que o dia a dia do Direito Brasileiro está priorizando o direito ao crédito, deixando de se atentar que ao admitir a penhorabilidade do único bem do indivíduo, estará desrespeitando um direito fundamental, o direito à moradia.

Palavras chaves: Direito à moradia; bem de família; propriedade; crédito.

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho relaciona-se a busca pela garantia dos direitos fundamentais, direitos estes garantidos pela Constituição Federal de 1988, e em seguida mais explicitamente pela Emenda Constitucional 26/2000.

Será estudado o bem de família sob o ângulo dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, bem como o tratamento dado pela Lei 8.009/1990, a partir dos quais é garantida a proteção da moradia do indivíduo, vista como um direito impenhorável e indisponível. Analisar-se-á, ainda, a exceção à impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 3º, IV, da referida lei, cuja aplicação implica em insegurança jurídica e a afronta à Constituição Federal e aos direitos fundamentais.

1 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

Um dos maiores pilares da Constituição Federal de 1988³ é a dignidade da pessoa humana. Isso é perceptível, por exemplo, nos seus artigos 5º e 170, nos

¹ Artigo recebido em 20 de outubro e aceito em 04 de dezembro de 2012.

² Bacharelada no curso de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. bianca_ruggi@hotmail.com.

³ BRASIL, Constituição Federal 1988. Art.5º.

quais se resguarda o direito a vida digna e a ordem econômica, respectivamente. Fora isso, a Carta Magna traz em vasto elenco de direitos e garantias fundamentais.

Tais direitos fundamentais, em especial o direito à propriedade e à moradia, foram compreendidos com a finalidade de melhoria nas condições de vida dos hipossuficientes, buscando a igualdade social dos indivíduos. Ocorre, porém, que o limite interno capaz de definir as funções sociais da propriedade previstas pelos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, e o direito patrimonial do ponto de vista puramente econômico, é separado por uma linha tênue, que é confirmada pela interpretação do constituinte.

Com efeito, a garantia do direito de propriedade (artigo 5º, XXII), o atendimento de sua função social (artigo 5º, XXIII) e às finalidades da ordem econômica são associados, expressa e imediatamente, ao dever de “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social”. Observados, dentre outros, os princípios da função social, propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais, além da busca pelo emprego⁴, podendo-se constatar a amplitude da Constituição Federal de 1988, conforme demonstrado por Gustavo TEPEDINO⁵.

O Texto vigente incluiu a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, o qual dispõe (ao lado da proteção à propriedade privada, art. 5º, XXII), que a propriedade atenderá a sua função social. (...) Pelo texto atual, na técnica adotada pelo Constituinte, está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Porém, para que sejam garantidos esses direitos, segundo Luiz de Souza Júnior LOPES⁶, “depende-se da existência de recursos por parte do Estado, ou seja, serão efetivados na medida do possível; a isso chamamos de RESERVA DO POSSÍVEL ou dependência da existência de recursos econômicos, instituto oriundo do direito alemão”. Tal instituto é a justificativa financeira do Estado ao não cumprir com a garantia dos direitos sociais, conforme posicionamento do autor Fernando Borges MÂNICA⁷:

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p. 55-56.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). 1989, p. 74 e 75.

⁶ LOPES, Luiz de Souza Junior. A efetividade dos Direitos Sociais e a reserva do possível. Disponível: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/A_efetividade_dos_Direitos_Sociais_e_a_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso: 20. ago. 2012.

⁷ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. p. 13.

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida, com vistas à sua efetivação(...) Nesta perspectiva, a teoria da reserva do possível passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, agora se entende pela ausência da previsão orçamentária.

No entanto, o entendido como “reserva do possível” pelo Estado, em algumas das vezes, não é realmente o essencial para a população, deixando assim o Estado de suprir as necessidades primárias dos indivíduos, como saúde, educação, moradia e os demais direitos sociais, como explica Anderson Costa VAZ⁸:

Ademais, é preciso entender que o Estado de Direito possui como pressuposto essencial à realização de um Estado Orçamentário. Significa que o equilíbrio entre receitas e despesas são normatizados pela própria Constituição, sendo o orçamento o instrumento de concretização desse balanço. Se o Estado alega falta de recursos para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais o erro é duplo: desrespeito aos direitos humanos e desrespeitos às normas constitucionais de planejamento orçamentários.

Constate-se, assim, que o Estado se omite, não garantindo o que é essencial a uma vida digna, conforme prevê a Constituição Federal, esquecendo que o indivíduo pelo simples fato de ser “humano” já possui esses direitos adquiridos.

Tais gastos, portanto, devem estar obrigatoriamente previstos nas políticas públicas e planos de governo, pois o fato do cidadão não ter onde morar, não ter educação, saúde, e os demais direitos, não é uma opção e sim uma consequência da falha da máquina estatal, a qual prejudica unicamente o cidadão, cabendo ao Poder Judiciário intervir para que não haja discrepâncias do sujeito perante o Estado.

Assim, temos que o direito fundamental à moradia foi inserido no rol dos direitos humanos, desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na busca de uma vida digna, conforme seu artigo 25 enuncia:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença,

⁸ VAZ, Anderson Costa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos econômicos, sociais e culturais. p. 27.

invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle⁹.

Após tal Declaração, passou-se a proteger o direito à moradia em diversos outros tratados, vindo a ratificar a carta da ONU, a qual lhe alçou a um direito humano básico e essencial a uma vida digna e decente. A partir do momento que se considera moradia um direito fundamental, está subentendido que este direito é indisponível. A questão surge dentro da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, especificamente no estudo do caráter objetivo desses direitos, bem como de sua posição de supremacia dentro do sistema jurídico.

Do entendimento de dignidade da pessoa humana bem discorre a autora Maria Celina Bodin MORAES¹⁰:

A dignidade da pessoa humana culminou em transformar todos os cidadãos em iguais, pois a dignidade se manifesta primeiramente no princípio da igualdade, no qual o tratamento que deve ser despendido à pessoa humana deve estar livre de qualquer discriminação de forma mais igualitária possível.

Para além da concepção clássica de que os direitos fundamentais são, originariamente, direitos subjetivos públicos, isto é, direitos do cidadão em face do Estado, é notória a pretensão do constituinte no sentido de instituir uma completa e integral vinculação entre os entes estatais aos direitos privados.

Para tanto, pode-se verificar que é a pessoa o centro do sistema jurídico, e não mais o patrimônio, o qual existe apenas em decorrência do indivíduo. Esse é o entendimento de Carlos Fernandes SESSAREGO¹¹, “que não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial”. Ou seja, o homem só existe se tiver uma propriedade, uma moradia, e esta só existe se tiver o homem.

É de saber notório que para a dignidade do indivíduo é necessário que este tenha as condições mínimas para sobrevivência e para assumir a condição de sujeito pleno na esfera jurídica. Conforme Daniel SARMENTO¹²:

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 11 nov. 2010.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2009, p. 86.

¹¹ SESSAREGO, Carlos Fernandez. Derecho y persona. 2. ed. Normas Legales, 1995.p.

¹² SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. 2006, p. 89.

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.

Deve-se aqui analisar conjuntamente o artigo 170 da Constituição Federal, que adota precisamente o princípio estruturante da atividade econômica e justiça social, trabalhando os princípios específicos decorrentes, principalmente os da redução das desigualdades sociais regionais e da proteção ao consumidor.

Vale observar que a Constituição só está visando à proteção do direito de qualquer indivíduo à moradia, direito este tido como básico para que se tenha uma vida com o mínimo necessário e entendida como digna. Tal deve ser garantido pelo Estado através de políticas públicas que preveja em seus orçamentos, conforme determina a própria Constituição, a construção de casas para todo o cidadão, pois conforme verificou-se, não pode este utilizar-se do instituto da reserva do possível para o não cumprimento de um direito tão essencial ao indivíduo, que é a moradia.

Nesse sentido, para Luiz Edson FACHIN¹³, a dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional.

Para Lobo NETO¹⁴, o Estado Social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.

Atualmente, muito se tem discutido a respeito da chamada esfera patrimonial mínima. A busca é por uma nova concepção de patrimônio, colocando no centro das relações jurídicas a pessoa, principalmente a de uma existência digna. No entanto,

¹³ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 193.

¹⁴ LOBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navegandi. Teresina. ano 4.n. 33.1999.disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

no entendimento de Ingo Wolfgang SARLET¹⁵, este direito constitucional já era previsto desde 1988.

Decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade. Neste contexto, vale lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95), reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional.

Para que o indivíduo tenha uma vida digna tem que ter o mínimo, entenda-se aqui onde morar, o patrimônio. Para FACHIN¹⁶, “A noção de patrimônio personalíssimo, assumidamente paradoxal, esta agregada à verificação concreta de uma real esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana a luz do entendimento de necessidades básicas essenciais”.

Todo cidadão, a princípio, tem o direito subjetivo público de pedir ao Estado um mínimo ético (*minimum eicum*) para existir, conforme ensina Georg JELLINEK¹⁷. Deve, assim, prevalecer o direito à vida, superior a qualquer outro, devendo este ser garantido ao ser humano, dando-lhe o mínimo para viver dignamente.

No entanto, é de saber notório que poucos são os que tem pelo menos um dos direitos fundamentais garantidos, sabe-se que o mínimo hoje para alguns é o máximo para muitos. Para Daniele PONTES:¹⁸

Iniciando pelos tempos das produções legislativas que de alguma forma estiveram voltadas a certa proteção relativa ao direito de morar, cabe a divisão entre as legislações existentes ao tempo da entrada em vigor da Emenda Constitucional que estabeleceu o direito a moradia e as manutenções ou alterações ocorridas pós Emenda e as novas legislações derivadas do reconhecimento do direito fundamental.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 142 e 143.

¹⁶ FACHIN, Edson. Op Cit. p.3.

¹⁷ Sistema dei Diritti Pubblicit Subbiettivi. Trad. ital.da 2ª Ed. Alemã, revista e com notas de Gaetano Vitagliano, com prefácio de Vittorio Emanuele Orlando, Società Editrici Libreria, Milano, p.912.

¹⁸ PONTES, Daniele. Tese: Direito a moradia:entre o tempo e o espaço das apropriações.Curitiba,2012.p.55.

Estudos realizados pela Fundação João Pinheiro¹⁹ demonstram a falta de moradia no país. O déficit habitacional leva em consideração as condições de moradia da maior parte da sociedade, analisando qualidade das casas, número de pessoas que ali residem, renda per capita e localização.

O conceito de déficit habitacional utilizado está ligado diretamente às deficiências do estoque de moradias. Engloba tanto aquelas moradias sem condições de serem habitadas devido à precariedade das construções ou em virtude de terem sofrido desgaste da estrutura física e que devem ser repostas, quanto à necessidade de incremento do estoque, decorrente da coabitação familiar ou da moradia em locais destinados a fins não residenciais.

Segundo o IPEA²⁰, após levantamento de dados que compreendem o período entre os anos de 2002 a 2009, faltam no país 7,9 milhões de moradias, que corresponde a 14,9 % do total de domicílios. Ainda conforme estudo realizado pela Professora Daniele PONTES,²¹ com base na Fundação João Pinheiro:

Uma vez considerados o déficit habitacional existente e a necessidade de propiciar um aquecimento econômico, a combinação desses elementos encaminhou os maiores programas públicos do Estado em habitação, desde o encerramento das atividades do Sistema Financeiro de Habitação de 1964. Para isso, o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e o Minha Casa Minha Vida foram voltados à construção e à realização de obras de infraestrutura e, de acordo com a apresentação de seus objetivos, com vistas a minimizar o problema do déficit habitacional concentrado nas faixas de renda mais baixas.

Uma grande parcela da população ainda vive nas ruas, por não ter uma casa para morar, temos ainda, uma parcela da população que vive em favelas, em cortiços e ocupações, por não estar assegurado o direito à moradia digna, se submetendo a viver de maneira desumana.

A Constituição veio para assegurar a todos os direitos fundamentais, que visam à justiça social e a democracia, onde o que se quer como fundamental é o que se aproxima da ordem jurídica, que para Wilson STEINMETZ²²:

Os direitos fundamentais são direitos – institucionalizados por normas jurídicas e assim fazem parte do sistema jurídico – e, ao menos nas constituições de autênticos Estados democráticos, ocupam uma posição preferencial ou preferente, isto é, são informados por

¹⁹ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. Déficit habitacional no Brasil / Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. 2. ed. - Belo Horizonte, 2005.p.16.

²⁰ IPEA. Brasil tem déficit habitacional de 7,9 milhões de moradias. Disponível: <http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspxidNoticia=201110251820_TRR_80390370>. Acesso: 7.jun.2012.

²¹ PONTES, Daniele. Op Cit.p.55.

²² STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e função social do (e no) direito. In: TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). Função do direito. 2009, p. 47.

um regime jurídico especial ou reforçado (e.g., CF, art. 60, § 4, IV e art. 5º, § 1º). Além disso, na base dos direitos fundamentais estão presentes valores da dignidade, liberdade e igualdade.

Portanto, é dever do Estado assegurar e facilitar a obtenção do tido como mínimo ao cidadão para desempenhar-se na sociedade: liberdade, trabalho, **moradia**, educação, saúde. Como observa Gustavo TEPEDINO²³:

No artigo 3º, inciso III, o constituinte inseriu entre os objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza, introduzindo no sistema o princípio da igualdade substancial, pelo qual o Estado se compromete a reduzir as desigualdades sociais e redistribuir a riqueza – impondo, portanto, ao lado do princípio da isonomia formal, o princípio a isonomia substancial; e ao lado do princípio da justiça retributiva, o princípio da justiça distributiva.

Atualmente a política pública adotada pelo Estado para garantir à moradia aos indivíduos é o projeto Minha Casa Minha Vida, regulado por lei específica de nº 11.977/2009, que facilita a aquisição da casa própria, por meio de financiamentos, mas não a dá ao indivíduo. Assim, conclui-se que hoje há a facilitação, mesmo que essa ainda não seja a forma mais apropriada de garantir o direito de ter a casa própria, pois estamos falando em avaliação de renda do indivíduo e sua família, para consequentemente conseguir o financiamento para a aquisição da casa própria.

Pois, como já tratado, o problema hoje vivenciado pelo país é a falta de moradia aos indivíduos, sendo que a última pesquisa do déficit habitacional realizada em 2008²⁴ abordou apenas 71 dos 5.000 municípios brasileiros, sem levar em consideração as crianças que vivem nas ruas.

2 IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

O bem de família surgiu no século XIX, quando o Estado do Texas, em virtude de uma grave crise econômica, promulgou uma Lei em que o governo cedia a todo chefe de família, maior de 21 anos de idade, uma propriedade rurícola com a finalidade de torná-la produtiva, dando, em consequência, proteção a sua família e criando um abrigo seguro. Surgiu, assim, o instituto do *homestead* (*home*: casa, e *stead*: lugar), o que quer dizer "uma residência de família".

²³ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4 ed. revista e atualizada. 1999, p. 15.

²⁴ Cidadania - número de moradores de rua no Brasil - estimativas oficial - governo - programas sociais do governo - índice. Disponível: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/galeria/videos/2012/09/governo-vai-elaborar-cadastro-de-moradores-de-rua>> Acesso em :22.set.2012.

No Brasil, primeiramente teve previsão na Parte Geral do Código Civil de 1916, nos artigos 70 a 73, e mais tarde com o Código de 2002 na parte do patrimônio da família, nos artigos 1711 a 1722.

Em nosso ordenamento o indivíduo é visto como pessoa que têm direitos e obrigações. A propriedade é vista como patrimônio, sendo este patrimônio de titularidade do indivíduo. Este pensamento de pessoa ligada diretamente ao patrimônio, nos leva a acreditar que toda pessoa teria um patrimônio uno e indivisível. No entanto, é de conhecimento de todos que essa não é a realidade da nossa sociedade. Para Melina FACHIN,²⁵ através de movimentos sociais é que se determina o que é mínimo e fundamental para sociedade:

A historicidade do (s) direito(s) é inegável. Com o evoluir do tempo as ideias e o próprio (s) direito (s) vão se desenvolvendo, de acordo com os movimentos sociais. Assim sendo, é fundamental que o contexto espaço-temporal seja levado em conta, não sob um aspecto meramente cronológico, mas também crítico desse desenvolvimento. Os direitos fundamentais não fogem à regra, pois só tem sentido dentro de certos padrões conjunturais. Como tal, os direitos fundamentais nascem com a modernidade, influenciados pelo iluminismo e pelos pensamentos racionalista e contratualista que são a base ideológica da revolução burguesa.

Em esclarecimento feito por Milton Paulo de Carvalho FILHO,²⁶ o bem de família é aquele que a destinação decorre da vontade de seu instituidor, integrante da própria família, visando à proteção do patrimônio contra dívidas.

Vale destacar que o direito fundamental à moradia está intimamente ligado com o instituto de proteção do bem de família, onde se busca a garantia da moradia digna, entendendo-se aqui proteção no sentido de não poder ser a casa objeto de pagamento de dívidas e não poder o indivíduo ficar sem um teto.

Podemos verificar, ainda, que a lei 8.009/1990, trouxe não só a facilidade da constituição do bem de família, bem como a proteção a este bem, tido como asilo familiar. Ocorre que nesta mesma lei o seu artigo 3º, IV contradiz todo o resto, ao possibilitar a penhora do bem de família no caso de dívidas de taxas de condomínio, por entender que sem este pagamento fica inviável sua manutenção, e por constituir uma obrigação *propter rem*, não cabendo assim a alegação de impenhorabilidade.

Sobre o tema, ensina Luiz Edson FACHIN²⁷:

²⁵ FACHIN, Melina Girardi. Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura. 2007, p. 63 e 64.

²⁶ COMENTADO, Código Civil. Doutrina e Jurisprudência: coordenador Cezar Peluso. 2ª ed. Barueri, SP: Manole, 2008.

que “a ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. 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.

Assim, busca-se a melhor aplicação da lei em conjunto com a Constituição Federal, e os tratados internacionais que protegem os direitos humanos como já fora citado o Pacto de São José da Costa Rica, para que não prejudique os direitos fundamentais nem do credor e nem do devedor, ponderando os direitos fundamentais básicos do devedor com o direito de receber o crédito do credor.

Levando-se em conta os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição da República, direitos esses essenciais a vida do indivíduo, devendo o Estado, garantir que todos vivam de forma digna e igualitária.

3 DIREITO À MORADIA E DIREITO AO CRÉDITO

Verifica-se no decorrer do trabalho o conceito de direito fundamental à moradia, de bem de família, seu surgimento e aplicabilidade nos códigos de 1916 e 2002, após, estudou-se a entrada em vigor da lei 8.009/1990, sua aplicabilidade e limites, agora veremos o instituto do bem de família entre o crédito e à moradia.

O entendimento que firmou o Supremo Tribunal Federal é de que cobrança de taxa de condomínio resulta também na penhora do imóvel, tornando o recebimento do crédito superior a Constituição da República. Segue tal posicionamento, em casos de obrigações *propter rem*, aqui enunciadas, o autor, Sylvio Capanema SOUZA²⁸:

A uma, porque nem de leve se arranha o princípio da isonomia, cuja essência é tratar igualmente os que são iguais e desigualmente os desiguais. O fiador de contrato de locação de imóvel urbano, pelas peculiaridades desse negócio jurídico, não é igual aos demais, que

²⁷ FACHIN. Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.190.

²⁸ SOUZA. Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada*. 5ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 391-392.

se prestam a garantir obrigações de outra natureza. A duas porque o direito à moradia, de que trata a Constituição Federal, deve ser entendido de maneira genérica, traduzindo o dever do Estado de promover e criar políticas públicas que assegurem aos cidadãos o acesso à moradia digna, através de projetos de construção de unidades habitacionais, ampliação do crédito imobiliário, redução de taxas de juros e tudo mais que se torne necessário à redução do déficit habitacional.

Com isso, o que se tem com tal posicionamento em casos de dívidas de taxas condominiais é a não aplicação do instituto do bem de família, permitindo a penhora do próprio bem objeto da dívida para pagamento desta.

Deve-se, se ter cuidado para que a lei não seja aplicada de maneira genérica, cabendo ao legislador, antes de tudo analisar as situações a que levaram o devedor a inadimplência, e o impacto que causará na situação da família, ou seja, se trará dano grave e de difícil reparação, permitindo a penhora do bem, conforme prevê o artigo 620 Código de Processo Civil: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Causaria uma insegurança jurídica a não proteção do direito fundamental de um indivíduo, sobre o direito de mero recebimento de crédito de outro, pois ao abrir essa exceção estamos indo contra a hierarquização dos direitos fundamentais, os quais devem nortear a interpretação de todas as normas jurídicas. Na correta opinião contra esta exceção, segue entendimento de César FIÚZA²⁹:

O objetivo do legislador foi o de garantir a cada indivíduo, quando nada, um teto onde morar mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém tem o direito de ‘jogar quem quer que seja na rua’ para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial foi considerado impenhorável. Trata-se, aqui, do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor ‘personalidade’ tem preeminência neste caso, devendo prevalecer em face de um direito de crédito inadimplido.

Vale aqui ainda ressaltar, que é irrenunciável o bem de família, devendo entender desta forma que pode o imóvel pagar a dívida existente dele mesmo, mas de renda vinda de aluguel do próprio bem, não o penhorando para o pagamento, fazendo com que o indivíduo fique sem a moradia, pretende a lei proteger a família do devedor e não o inadimplemento.

Para AZEVEDO³⁰, assim como a prisão civil decorrente do não pagamento de dívidas, deve também ser entendido como inconstitucional as possibilidades

²⁹ FIÚZA, César. Novo Direito Civil. Belo Horizonte: 7. Ed. Del Rey, 2003, p.155.

³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Prisão Civil por dívida. 2000.p.189.

previstas na lei 8009/90, pois estaria assim indo na contramão do que foi definido no Tratado de São José da Costa Rica:

Advoga-se, com acerto, até mesmo a eliminação das exceções constitucionais: "[...] deve expurgar-se o texto constitucional, vedando-se completamente quaisquer espécies de prisão civil por dívida, para que o Direito atual não tenha raízes no passado, já extinto e que não se coaduna com a realidade contemporânea.

Deve-se analisar esta exceção como inconstitucional, pois o direito à moradia é um direito social expresso na Constituição Federal, não sendo este artigo da Lei 8.009/1990, recepcionando pela constituição, lembrando-se ainda que o bem de família é indisponível.

Compartilha o entendimento da não penhora do bem independente de obrigação *propter rem*, pois há a violação escancarada da Constituição Federal e seus direitos fundamentais, Flavio, TARTUCE³¹:

Vem sustentando ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia. O principal argumento, além da proteção da moradia que consta do art. 6º da Constituição – norma que tem aplicação imediata e que não pode ser tida como *programática* -, é uma clara lesão à isonomia, à proporcionalidade, à razoabilidade. Isso porque o locatário, devedor principal que é, não perde o Bem de Família ao contrário do fiador da locação que pode perdê-lo. É notório que a fiança é contrato acessório e, sendo assim, não pode trazer mais deveres ou obrigações do que o contrato principal. Em suma, a desproporção legislativa, em uma análise sistemática, é flagrante. Na civilística contemporânea, são adeptos desse entendimento, entre outros, José Fernando Simão.

Em nosso Direito Brasileiro, já tivemos várias evoluções, e o posicionamento de permitir penhorar o bem de família é estar retrocedendo. Retirar uma família de sua casa para ter garantido o pagamento das taxas condominiais é inconcebível nos dias de hoje, onde muitos moram de aluguel, e tem outras despesas com alimentação, estudo, vestuário, meios de transporte, gastos esses entendidos como essenciais e imprescindíveis para um pai e uma mãe de família (o mantenedor do sustento da família).

Para Clóvis BEVILÁQUA, “o efeito da constituição do bem de família é isentar de penhora o prédio destinado a ser o lar doméstico. Os credores não terão, no domicílio da família, garantia de seus direitos”.

CONCLUSÃO

³¹ TARTUCE, Flávio. A penhora do Bem de Família do fiador de locação. Abordagem atualizada. Texto publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, mar. abr/2006. p. 11-15.

O presente trabalho apresenta o estudo dos direitos fundamentais, garantidos e previstos em nossa Constituição Federal de 1988, trabalhou-se com a necessidade da garantia desses direitos para que o indivíduo tenha o básico para sobreviver, para ter uma vida digna.

Demonstrou-se a proteção do bem de família prevista desde o código de 1916, que veio sofrendo as alterações necessárias com a evolução da sociedade. Estudou-se também a lei do bem de família nº 8.009/1990, que trouxe mais proteção ao bem de família e algumas exceções onde se permite a penhora do bem, em seu artigo 3º.

Assim, podemos concluir que, tal exceção trazida pela lei em seu artigo 3º, não deve ser aplicada, por ser o direito à moradia, um direito de ordem pública e, ainda deve-se observar que por mais que o próprio devedor tenha renunciado o seu direito ao bem oferecendo-o em pagamento, este deve ser negado de ofício pelo juiz, para a proteção da família. Não se pode elevar um direito a crédito a um direito fundamental, a justificativa que traz a permissão da penhora por se tratar de obrigação *propter rem* é muito vaga e causa a insegurança jurídica, ao permitir esta exceção. Ao permitir tal possibilidade de penhora estaremos retroagindo na história da sociedade, que muito lutou para conquistar os direitos fundamentais, garantidos até hoje.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família e a Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

BRASIL, Constituição Federal, 1988.

_____, Código Civil. **Doutrina e Jurisprudência**: coordenador Cezar Peluso. 2ª ed. Barueri: Manole, 2008.

SOUZA. Silvio Capanema de. **A lei do inquilinato comentada**. 5ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

PESQUISA: Cidadania - número de moradores de rua no Brasil - estimativas oficial - governo - programas sociais do governo - índice. Disponível: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/galeria/videos/2012/09/governo-vai-elaborar-cadastro-de-moradores-de-rua>> Acesso em : 22 de setembro 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais do discurso teórico à prática efetiva. Um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Fabris Editores, 2007.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. Déficit habitacional no Brasil / Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. 2. ed. - Belo Horizonte, 2005.

FIÚZA, César. **Novo Direito Civil**. Belo Horizonte: 7. Ed. Del Rey, 2003.

IPEA. Brasil tem déficit habitacional de 7,9 milhões de moradias. Disponível: <http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspxidNoticia=201110251820_TRR_80390370>. Acesso: 7 de junho 2012

LOPES, Luiz de Souza Junior. **A efetividade dos Direitos Sociais e a reserva do possível**. <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/A_efetividade_dos_Direitos_Sociais_e_a_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso: 20 de agosto 2012.

LORENZETTI, Luiz Ricardo. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. <<http://advcom.com.br/artigos>> Acesso em: 20 de agosto 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2009, p. 86.
Pesquisa: moradores de rua. Disponível: <<http://www.jornalvs.com.br/sao-leopoldo/383750/pelo-menos-254-pessoas-moram-nas-ruas-no-municipio.html>> Acesso: 22 de setembro 2012.

NETTO, Paulo Luiz Lobo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navegandi. Teresina. ano 4.n. 33.1999.<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 11 de junho 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 11 de novembro 2010.

PONTES, Daniele. Tese: **Direito a moradia: entre o tempo e o espaço das apropriações**. Curitiba: 2012

Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Editora Síntese. Ano I, nº 1 - set-out/1999. p. 85.

ROMANELLI, Claudio Luiz. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SCAFF, Gamaliel Seme. Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa e solidária. <<http://www.tjpr.jus.br/consulta-2-grau>> Acesso em: 4 de março 2012.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho y persona**. 2 .ed. Peru: Normas Legales,1995.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**". In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003.

STEINMETZ, Wilson. **Direitos fundamentais e função social do (e no) direito**. In: TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). Função do direito. 2009

TARTUCE, Flávio. **A penhora do Bem de Família do fiador de locação. Abordagem atualizada**. Texto publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, mar. abr/2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. revista e atualizada. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989.

VAZ, Anderson Costa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional – São Paulo, Vol.61, a.15, 2007.