

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Dieimes Laerte de Souza

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA COM A
OBSERVÂNCIA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA AUXILIADO
COM A UTILIZAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA DIGITALIZAÇÃO

Marília, SP
2020

DIEIMES LAERTE DE SOUZA

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA COM A
OBSERVÂNCIA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA AUXILIADO
COM A UTILIZAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA DIGITALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Direito e Estado na Era Digital, Linha de Pesquisa Dogmática Jurídica e Transformação Digital, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. TEÓFILO MARCELO LEÃO ARÊA JÚNIOR

Marília, SP
2020

Autor: DIEIMES LAERTE DE SOUZA

Título: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA COM A OBSERVÂNCIA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA AUXILIADO COM A UTILIZAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA DIGITALIZAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em sua Área de Concentração em Direito e Estado na Era Digital, Linha de Pesquisa Dogmática Jurídica e Transformação Digital, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP 19 de dezembro de 2020

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – UNIVEM
Coordenador do Curso

Dr. Teófilo Marcelo Leão Arêa Júnior - UNIVEM
Orientador

Dr. Reyler Rodrigues Chaves – PUCP – Perú

Dr. Marcelo Antonio Theodoro – UFMT

Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos - UNIVEM

Dedico esse trabalho de Dissertação de Mestrado, primeiramente a Deus criador do céu e da terra, e ao seu filho Senhor Jesus Cristo, meu salvador, autor e consumador da minha fé, e que são o alicerce da minha vida, meu guia, meu Norte.

Dedico também esse trabalho de Dissertação aos meus pais, Senhor Laércio Lourenço de Souza e a Senhora Ivone Miguel de Souza.

Dedico ainda esse importante trabalho da minha vida acadêmica e profissional aos meus avós maternos, Senhor João Miguel e a Senhora Josefa Ferreira Miguel, por seu exemplo de amor e dedicação a família, e que hoje moram no céu na morada do nosso Criador.

Por fim, dedico esse trabalho de Dissertação de Mestrado aos meus futuros filhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu força, saúde e coragem para concluir esta etapa de minha vida.

Em ato contínuo agradeço aos meus pais que me proporcionaram, por meio do custeio da minha Graduação em Direito, ter uma profissão na área jurídica como advogado, o que me possibilitou auferir renda com o fruto do meu trabalho para custear os meus estudos e pesquisa acadêmica no *Mestrado em Direito* por essa Instituição de Ensino Superior em seu programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*.

Agradeço a essa Instituição de Ensino Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – FEESR, mantenedora Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM - no qual tive a honra e o privilégio de fazer parte de seu corpo discente – aluno do curso de Graduação em Direito dos anos de 2002 a 2006, tornando-me Bacharel em Direito, e no qual, na mesma condição, neste ano de 2020, concluo minha Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Mestrado em Direito, podendo receber o título de Mestre em Direito e Estado na Era Digital.

Agradeço ao meu Orientador Professor Dr. Teófilo Marcelo Leão Arêa Júnior pela paciência, pela orientação acadêmica na construção e desenvolvimento do projeto e dessa Dissertação, bem como pelos ensinamentos jurídicos passado desde a época da Graduação, e agora na Pós-Graduação no Mestrado em Direito.

Agradeço ainda ao Professor Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, coordenador do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Mestrado em Direito da Instituição, que foi um coorientador indireto desse projeto de pesquisa e Dissertação, pela sua dedicação, atenção ímpar e cuidado que oferece a todos os discentes – alunos do programa de Mestrado, cuja dedicação única e prestativa a todos alunos tornou minha caminhada nesse projeto mais suave, proveitosa e enriquecedora.

Agradeço a todos os professores do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado em Direito da Instituição de Ensino Superior – UNIVEM, em especial aqueles com os quais tive maior contato e os quais cursei suas matérias, sendo eles meu orientador Professor Dr. Teófilo Marcelo Leão Arêa Júnior, Professor Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, Professor Dr. Lafayette Pozzoli, Professor Dr. Elvis Fusco, Professor Dr. Mario Furlaneto Neto, Professor Dr. César Augusto Leonardo, Professora Dr.(a) Marlene de Fátima Campos Souza, Profe Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos.

Agradeço a Professora Dr.(a) Gabriela Natacha Bechara que, mesmo que não tenha tido a honra de participar e cursar a matéria ministrada pela professora, colaborou com a participação na elaboração e correção de artigos científicos desenvolvidos e apresentados em Congressos de Direito de âmbito nacional e internacional.

Agradeço a todos os colaboradores da Instituição de Ensino Superior – UNIVEM que, direta ou indiretamente, contribuíram para que esse trabalho de Dissertação de Mestrado pudesse ser desenvolvido e concluído com êxito.

Por fim, agradeço a todos os colegas com quem convivi durante esse período de vida acadêmica e que me enriqueceu muito para o meu crescimento técnico profissional e pessoal, e em especial, aos amigos com os quais o Mestrado me apresentou, são eles *Priscilla Hiroko Shimada Pito*, companheira de criação e desenvolvimento de artigos acadêmicos e científicos, colega de estudos e troca de ideias e projetos, bem como *Nelson Rodrigues*, igualmente um amigo, parceiro no desenvolvimento de artigos e trabalhos acadêmicos, com os quais espero manter um vínculo de amizade por muitos e longos anos, além de tê-los em minha companhia na sequência da pesquisa acadêmica no Doutorado, Pós-Doutorado e na Livre Docência.

RESUMO

O presente trabalho de Dissertação tem como finalidade o estudo e pesquisa do instituto do bem de família, Lei Federal n.º 8.009/1990, como forma de concretização do direito constitucional de proteção e acesso à moradia, com o auxílio das novas tecnologias da digitalização. O objetivo do trabalho visa conhecer das exceções legais a impenhorabilidade do bem de família, art. 3.º inciso II a VII, da Lei Federal n.º 8.009/1990, e verificar a sua a sua constitucionalidade face aos preceitos constitucionais sociais fundamentais do direito à moradia como um bem material componente do mínimo existencial, bem como a identificação de como vem sendo realizada a interpretação e aplicação contemporânea, pelos Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ, da norma legal das exceções à proteção ao bem de família, bem como, aplicação das novas tecnologias da digitalização e da informação digital podem contribuir à proteção ao bem de família. A metodologia adotada para a pesquisa do trabalho foi a bibliográfica e a análise da jurisprudência sobre o tema. A pesquisa obteve como resultado a descoberta de um sistema frágil de proteção ao direito constitucional à moradia da família, ante a uma legislação especial que oferece exceções a proteção aquele direito, aliado a um entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores oscilante e preocupante, tendo em vista a magnitude, importância e relevância do preceito constitucional que está sendo protegido. O Resultado que se chega é que a jurisprudência dos tribunais superiores, do Supremo Tribunal Federal – STF vem se inclinando, ao poucos, a oferecer uma integral proteção ao bem de família, afastando por vício de inconstitucionalidade e ou ausência de recepção de normas infraconstitucionais que tenham como finalidade vulnerar e vilipendiar a proteção constitucional ao direito de proteção à moradia, e no Superior Tribunal de Justiça – STJ, tem-se uma jurisprudência oscilante e preocupante quanto a proteção ao bem de família conferindo, por vezes, uma interpretação extensiva os dispositivos legais infraconstitucional que vulneram e fragilizam a proteção do bem de família como imóvel residencial da entidade familiar. Chega-se à conclusão final que as normas infraconstitucionais que tem como finalidade opor inúmeras exceções a impenhorabilidade do bem de família não tem amparo constitucional e com ela não guarda qualquer afinidade legal, bem como que as novas tecnologias de digitalização dos negócios jurídicos imobiliários são grandes aliados na proteção do instituto do bem de família.

Palavras-chave: Constituição; Direito à Moradia; Impenhorabilidade; Bem de Família; Tecnologia e Digitalização.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation work is to study and research the institute of family welfare, Federal Law No. 8.009 / 1990, as a way of realizing the constitutional right of protection and access to housing, with the help of new digitalization technologies. The objective of the work is to know the legal exemptions of the property of the family, art. 3rd item II to VII, of Federal Law no. 8.009 / 1990, and verify its constitutionality in face of the fundamental social constitutional precepts of the right to housing as a material asset that is part of the existential minimum, as well as the identification of how Contemporary interpretation and application has been carried out by the Superior Courts, the Supreme Federal Court - STF and the Superior Court of Justice - STJ, of the legal rule of exceptions to the protection of the family good, as well as the application of new technologies of digitization and information can contribute to the protection of the family good. The methodology adopted for the research of the work was the bibliographic and the analysis of the jurisprudence on the subject. The research resulted in the discovery of a fragile system of protection of the constitutional right to family housing, in view of a special legislation that offers exceptions to the protection of that right, combined with a jurisprudential understanding of the oscillating and worrying superior courts, in view of the magnitude, importance and relevance of the constitutional precept being protected. The result is that the jurisprudence of the higher courts, of the Supreme Federal Court - STF has gradually been inclined to offer full protection to the family good, moving away due to unconstitutionality addition or the lack of reception of infraconstitutional rules that have the purpose of violating and vilifying constitutional protection to the right to protection of housing, and in the Superior Court of Justice - STJ, there is an oscillating and worrying jurisprudence regarding the protection of the family good, sometimes giving an extensive interpretation to the provisions infraconstitutional laws that violate and weaken the protection of the family property as a residential property of the family entity. It comes to the final conclusion that the infraconstitutional norms that aim to oppose innumerable exceptions the impenetrability of the family property has no constitutional protection and with it does not have any legal affinity, as well as that the new technologies for digitizing the real estate legal businesses are great allies in the protection of the family welfare institute.

Keywords: Constitution; Right to Housing; Impossibility; Family Good; Technology and Digitization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 DO DIREITO À MORADIA COMO PROTEÇÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE E DO MÍNIMO EXISTENCIAL	12
1.1 Breve Relato Histórico	12
1.2 A Proteção Constitucional da Moradia Familiar e a Moradia como Direito Fundamental	18
1.3 Da Aplicação da Teoria do Mínimo Existencial como Forma de Consagração do Princípio Constitucional da Proteção ao Bem De Família.....	23
1.4 Do Controle Constitucional da Lei Orçamentaria da Discricionariedade do Manejo Orçamentário e da Observância das Prioridades Constitucionais.....	29
CAPÍTULO 2 DA PROTEÇÃO DA HABITAÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	39
2.1 Da Origem a Proteção ao Bem De Família	40
2.2 Conceito de Bem de Família	44
2.3 Modalidades de Bem de Família	48
2.3.1 – <i>Bem de Família Voluntário</i>	49
2.3.2 <i>Bem de Família Legal</i>	51
2.4 A Lei Federal n.º 8.009/1190 – Bem De Família como Norma de Ordem Pública e de Relevância Social Constitucional	55
CAPÍTULO 3 DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N.º 8.009/1990 QUANTO AS EXCEÇÕES DE IMPENHORABILIDADE LEGAIS À PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA	59
3.1 Da Jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ e seus Pontos Polêmicos no Entendimento e Interpretação da Lei Federal n.º 8.009/1990 e na Aplicação as Exceções de Impenhorabilidade.....	60
3.2 Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e a Interpretação Constitucional da Lei Federal n.º 8.009/1990 e na Aplicação as Exceções de Impenhorabilidade.....	75
CAPÍTULO 4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXCEÇÕES LEGAIS IMPOSTA NA LEI FEDERAL N.º 8.009/1990 QUE RELATIVIZAM O INSTITUTO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA	84
4.1 Desenvolvimento Econômico com Respeito aos Direitos Fundamentais e ao Direito à Moradia ..	91
CAPÍTULO 5 O USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA DIGITALIZAÇÃO NA PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA	93
5.1 A Tecnologia da Blockchain e a Proteção ao Bem de Família por Meio do Armazenamento de Informações Registrais Disponíveis.....	98
5.1.1 <i>Da Blockchain: conceito e funcionalidade</i>	99
5.1.2 <i>Proteção do Bem de Família por meio da Utilização da Tecnologia da Blockchain</i>	102
5.2 Jurimetria da Impenhorabilidade do Bem de Família para Concretização do Direito à Moradia, riscos, perigos e avanços de um sistema seguro de tecnologia.....	109
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF\88) criou o Estado que tem em sua base, seu alicerce, a proteção e a dignificação de todas as formas de vida, em especial a do ser humano, mais especial ainda a dos seres humanos em condição de vulnerabilidade, seja uma vulnerabilidade social, de saúde, ou em decorrência da sua idade biológica.

A mesma Constituição Federal, visando consagrar esse projeto de proteção à vida, em especial da vida humana, menciona que um dos seus fundamentos, art. 1.º, inciso II e III, *a cidadania e a dignidade da pessoa humana*, não sendo possível garantir cidadania sem antes garantir a dignificação do ser humano.

A dignidade da pessoa humana somente pode ser efetivada e concretizada através do oferecimento a esse ser humano condições mínimas de vivência social digna, condições essas que atendam às necessidades mais essenciais e vitais para sua sobrevivência, (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, 2017, p. 262).

Não existe, ou não há que se falar em dignidade da pessoa humana, sem se estabelecer condições mínimas de vivência social digna, reservando-lhe o mínimo vital ou o mínimo existencial (LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo Arêa, 2014, p. 49).

Dentro desse contexto a Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado a obrigação de, através de políticas públicas prestacionais ou de políticas públicas de fomento e incentivo a promoção de acesso a determinados bens materiais e imateriais ao cidadão, e ao núcleo social como a família, direitos mínimos e essenciais a garantir aos mesmos uma sobrevivência dentro de um padrão aceitável de existência dentro de uma sociedade civilizada e fraterna.

Esses bens materiais e imateriais são bens, em regra, fora do comércio, não suscetíveis de disposição e renúncia pelo seu titular, tendo em vista que a proteção da dignidade humana vai além do interesse meramente individual do seu titular, mas visa a proteção da sociedade como um todo.

Nessa linha tem o direito à moradia especial importância no rol de bens materiais mínimos a serem promovidos pelo Estado ao cidadão, pois é de difícil consagração o princípio da dignidade humana sem garantir ao cidadão e sua família o abrigo, à moradia, o local de descanso e proteção.

O presente trabalho visa realizar uma pesquisa sobre a contemporânea interpretação e aplicação das exceções à proteção ao direito à moradia residencial instituída pela Lei Federal n.º 8.009/1990, que regulamenta o denominado bem de família, que nada mais é que proteção da moradia, da moradia residencial do ser humano e de sua família, através de vedação de sua

responsabilização patrimonial frente as obrigações pecuniárias de seu titular, iniciando pelo contexto histórico da importância da moradia para o ser humano, até seu significado e importância atual dentro da consagração da dignificação humana, bem como verificar como as novas tecnologias da digitalização, diante da nova era tecnológica da informação e digitalização, podem contribuir para a proteção do instituto do bem de família, e assim do direito à moradia.

A importância da análise do tema reside no fato de que a Lei Federal n.º 8.009/1990 é a principal ferramenta legal infraconstitucional de proteção e defesa da moradia residencial do cidadão e de sua família face a atos jurídicos de responsabilização patrimonial do seu titular por dívidas e obrigações pecuniária inadimplidas.

Diante da importância do instituto legal do bem de família, instituto de índole constitucional, que faz parte do rol de direitos sociais fundamentais, art. 6.º da Constituição Federal de 1988 – (CF/88), e dentro do rol do direito mínimo existencial, o presente trabalho visa analisar as exceções à proteção ao bem de família na legislação da Lei Federal n.º 8.009/1990, e sua compatibilidade com as normas e princípios constitucionais, bem como como a realização de *uma breve análise* das decisões dos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, e o Supremo Tribunal Federal - STF, quanto a interpretação e aplicação dos casos de exceção à proteção do bem de família em casos específicos, bem como analisar como as atuais ferramentas tecnológicas da digitalização como os contratos digitais, a digitalização dos serviços dos cartórios extrajudiciais imobiliários e a jurimetria podem contribuir diretamente para proteção do bem de família.

O trabalho a ser desenvolvido terá como principal fonte de pesquisa e metodologia a bibliográfica, bem como análise de documentos como jurisprudências e acórdãos judiciais relacionada a matéria específica do trabalho.

O desenvolvimento do trabalho de pesquisa tem como objetivo identificar se há compatibilidade e harmonia do texto legal da Lei Federal n.º 8.009/1990, mais precisamente nos seus art. 3.º, inciso II a VII, que preveem exceções à proteção ao bem de família, face as normas e princípios definidos na Constituição Federal de 1988.

Também tem a pesquisa, como objetivo, a identificação de como vem sendo realizada a interpretação e aplicação contemporânea, pelos Tribunais Superiores, da norma legal das exceções à proteção ao bem de família, também denominadas de exceções à impenhorabilidade do bem de família, nos casos específicos expostos ao longo do trabalho, bem como analisar como as novas tecnologias da informação e digitalização podem contribuir para a melhor

proteção do instituto do bem de família, tais como os contratos digitais, a digitalização dos serviços dos cartórios extrajudiciais imobiliários e a jurimetria podem contribuir diretamente para proteção do bem de família.

CAPÍTULO 1 DO DIREITO À MORADIA COMO PROTEÇÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O presente capítulo visa trazer uma análise do direito à moradia como elemento constante dentro do acervo patrimonial mínimo definido pela Constituição Federal de 1988, como elemento mínimo a consagração e implementação do princípio basilar da República do Estado brasileiro, a dignificação da pessoa humana.

1.1 Breve Relato Histórico

As aspirações do ser humano desde dos primórdios da existência tem sempre o desejo de buscar o alicerce e uma segurança pessoal e social para si e para sua família. A busca da estabilidade pessoal, que passa por elementos psicológicos, emocionais, financeiro e familiares expressam em graus diferentes em cada conceito de cada indivíduo, a depender de sua percepção de vida, mas tem como fonte sempre os elementos acima mencionados.

Dentre dessas aspirações de segurança e estabilidade ao ser humano a principal delas sempre esteve ligada ao local aonde o indivíduo fixava seu local de descanso, convivência familiar, e repouso, o local aonde o indivíduo tem o seu endereço, sua identificação, a sua localização dentro da sociedade.

A moradia é uma extensão da personalidade do ser humano, é um importante elemento de sociabilidade e desenvolvimento humano e identificação social, sendo absolutamente indissociável da ideia de proteção a dignidade da pessoa humana.

Aliás a moradia é preexistente a própria ideia de dignidade humana, pois para se falar em dignidade humana é necessário descrevermos os elementos essenciais que fazem e que possam definir o conceito de dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo um conjunto de direitos e obrigações fundamentais que assegurem ao indivíduo um contraponto a toda e qualquer exposição há uma vida degradante e desumana, vejamos;

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de vida. (SARLET, 1998, p. 112)

Não há como dissociar o conceito dos direitos da personalidade com dignidade humana, e direito à moradia, ambas são irmãs siamesas, e umbilicalmente ligadas pela mesma raiz.

Menciona Carlos Alberto Bittar, quanto ao conceito de direitos da personalidade, vejamos;

Os direitos da personalidade são dotados de características especiais, na medida em que destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental. Constituem, segundo Bittar, "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes (BITTAR, 1995, p. 11).

Já Carlos Roberto Gonçalves, menciona quanto a consagração e proteção dos direitos da personalidade, com as referências ao carro chefe dos direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana e sua apresentação na Constituição de 1988, vejamos;

(...) o respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o Ordenamento Jurídico Brasileiro na defesa dos direitos da personalidade na CRFB/88 no artigo 1º, inciso III. Segue a especificação dos considerados de maior relevância – intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – com a proclamação de que é “ assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, descrito no artigo 5º, inciso X). (Gonçalves, 2009)

Não há como discutir o conceito de dignidade humana sem começar pelo o elemento essencial a uma vida minimamente digna, a moradia. A moradia, como princípio a consagração e conceituação de dignidade da pessoa humana, está acima de todos os outros princípios

constitucionalmente consagrados que visam a satisfação da uma vida minimamente digna ao indivíduo.

Por aquilo que ela proporciona ao ser humano, e por tudo que ela significa ao desenvolvimento do ser humano, a moradia está em um patamar mais elevado do que os demais direitos da personalidade e dos princípios consagrados pela Constituição de 1988 como princípios de ordem humana e social, definidos nos art. 1.º, inciso II e III¹, art. 3.º, inciso I e III², art. 5.º, inciso I, IX, X, XXXV, XXXVI³, art. 6.º⁴ e 7.º⁵, dentre outros previsto na Constituição Federal de 1988.

Cabe mencionar que a consagração da política de um Estado Social é consagrada no Tratado Internacional de Declaração dos Direitos Humanos de 1948,⁶ que prevê em seu art. 25, que devem ser assegurados a pessoa humana uma condição de direito material mínimo necessário a lhe proporcionar uma existência digna, mencionando à moradia como um desses direitos matérias a serem oferecidos e protegidos pelo Estado.

Em consequência da consagração de tais princípios e valores de dignificação da pessoa humana e do desenvolvimento econômico pelo Estado Social, o direito à moradia passou a ser expressamente reconhecido por vários tratados e documentos internacionais, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais editado no ano de 1966⁷, tratado

¹ *Constituição Federal de 1988 - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.*

² *Constituição Federal de 1988 - Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.*

³ *Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*

⁴ *Constituição Federal de 1988 - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

⁵ *Constituição Federal de 1988 - Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

⁶ *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – ONU - Artigo 25 - §1. toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. §2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio, gozarão da mesma proteção social.*

⁷ *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ONU – 1966 - ARTIGO 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e*

internacional esse que o Brasil se tornou signatário pela edição do Decreto n.º 591 de 1992⁸. Em um de seus dispositivos, o artigo 11, os Estados signatários reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada, e comprometem-se a tomar medidas efetivas para assegurar a consecução desse direito.

Ainda sobre a legislação internacional sobre a matéria, especifica sobre ao direito social à moradia, temos o tratado internacional – Declaração de Assentos Humanos de Vancouver do ano de 1976, e ainda do tratado Agenda 21 sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico e Social do ano de 1992, nos quais fixam que o direito à moradia é um direito fundamental e essencial a dignificação da pessoa humana, devendo o Estado assegurar tal direito e sua proteção eficiente através da elaboração de políticas sociais e legislação que a proteja.

Antes mesmo da edição da Emenda constitucional 26/2000, no qual inseriu o direito à moradia como direito expressamente fundamental, o art. 1.º, inciso III, e o art. 4.º, inciso II da CF/88, traz e trazia no seu bojo, o comando normativo a prevalência de atributos materiais a consagração da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, bem como observação, como princípio, em relação as normas e tratados internacionais pela prevalência dos direitos humanos.

Como o direito à moradia, como visto acima, já era tratado no âmbito do direito internacional, através de tratados nos quais o Brasil já era signatário, a proteção e a obrigação do Estado em proteger e consagrar esse direito fundamental no território nacional já era uma realidade normativa, como menciona por Sergio Iglesias de Souza;

Entretanto, o direito à moradia não era só previsto neste citado dispositivo constitucional. O inciso II do artigo quarto, da vigente constituição determina

sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

⁸ Decreto Lei n.º 591/1992 - Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 06 de julho de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

que a República Federativa do Brasil reja-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Dessa forma, perante os organismos internacionais, o Estado é obrigado a atender e dar proteção ao direito à moradia, sob pena de não só descumprir o seu papel junto a sociedade brasileira, mas também junto aos órgãos internacionais. Em verdade, o assunto referente ao direito à moradia não só interessa a determinado Estado, mas a toda humanidade, já que tal assunto é de interesse legítimo internacional, reconhecimento tido nos tratados aos quais o Brasil pertence. (SOUZA, 2004, p. 45)

A Constituição de 88 já previa em seu art. 23, inciso IX que competia e compete a União e aos demais entes federativos, dentre outros, a promoção e desenvolvimento de projetos de construção de moradias e com isso a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico da população.

Em razão das obrigações assumidas perante as normas e tratados internacionais, o Brasil incluiu em seu Texto Constitucional, especificamente no Título II, Capítulo II, Dos Direitos Sociais, artigo 6º, com o advento da Emenda constitucional nº 26/2000, o direito à moradia como um direito fundamental.

Quanto a importância da Emenda constitucional nº 26/2000 que instituiu de forma expressa a moradia como um direito fundamental no Estado social, menciona Sergio Iglesias de Souza;

A Emenda n. 26 buscou reproduzir os direitos já consagrados pelos preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, porém não de forma completa, tal como mencionado no artigo onze do referido pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nesse sentido, a menção do direito à moradia como direito social, sem dúvida, deve atender aos regramentos internacionais, dos quais o Brasil é parte, de modo a sempre propiciar por meio da implantação de cada legislação a respeito o favorecimento do indivíduo, para facilitar a aquisição da sua casa própria e contribuir de forma incisiva na continuidade das relações jurídicas que cercam dito direito. (SOUZA, 2004, p.132)

Com a consagração, pela Constituição de 1988, do Estado Social, aquele que deve proporcionar o respeito ao mínimo de direitos sociais ao indivíduo como consagração a dignidade da pessoa humana, o Estado deve garantir, seja através de políticas prestacionais diretas, ou mesmo por intermédio de legislação que regulamenta as atividades econômicas, a proteção e a implementação de um mínimo existencial aos seus nacionais, um mínimo de bens

materiais que lhe possam proporcionar um desenvolvimento social e humano sólido e dignificante.

Conforme expressamente mencionado no art. 5.º, § 2.º⁹ da CF, as normas de direito internacional nos quais o Brasil é signatário devem ser respeitadas como norma de ordem interna, e sendo normas que regulamentam direitos de proteção aos direitos humanos, no qual é inserido, as normas que consagram os valores e princípios de dignificação da pessoa humana, tem força legislativa de Emenda constitucional, art. 5.º, §3.º¹⁰ da CF.

Visando dar maior efetividade e concretização ao direito social fundamental de direito à moradia, o legislador ordinário editou legislações infraconstitucionais para definição de atuação específica e de políticas específicas a área, como podemos mencionar como as principais, a Lei Federal n.º 10.254/2001 Estatuto das Cidades, Lei Federal n.º 13.465/2017 Lei de Regulamentação Fundiária Urbana e Rural de Terras da União, Lei Federal n.º 6.766/1979, Lei de Parcelamento do Solo Urbano, a Lei Federal n.º 11.977/2009 – Regulamenta o Programa Social de aquisição da casa própria para famílias de baixa renda – PMCMV, dentre outras.

Também devemos mencionar sobre as normas que regulamentam a instituto legal da usucapião, previsto no Código Civil e na Constituição Federal, que preveem ao menos 6 formas diversas de aquisição originária da propriedade (moradia) pelo exercício da posse sobre imóvel residencial.

Podemos destacar ainda uma importante legislação de efetivação e concretização das políticas sociais à moradia foi a criação da Lei Federal n.º 4.380/64, mediante a criação de política de concessão de crédito para aquisição da moradia através de subsídios com recursos públicos, e fonte especial de arrecadação de recursos destinados exclusivamente para ao financiamento da moradia.

O denominado sistema financeiro de habitação – SFH, inicialmente operado pelo extinto Banco Nacional de Habitação – BNH, hoje operado por todas as instituições financeiras públicas e privadas que seja previamente cadastrada junto ao Banco Central do Brasil e aderente as regras legais de atuação ao programa.

⁹ *Constituição Federal - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

¹⁰ *Constituição Federal - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

Temos ainda o sistema financeiro imobiliário – SFI que tem como finalidade a concessão de crédito pelas instituições financeiras a seus clientes para aquisição de imóveis, mediante contratos de mútuo específico, na modalidade estritamente privado, aonde os contratantes são livres para estipulação dos termos do contrato, tais como valores concedidos, taxa de juros remuneratórios, encargos de mora e prazo de amortização e reembolso do valor emprestado, tais liberdades na contratação são limitadas no sistema SFH, ante os incentivos estatal e isenções legais que nesta modalidade é oferecida.

1.2 A Proteção Constitucional da Moradia Familiar e a Moradia como Direito Fundamental

A consagração do mínimo existencial, instituto criado pela Constituição Federal de 1988, quando optou pela criação de um Estado Social Democrático de Direito, traz em seu arcabouço instrumental a relação de patrimônio material e imaterial a ser observado de forma obrigatória pelo Estado na elaboração de suas políticas públicas.

A figura do patrimônio mínimo é a expressa manifestação da exigência legislativa constitucional a ser observado como política de Estado, pois tem como finalidade a consagração do núcleo central e do alicerce do Estado Social Democrático e de Direito instituído ao Brasil pela Constituição de 1988.

O patrimônio mínimo ou mínimo existencial nada mais é que o conceito extraído da CF88 que prevê um conjunto de direitos materiais e imateriais que devem ser fornecidos e ou fomentado pelo Estado ao cidadão, como forma de lhe proporcionar uma existência social dignificante, e ainda, dentro desse contexto, que lhe possa proporcionar um desenvolvimento humano, social e fisiológico adequado aos padrões mínimos que se espera de uma Nação civilizada.

Dentro dessa relação de direitos materiais e imateriais que deve ser protegido e fomentado pelo Estado ao indivíduo como sendo aqueles direitos mínimos, essenciais a garantir uma vida digna ao cidadão e desta forma o atingimento da paz social, sem sombra de dúvidas, pelo que se extrai do texto constitucional, é o direito à moradia o mais basilar dos direitos fundamentais.

A moradia, como já mencionado nos capítulos anteriores, é o porto seguro, o abrigo, é a identidade do indivíduo, é o seu local identificação social, seu endereço, isso significa dignidade humana.

Quando mencionamos o mínimo existencial estamos, como um conjunto de direitos que devem ser fomentados pelo Estado ao cidadão, certamente o direito à moradia deve ser o carro chefe, visto que o mesmo é intrínseco e umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como já mencionado, em que pese os direitos fundamentais como a vida, as liberdades de ir e vir, a liberdade de expressão do pensamento, os direitos de nacionalidade e políticos, todos se sucumbem frente ao direito à moradia, pois do que vale uma vida sem um teto para se abrigar, descansar, proteger a si e sua família, do que vale dos demais direitos fundamentais, sem o mais basilar direito de se abrigar e se proteger.

O direito à moradia, que repita, não se confunde com direito de propriedade, é um instituto alçado a uma importância além do individual, alcança uma importância coletiva, social e de desenvolvimento humano.

Como define Loreci Nalasco, em obra *Direito Fundamental à Moradia* (ano 2008, p. 88), conceitua a moradia como sendo a posse exclusiva de um lugar aonde se tenha amparo, que se resguarde a intimidade e se tenha condições para se desenvolver práticas da vida, tratando-se de um direito *erga omnes*, um lugar de sobrevivência do indivíduo, seu abrigo, sua proteção, proteção a si e para sua família, sua identidade social.

Já Sergio Iglesias de Souza conceitua o direito à moradia, com foco na proteção como direito fundamentais e da personalidade, destacando trata-se de um bem não sujeito a atos de disposição e renúncia;

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da "moradia" é inerente a pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, "moradia" é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. "Residência" é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da "moradia" sobre determinado bem imóvel. (SOUZA, 2004, p.45)

Menciona ainda o eminente professor que o direito à moradia, em razão de seu caráter essencial e fundamental é um direito inerente a personalidade humana, direito da personalidade (SOUZA, 2004, p. 46).

Não é por outro motivo que o direito e acesso à moradia é tido como um direito fundamental, art. 6.º da CF\88, bem como consagrado nas cartas internacionais como aqueles de proteção aos direitos humanos, como afirma Teófilo Marcelo Arêa Leão Junior, sobre o assunto;

Assim, o direito à moradia insere-se dentro dos direitos humanos e os direitos fundamentais. Humanos, por serem protegidos na esfera internacional; e fundamentais, por serem assegurados tanto constitucionalmente, de forma explícita na Emenda Constitucional 26, como pelo fato de os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos, que conferem proteção ao direito à moradia que forem aprovados no Brasil, com hierarquia de norma constitucional. (LEÃO JUNIOR, 2014, p. 24)

Dentro desse contexto, insere-se a ideia de que, dentro da relação do instituto do direito constitucional da preservação e proteção de um mínimo de patrimônio material ao ser humano, e a proteção de um direito social mínimo ao indivíduo, como ser integrante de uma sociedade minimamente civilizada, o direito à moradia deve ser o principal e mais importante desses direitos.

A consagração do instituto do mínimo existencial passa pela observância obrigatória da proteção ao direito à moradia e acesso a sua aquisição e manutenção.

As políticas de Estado voltadas ao atendimento dos direitos sociais e consagração e proteção aos direitos da pessoa humana deve trilhar pelo caminho da essência da proteção e o respeito à moradia do indivíduo, pois é ela o porto de sustentação da própria sociedade.

O art. 226 da Constituição Federal de 88¹¹, cabeça do artigo, menciona que a família é a base da sociedade, e deve ter uma especial proteção do Estado. Nota-se uma vez mais que o constituinte traça todo um perfil, ao longo de todo texto constitucional, à formação de um Estado e de uma Nação que tem como pilar de proteção do indivíduo a consagração e a imposição de oferecimento de direitos sociais mínimos inegociáveis, não sujeitos à disposição em contrário, de amplo aspecto social.

Dentro desse contexto tem por definição constitucional a família como foco central, de especial proteção pelo legislador constitucional, ao mencionar que a família é a base da sociedade.

¹¹ *Constituição Federal de 1988 - Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

Sabendo que a sociedade é o próprio Estado, pois sem sociedade não há Estado, e sendo à família a base da sociedade, podemos concluir que sem família não há existência do Estado.

Dentro do contexto constitucional, de proteção à família, temos que a proteção e consagração ao direito à moradia é elemento essencial de proteção à família. Quando falamos em família a primeira imagem que surge em nosso subconsciente é a figura de um imóvel residencial que abriga aqueles indivíduos que os servem de habitação, proteção, descanso e que lhe confere uma identidade social.

Desta forma podemos facilmente concluir que a proteção à moradia, em todas as suas concepções, como direito fundamental social e como princípio de consagração dos direitos humanos, é a proteção e consagração do próprio Estado.

A proteção do Estado ao direito à moradia, ou ao bem de família (Lei Federal n.º 8.009/1990) como sendo um direito fundamental, deixa de ser, genericamente um mero objetivo futuro, mas sim de observância e atuação imediata do Estado que, através de políticas públicas efetiva e prestacional, deve assegurar a proteção e a os meios necessários para aquisição da moradia.

No âmbito do Direito internacional, como já mencionado, o direito à moradia tem o mesmo status de essencialidade a dignificação da pessoa humana. O Pacto de São José da Costa Rica prevê em seu art. 26 a menção da moradia como direito fundamental do cidadão, o art. 25.1 da Declaração de Universal de Direitos Humanos e ainda o art. 11.1 Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos e Sociais, mencionam ser dever dos Estados a proteção do direito à moradia como forma de consagração da dignificação da pessoa humana, em verdadeiro direito essencial e indispensável.

Com base nessas normas de Direito internacional os países que são signatários, dentre eles o Brasil, são alvos de jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH com sede na Costa Rica.

O Tribunal da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem uma série de julgados que tratam da matéria e da importância e do status do direito à moradia para a consagração da dignidade da pessoa humana e da sua essencialidade. No julgamento do caso posto a apreciação *Yarce y Outros vs. Estado da Colômbia*, julgado em 22 de novembro de 2016, a CIDH ao analisar um caso de expropriação indevida da habitação familiar em razão de um ato do Poder Público que, mediante um decreto que suspendia direitos fundamentais do cidadão, sob o

fundamento de combater um estado de violência generalizada existente nos anos 2001 e 2002 em uma região específica do país colombiano.

No julgado mencionado a corte internacional menciona que a moradia e a habitação da família é o mais basilar dos direitos fundamentais do ser humano, sendo dever dos Estados signatários das normas internacionais acima mencionadas, a proteção da moradia familiar bem como a facilitação de acesso a mesma. Menciona ainda da diferenciação entre os conceitos e finalidades de direito à moradia e do direito de propriedade, distintos e com finalidade diversa face aos direitos fundamentais.

O Estado Colombiano foi condenado a restituir os bens imóvel residenciais das famílias expropriadas, e em caso de perda ou deterioração, o dever de reconstrução e reparação de danos. Integra da sentença <http://bit.ly/2j0Ykb1>

A Constituição do Brasil, o art. 5.º, §1.º¹², menciona a aplicação das normas que regulam os direitos fundamentais individuais e coletivos são de aplicação e eficácia imediata.

Quando a Constituição Federal menciona em seu art. 3.º, inciso III que constitui objetivo fundamental do Estado brasileiro, da Nação que nascia, era *a erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*, não há como se atingir esses objetivos fundamentais sem garantir um conjunto mínimo de direitos sociais que possa permitir ao indivíduo um padrão minimamente digno de existência e de desenvolvimento humano e social.

Nunca podemos perder o norte de que a Constituição Federal de 1988 tem como linha de instrução e fundamento central a defesa, proteção e desenvolvimento dos direitos fundamentais, sociais individuais e coletivos, instituindo assim uma República Humana, Social Democrática.

Toda política de governo, ou mesmo legislações que contrariam, relativizam e fragmenta essa concepção central de Estado está em total desacordo, desalinhada com a Constituição Federal, e deve ser condenada a ineficácia da inconstitucionalidade.

Mesmo no aspecto econômico, art. 170, da CF\88¹³ a atividade econômica tem como estrutura principiologica o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, como iremos tratar mais adiante na presente obra.

¹² - Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹³ Constituição Federal de 1988 - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Como já mencionado os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são direitos não sujeitos à disposição, renúncia e são imprescritíveis dentro desse contexto que se situa o direito à moradia.

Assim como a Constituição de 88 menciona em seu art. 5.º, inciso X¹⁴ que os direitos da personalidade tais como a honra, a imagem, a vida privada, são invioláveis, o mesmo diploma constitucional menciona logo em seguida, no seu inciso XI¹⁵, que a casa é asilo inviolável indivíduo, nela ninguém podendo penetrar sem o consentimento do morador.

A moradia, ou direito fundamental à moradia, faz parte conjuntamente com demais direitos sociais, consagrados no art. 6.º, da CF¹⁶, como aqueles direitos materiais e imateriais mínimos a serem ofertados ou oportunizados pelo Estado ao indivíduo como forma de lhe proporcionar uma existência dignificante, em consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade e o da erradicação da pobreza e da marginalização.

1.3 Da Aplicação da Teoria do Mínimo Existencial como Forma de Consagração do Princípio Constitucional da Proteção ao Bem De Família

A teoria do mínimo existencial vem a ser a teoria pela qual visa proteger e resguardar ao indivíduo um mínimo de patrimônio material para que lhe possa ser preservado as condições mínimas de sobrevivência digna a si e a sua família.

Nesse sentido, já como finalidade do instituto do mínimo necessário, leciona Ana Paula Barcelos, vejamos;

As pessoas devem ter condições dignas de existência, aí se incluindo a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade, aspecto que mais diretamente interessa a este estudo; não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do

¹⁴ Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁵ Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

¹⁶ Constituição Federal de 1988 - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina. Ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político. (BARCELOS, 2002, p.35)

Ainda sobre conceito e finalidade do instituto do mínimo existencial ou mínimo vital digno a ser preservado e oferecido em padrão de excelência, leciona Ricardo Lobo Torres;

Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 2004, p. 27)

A Organização das Nações Unidas – ONU, no tratado internacional da Declaração dos Direitos Humanos editada no ano de 1948, em seu art. 25,¹⁷ prevê a existência de uma relação de direitos sociais mínimos que devem ser observados e implementados pelas Nações signatárias, como forma de visão prioritária nas políticas de gestão de Estado, visando a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, vejamos;

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948)

A Constituição de 1988, em seu art. 6.º, menciona e relaciona um conjunto de direitos definidos como direitos sociais, dentre os quais menciona o direito à saúde, educação,

¹⁷ *Declaração dos Direitos Humanos de 1948 – ONU - Artigo 25º 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade; 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.*

segurança, proteção a maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados e à moradia.

Nota-se que se trata de rol de direitos mínimos e elementares a serem garantidos e protegidos pelo Estado ao indivíduo como condição de proporcionar-lhe uma condição minimamente digna de vida.

Podemos conceituar esses direitos sociais como sendo os direitos mínimo elementar a ser alcançado pelo indivíduo como um mínimo existencial e uma consagração aos seus direitos de personalidade.

Os direitos da personalidade não se restringem unicamente aqueles atributos inerentes a pessoa enquanto ser humano, mais se materializam em bens materiais e prestação positiva do Estado visando a consagração desses direitos da personalidade.

Os direitos sociais mencionados no art. 6º da CF são expressões realistas e material da consagração dos direitos da personalidade.

Menciona o constitucionalista José Afonso da Silva – 2019, quanto a conceituação dos direitos sociais definidos na Constituição de 1988, como direitos elementares, básicos do homem, vejamos;

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas prestadas pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2019, p. 46)

No mesmo sentido temos a doutrina de Alexandre de Moraes, 2006, ao mencionar que os direitos sociais definidos no art. 6.º da CF\88¹⁸ são verdadeiros fundamentos e objetivos do Estado democrático, definidos no art. 1º, inciso IV da CF/88¹⁹, vejamos;

Os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tem como finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são

¹⁸ *Constituição Federal de 1988 - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

¹⁹ *Constituição Federal de 1988 - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

consagrados como fundamento do Estado democrático, pelo art. 1.º, inciso IV, da Constituição Federal (MORÃES, 2006, p. 121)

A ideia de um mínimo vital, por estar interligado aos princípios e valores da República, art. 1.º, inciso III ²⁰ e art. 3.º, inciso III ²¹, ambos da CF\88, é uma política pública de Estado, e não de governo, devendo estar obrigatoriamente, independentemente do sistema econômico a ser adotado por determinado governo, que seja respeitado e expandido o ideário da preservação de um acervo de direitos materiais ao indivíduo, nesse sentido é a doutrina de Vidal Serrano Nunes Junior, ao mencionar a ideia do mínimo necessário;

A ideia do mínimo vital aponta para que a opção de forma de organização socioeconômica pode variar, mas, qualquer que seja a opção esposada, deve ela estar comprometida, em primeiro lugar, com a preservação da dignidade matéria de todas as pessoas. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 172)

E continua, Vidal Serrano, a sua explanação sobre a figura do instituto no mínimo necessário ou existencial que é amplamente consagrado pela CF\88 e espalhada por todo o seu corpo normativo, vejamos;

“A Constituição brasileira hospedou claramente essa perspectiva de um standard social mínimo incondicional, revelando tal opção em várias passagens do seu texto.” (NUNES JUNIOR, 2009, p. 172).

Os direitos sociais definidos pelo art. 6.º da CF\88 foi consagrado pela Constituição como sendo os direitos materiais mínimos a ser alcançado pelo indivíduo como sendo aqueles que proporcionam condições elementares para a uma subsistência minimamente dignificante enquanto ser humano.

Como pode ser facilmente visualizado no rol constitucional do art. 6.º da CF/88, o direito à moradia é o único direito previsto materialmente palpável, corpóreo e que muitas das vezes não representam uma prestação positiva do Estado, não diretamente, mas muitas das vezes indiretamente através de políticas públicas de incentivos fiscais e subsídios em financiamentos da moradia própria como ocorre no Sistema Financeiro de Habitação.

²⁰ Constituição Federal de 1988 - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana;

²¹ Constituição Federal de 1988 - Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

O direito à moradia além de fazer parte do rol de direitos sociais fundamentais, pertencente ao rol de um mínimo existencial a ser protegido e reconhecido pelo Estado, e desta forma pertencente aos direitos da personalidade, é o dos mais importantes dos direitos sociais, é o mais dos mais importante dos direitos da personalidade, é o mais dos mais importante dos direitos fundamentais, e por fim, é o mais dos mais importante dos direitos dentre o pacote dos direitos existenciais mínimo e serem protegidos pelo Estado.

Pergunto, do que vale ao indivíduo ter serviços de educação, sem um abrigo ao final do dia, do que vale ao indivíduo ter um médico e um hospital a sua disposição 24 horas por dia sem ter uma moradia para se abrigar a si e a sua família. Do que vale a proteção intensiva da vida e da honra, respeitabilidade de um indivíduo, se ele não tem para aonde voltar após um dia de trabalho.

Do que vale a vida sem um endereço de moradia, sem o lugar de fixo de repouso, proteção e convivência social.

É preferível que o indivíduo não tenha saúde, nem educação, nem segurança, não ter trabalho, não ter honra e respeitabilidade, mas à moradia é fundamental, o ser humano consegue viver sem qualquer um dos direitos sociais com o mínimo de dignidade, exceto à moradia.

Nesse sentido menciona o professor Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior, Acesso à Moradia, quanto ao laço umbilical que a moradia tem com a concretização da dignidade da pessoa humana, e com a observância do mínimo da proteção do mínimo necessário;

“Sem moradia, não há que se falar em dignidade em vida digna, em saúde, em existência de ser vivente; não há espaço aonde a privacidade ou a intimidade sejam protegidas” (LEÃO JÚNIOR, 2014, p.23)

Segue o autor em sua obra, sobre preservação da moradia como o mínimo necessário a concretização de uma vida minimamente digna ao ser humano;

Todo ordenamento de proteger e assegurar um mínimo invulnerável, a fim de preservar e respeitar a dignidade da pessoa humana. Na proteção dos direitos sociais, em especial do direito à moradia, deve-se assegurar e preservar o mínimo vital, de forma a proporcionar a existência do ser como pessoa, com vida digna. (ARÊA JÚNIOR, 2014, p.24)

Ingo Wolfgang Sarlet, menciona o tratamento dado nos dias atuais pela doutrina ao direito à moradia como um direito fundamental autônomo e integrante aqueles direitos da personalidade, bem como sua distinção ao conceito de direito de propriedade, vejamos;

Hoje, contudo, não há mais dúvidas de que o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, e de forte conteúdo existencial, considerado por alguns, até mesmo um direito de personalidade (pelo menos naquilo que é vinculado a dignidade da pessoa humana e às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade), não se confundindo o do direito à (e de) propriedade, já que se trata de direitos distintos. (SARLET, 2017, p. 642)

Não há dignidade humana sem moradia.

Até os mortos precisam de um teto aonde são abrigados seus ossos, quem dirá um ser humano, ou mesmo qualquer ser vivo.

Como instrumento legal específico a esse direito fundamental e da personalidade temos alguns dispositivos legais, como legislações gerais, tais como no art.(s) 1.711²² a 1.721, da Lei Federal n.º 10.406/2002 - Código Civil, que trata do ato jurídico voluntário de instituir um acervo patrimonial inviolável, denominado bem de família, mas, talvez, o que mais poderíamos citar com segurança como sendo aquela legislação específica, que regulamenta a especial proteção conferida pelo art.(s) 1.º, inciso III, 3.º, inciso III, 6.º, 225,²³ 229,²⁴ 230,²⁵ ambos da Constituição Federal, do direito à moradia, como sendo um extensão necessária e inseparável do direito fundamental ao respeito à dignidade da pessoa humana através da moradia é extraído da Lei Federal n.º 8.009/1990, que textualmente foi denominada como sendo Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família.

A referida legislação especial tem como finalidade a proteção desse mais caro e valioso bem da personalidade, esse preciso bem fundamental, à moradia, e como um todo acaba por regulamentar os textos constitucionais que trazem especial proteção ao direito à moradia, a família e as pessoas vulneráveis.

Iremos trabalhar e mencionar, bem como penetrar no mundo e no espírito dessa legislação ao longo desse trabalho literário, para demonstrar a sua importância como norma

²² Código Civil brasileiro - Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

²³ Constituição Federal de 1988 - Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²⁴ Constituição Federal de 1988 - Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

²⁵ Constituição Federal de 1988 - Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

regulamentadora dos textos constitucionais acima mencionados, bem como defendê-la de mitigações, lapidações indevidas, relativizações que a enfraquecem, ofendendo assim a legislação constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana.

Defender o direito à moradia, que não se confunde com o direito de propriedade, como acima mencionado, revelasse um ato de defesa da Constituição e seus valores, bem como a defesa da dignidade da pessoa humana.

Dentro desse contexto, a proteção e a defesa da moradia digna encontrasse agasalhada sobre o manto do instituto constitucional do mínimo necessário ou vital, como sendo aquele direito mínimo ao patrimônio material mínimo que deve ser protegido, amparado de intemperes e consagrado pelo Estado através de políticas públicas específicas para esse fim.

Como já mencionado, os direitos da personalidade, como direitos fundamentais, no qual se insere o direito à moradia, são bens de cunho especial, em razão disso sofrem limitação de disponibilidade ao seu titular, porque mais que proteger o indivíduo tais direitos visam a proteção de toda a sociedade, e da observância dos princípios de desenvolvimento do próprio Estado em sua essência.

O direito fundamental à moradia, quando alcançado, quando inserido dentro do cesto do mínimo necessário, se torna inalienável, indisponível, imprescritível, irrenunciável, direito subjetivo não sujeito à atos de disposição, vulneração, relativização, interpretações que lhe retiram a força normativa protetiva, em razão dos valores que visam proteger, que repita, vai além do interesse individual de seu titular, mas visa a proteção de toda sociedade, e de uma política de Estado e de Nação, art. 1.º, inciso III, art. 3.º, inciso III, e art. 6.º, ambos da Constituição Federal.

1.4 Do Controle Constitucional da Lei Orçamentaria da Discricionariedade do Manejo Orçamentário e da Observância das Prioridades Constitucionais

A efetividade da implementação e proteção aos direitos sociais e fundamentais passa necessariamente por políticas de Estado, seja essas políticas através de prestações ativas prestacionais ou mesmo por incentivos indiretos e fomento a efetivação desses direitos, fornecidos pelo diretamente pelo Estado ou por terceiro delegado a prestação.

A efetivação dos direitos sociais, a garantia do direito mínimo do patrimônio mínimo passa necessariamente, mas nem sempre, pela disponibilidade de recursos financeiros a efetiva materialização desses objetivos.

Como já mencionado esses direitos sociais mínimo, sendo à moradia, a nosso ver, o mais essencial deles, são imposições da Constituição Federal ao Estado, e estão fora prateleira da discricionariedade dos gestores públicos.

Nesse sentido menciona Vidal Serrano Nunes Junior, quanto aos direitos sociais, e sua observância e efetivação;

Todavia, quando contemplamos a estrutura do art. 205, c.c o art. 208da nossa Lei Maior, consta-se, sem rebuços, que a estrutura normativa ali existente é notoriamente diferente daquela utilizada no exemplo antes referido. Neste caso, a Constituição delimita, em tintas forte, o propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva, imediatamente usufruível. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 123)

O instrumento que reflete essa atuação financeira e de recursos do Estado na concretização dos direitos sociais e do mínimo existencial está na Lei orçamentária dos entes da federação. É através da Lei orçamentária em que são definidos o encaminhamento dos recursos públicos, sua alocação, seu direcionamento.

Sabe-se que os recursos públicos, frutos da arrecadação tributária vinda da própria população, são finitos, limitados, por isso que a concretização de um Estado social e a concretização dos direitos sociais são alcançados diariamente, anualmente.

Entretanto podemos constatar que o Brasil há décadas vem enfrentando sérias dificuldades para alcançar resultados efetivos e satisfatórios nas áreas de concretização dos direitos sociais, e isso passa diretamente pela inobservância dos critérios de prioridade nos gastos dos recursos públicos, em patente inobservância dos comandos constitucionais, e ainda da ineficiência e má gestão dos recursos aplicados nas referidas áreas.

Sabe-se, por exemplo, que os gastos públicos com a educação superior no Brasil, custeado pelo União, são elevados, o grau de investimento realizado pelo Brasil na educação superior, em especial nas Universidades Federais, como média do PIB, é maior que a média investido por países desenvolvidos, mas os resultados são absolutamente decepcionantes, a despeito de prêmios e reconhecimento internacional na área da educação e da ciência (fonte: <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/percentual-do-pib-brasileiro-dedicado-educacao-maior-do-que-em-paises-desenvolvidos-22858629>).

Desta forma, podemos constatar, de forma superficial, que um dos grandes problemas na ineficiência do Estado em garantir a concretização e a efetivação dos direitos sociais e ao patrimônio mínimo se sustenta e dois pilares; o alocamento irregular e inadequado dos recursos

públicos dentro da Lei orçamentária e da má gestão da administração dos recursos públicos, isso sem citar a corrupção.

Iremos nos atentar na Lei orçamentaria, instrumento legal, elaborado pelo Poder Executivo e aprovado pelo Poder Legislativo que tem como finalidade a realização do inventário de gastos e investimentos públicos no exercício financeiro do ano subsequente.

Como já mencionado a Constituição Federal traz um rol de prioridades a serem observado e atendido na elaboração do orçamento público.

Esse rol de prioridades está expressamente previsto no art. 6.º da CF\88, o rol de direitos sociais nos quais o Estado deve garantir direta e ou indiretamente a população, dentro os quais o direito à moradia.

Menciona Nunes Junior que a política de observância dos direitos sociais, dentre eles o direito à moradia e direito de acesso à moradia, é uma escola de Estado, e não política de governo;

Assim, independentemente de quem esteja gerindo o Estado ou do partido que possua a maioria legislativa, tais direitos devem ser observados, possuindo inclusive, justiciabilidade.

(...)

São temas que a Constituição quis colocar acima das variações administrativas, partidárias e políticas, sendo certo que instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública, e o Judiciário, quando provocados, devem garantir a sua aplicação. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 123)

Como também já mencionado nos capítulos anteriores a efetivação ao direito social à moradia dar-se-á com uma atuação ativa prestacional do Estado, mas também, de igual importância, por políticas públicas de proteção e guarda da moradia através de amparo legal.

A Lei orçamentária dos entes federativos devem estar em consonância com as prioridades definidas pela Constituição, pois sua observação é obrigatória, sob pena de estar eivada de inconstitucionalidade, ilegalidade e desta forma está sujeita a correções por parte do Poder Judiciário.

O poder de discricionariedade do chefe do Poder Executivo para elaborar e alocar recursos as atividades da administração pública não são absolutas, como qualquer dos seus atos, e como, pelo princípio da legalidade administrativa sua atuação pública deve estar estritamente ligada as condutas que Lei permite.

Desta forma a observação da Constituição Federal na efetivação dos direitos sociais não é mera questão de disponibilidade orçamentária e ou de discricionariedade, mas sim de prioridades definidas pela Constituição Federal.

A discricionariedade do administrador público para o manejo livre do orçamento está no atendimento, em primeiro lugar, do oferecimento adequado e satisfatório dos direitos sociais. Veja quando mencionamos serviços adequados e satisfatórios não estamos a dizer que seja a primazia da qualidade, mas ao menos na satisfação mínima que garanta uma vida minimamente digna ao cidadão, dentro do parâmetro balizado e definido pela própria Constituição Federal.

Nesse sentido mencionamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 267.612-RS²⁶, de Rel. Ministro Celso de Mello, no

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – RE 267.612/RS – Min. Rel. Celso de Mello – Dje: 23/08/200 - PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular- e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República (.....) Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Todas essas considerações - que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal local - levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no exame da matéria (RE 236.200-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 247.900-RS, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - RE 264.269-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.): "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o

qual fora binômio orçamento público e sua indisponibilidade, e o atendimento a um direito social consagrado na Constituição, no caso ao fornecimento de medicamento essencial a sobrevivência do indivíduo sem recursos financeiros para custeá-los. A Suprema corte entendeu que não pode o Estado alegar falta de recursos financeiros e orçamentários para atendimento de direito social mínimo, patrimônio mínimo, consagrado pela Constituição, ante a falta de planejamento e inobservância aos critérios de prioridade no desenvolvimento do orçamento público.

Mencionamos abaixo trecho do acórdão proferido, vejamos;

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbendo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas -preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta,

Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República."(RE 271.286-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando os precedentes mencionados, não conheço do presente recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 02 de agosto de 2000. Ministro CELSO DE MELLO Relator

portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. (RE 267.612-RS – Rel. Min. Celso de Mello – DJu 23/08/2000)

Desta forma, como verificado, a observação das normas constitucionais de serviços sociais a serem prestados pelo Estado é direito subjetivo indisponível e de observância obrigatório aos gestores públicos, não podendo, a justificativa de insuficiência orçamentária, deixar de dar efetividade as prioridades escolhidas previamente pela CF\88.

Como bem menciona, uma vez mais, Nunes Junior, a respeito da discricionariedade na alocação orçamentária a satisfazer as previas escolhas feitas pela CF/88 nos gastos públicos;

Destarte, imperiosa conclusão de que os agentes dos órgãos envolvidos na elaboração do orçamento – chefias do executivo e órgãos legislativos – estão adstritos à observância de todas as normas constitucionais, de tal modo que ante ao comando que confira ao cidadão um direito público subjetivo, que, deste modo, passa a integrar o seu patrimônio jurídico, não existe liberdade de conformação legislativa, mesmo em termos orçamentários, ficando, pois, referida peça legal obrigada à previsão de verbas suficientes à realização dos custos derivados do respeito aos direitos consagrados em nossa Lei Maior. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 180/181)

Planando de vez o assunto, uma vez mais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 436.996/SP²⁷, de Rel. Min. Celso de Mello, assentou que direitos

²⁷ BRASIL. STF. RE n.º 436.996 – Min. Relator Celso de Mello – DJU: 7/11/2005. CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a esta assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2005. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

sociais subjetivos definidos na Constituição Federal previsto no art. 6.º da CF/88 não estão sujeitos a conjecturas pragmáticas da administração pública e estão fora da área de atuação da discricionariedade, sua observação é obrigatória com base nas escolhas feitas pela própria CF/88, não cabendo ao gestor público fazer qualquer juízo de valor sobre a importância ou prioridade das mesmas.

Menciona o acórdão da Suprema Corte sobre a matéria aqui mencionada;

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (STF - RE 436.996, DJU 7/11/2005)

Sendo assim a Lei orçamentária deve sempre estar sob vigilância de todos, e em caso de inobservância das prioridades constitucionais devem ser questionadas através de ações de controle de constitucionalidades definidas na legislação constitucional, art. 102, inciso I, alínea a), e inciso III, alíneas a), b), c), e d), e infraconstitucional, Lei Federal n.º 9.868/1999, pelo denominado controle concentrado de constitucionalidade.

Pode ainda ser questionada a constitucionalidade da Lei orçamentária, por ferir legislação constitucional, via controle difuso, por qualquer cidadão em plena capacidade processual, em razão do necessário controle e fiscalização das atividades da administração pública em observância aos preceitos contidos no art. 37, via ação declaratória de

inconstitucionalidade, pelo mesmo fundamento legal do art. 102, inciso I, alínea a) da Constituição Federal.

Menciona o Supremo Tribunal Federal no RE n.º 436.996, quanto a atuação do Poder Judiciário frente a legislação orçamentária que não prioriza as escolhas preferenciais feitas pela CF/88;

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) (STF - RE 436.996, DJU 7/11/2005)

O entendimento atual da Suprema Corte assenta pela possibilidade do controle de constitucionalidade das Leis orçamentárias, iniciando esse entendimento com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2.925-DF²⁸ proferida em 19/12/2003, em

²⁸ BRASIL. STF. ADI n.º 2.925/DF – Min. Rel. Ellen Graice – DJU 19/12/2003 - *Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro*

controle concentrado de constitucionalidade, ao superando sua antiga e ultrapassada jurisprudência, analisou a conformidade da Lei orçamentária que abriria crédito suplementar aos gastos do executivo federal.

Posteriormente, em nova análise do tema o Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento ADI 4.048 MC/DF²⁹, Relator Ministro Gilmar Mendes, em 14 de maio de 2008, em nova análise da Lei orçamentária do executivo federal, face aos comandos normativos da CF/88, em matéria de crédito extraordinário, assim mencionou;

de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas a, b e c do inciso II do citado parágrafo. Decisão O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, vencida a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, que não a conhecia. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Quanto ao mérito da questão, o julgamento foi adiado. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pela requerente o Dr. Luiz Alberto Bettiol. Plenário, 11.12.2003. O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação, para dar interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumeradas no artigo 177, § 4º, inciso II, alíneas a, b e c, da Carta Federal, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Março Aurélio. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 19.12.2003.

²⁹ BRASIL. STF. ADI 4.048 MC/DF – Min. Rel. Gilmar Mendes – DJU 14/05/2008 - EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.(ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008.

O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (STF - ADI 4048 MC/DF. Min. Rel. Gilmar Mendes. DJU 14/05/2008)

Por fim, mais recentemente, no julgamento da ADI 5.449-MC³⁰, o plenário do STF, consolidou seu entendimento na possibilidade da realização do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, em especial no controle ao respeito da observância ao custeio prioritário dos direitos sociais a ser disponibilizado à população como critério de absoluta prioridade e de direito subjetivo inalienável.

Menciona inicialmente o referido acórdão, sobre o cabimento de controle de constitucionalidade da legislação orçamentária, essa de âmbito estadual, vejamos;

Tem plena razão a postulante quando pondera não persistir mais discepção, na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, a respeito da viabilidade de submeter leis orçamentárias a processos concentrados de fiscalização de constitucionalidade, quando diplomas dessa espécie veiculem ato de aplicação primária da Constituição Federal. Isto ficou expressamente definido nos

³⁰ BRASIL. STF. ADI n.º 5.449-MC. Min. Rel. Teori Zavascki. DJe: 22/04/2016 - REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.449 RORAIMA RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI REQTE.(S) :GOVERNADORA DO ESTADO DE RORAIMA PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA INTDO.(A/S) :ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RORAIMA PROC.(A/S)(ES) :HELDER FIGUEIREDO PEREIRA E OUTRO(A/S) AM. CURIAE.: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RORAIMA PROC.(A/S)(ES) :LUCIANO DE ARAÚJO FERRAZ EMENTA: CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. ART. 50, DA LEI 1.005/15, DO ESTADO DE RORAIMA. FIXAÇÃO DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS LOCAIS PARA O EXERCÍCIO DE 2016. MODIFICAÇÃO DOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO. SUPERAÇÃO DO TETO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO FEDERAL, NESTE ÚLTIMO CASO. PLAUSÍVEL USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 169, DA CF). RISCO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO LOCAL COM A VIGÊNCIA DA NORMA. CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Leis orçamentárias que materializem atos de aplicação primária da Constituição Federal podem ser submetidas a controle de constitucionalidade em processos objetivos. Precedentes.
2. A incompatibilidade entre os termos do dispositivo impugnado e os padrões da lei de responsabilidade fiscal (Lei Federal Complementar 101/00) não se resume a uma crise de legalidade. Traduz, em verdade, um problema de envergadura maior, a envolver a indevida apropriação de competências da União, em especial a de conceber limites de despesas com pessoal ativo e inativo (art. 169, caput, da CF), controvérsia que comporta solução na via da ação direta de inconstitucionalidade.
3. Os limites traçados pela lei de responsabilidade para os gastos com pessoal ativo e inativo nos Estados, Distrito Federal e Municípios valem como referência nacional a ser respeitada por todos os entes federativos, que ficam incontornavelmente vinculados aos parâmetros máximos de valor nela previstos.
4. Ao contemplar um limite de gastos mais generoso para o Poder Legislativo local, o dispositivo impugnado se indispõe abertamente com os parâmetros normativos da lei de responsabilidade fiscal, e com isso, se sobrepõe à autoridade da União para dispor no tema, pelo que fica caracterizada a lesão ao art. 169, caput, da CF.
5. Liminar referendada pelo Plenário para suspender, com efeitos "ex nunc" (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99, até o julgamento final desta ação, a eficácia da expressão "Poder Legislativo 4,5%", do art. 50 da Lei estadual 1.005/2015.

acórdãos das medidas cautelares das ADI's 4048, Rel. Min. GILMAR MENDES; e 3949, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 7/8/09; e funcionou como pressuposto para a concessão monocrática de liminares em outros casos, tais como as ADI's 5381, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 1º/12/15; e 4663, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 31/1/12. Vale consignar, inclusive, que estas últimas ações diretas tinham por objeto leis de diretrizes orçamentárias estaduais, tal como sucede na espécie. Portanto, o perfil orçamentário da norma em causa não representa qualquer impedimento ao conhecimento da ação. (ADI n.º 5.449-MC, DJe: 10/03/2016)

Não resta dúvidas de que para a efetiva implementação das políticas públicas sociais, em especial dos direitos sociais mínimos definidos pela Constituição Federal de 1988, e por ela escolhida como política pública prioritária a ser custeada pelo orçamento público, a atuação do Poder Judiciário como poder do Estado que tem como função institucional o poder \ dever de aplicar a Lei e fazer respeitar os comandos constitucionais, tem um papel de fundamental relevância.

A observância da Lei orçamentária aos preceitos constitucionais de custeio dos serviços e bens sociais mínimos é dever do agente público no momento de sua elaboração, podendo e devendo o Poder Judiciário, como aquele que tem como papel aplicar a Lei ao caso concreto, consertar eventuais desvios de finalidade existente nas leis orçamentárias, fazendo com que a mesma esteja conectada aos deveres impostos pela Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade pode e deve ser exercido pelo Poder Judiciário sobre as leis orçamentárias, seja pelo controle difuso, exercida pelos juízes e tribunais de base, sendo legitimado qualquer cidadão no exercício da fiscalização do interesse público através de ações próprias, pelo Ministério Público, pelas entidades de representação social, bem como pelo controle concentrado de constitucionalidade definidos pelo art. 103, da CF, através de seus legitimados, quando do questionamento da Lei orçamentária anual da União Federal.

CAPÍTULO 2 DA PROTEÇÃO DA HABITAÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A habitação familiar tem especial proteção na Constituição Federal de 1988, em especial na aquela exposta no art. 6.º, no qual define o direito à moradia como direito social fundamental a ser promovido pelo Estado ao indivíduo e as famílias.

2.1 Da Origem a Proteção ao Bem De Família

A defesa do núcleo íntimo familiar é a base fundamental para a proteção e subsistência da própria família, base da sociedade, entidade constitucionalmente protegida, ou seja, para a Constituição de 1988, a proteção da moradia familiar é a proteção da própria família que dela necessita e que dela se sustenta.

Desde os tempos primitivos o abrigo familiar tinha como finalidade não somente a proteção dos fatores climáticos e local de repouso e descanso dos indivíduos da família, mas também dos perigos de ataques de predadores, saqueadores, violentadores, ladrões, dentre outros perigos.

Com o passar dos tempos a casa se torna o local sagrado aonde povos velam seus familiares após a morte, enterram seus mortos, cultuam seus deuses. O imóvel familiar torna-se a extensão do próprio corpo, da personalidade dos indivíduos, sua identidade social face a coletividade.

A ausência do ambiente físico do abrigo a entidade familiar causa a dispersão dos seus membros, a desunião, e conseqüentemente o esfacelamento da entidade familiar, o que vai de confronto com nossas normativas constitucionais atuais.

O instituto jurídico do bem de família, estruturado como temos e vivenciamos hoje, tem sua origem nos meados do século IXX, mais precisamente no ano de 1836, na então República do Texas, hoje ente federado que forma Estados Unidos da América.

Devido a uma forte crise econômica vivida na época pelos Estados Unidos da América, e da necessidade de povoar as regiões ao oeste da federação, o governo central passou a realizar doações de terras a camponeses e migrantes que desejassem se estabelecer na região.

Visando incentivar a permanência dos novos moradores e donatários na região os mesmos não poderiam alienar o imóvel recebido em doação pelo prazo mínimo de cinco anos, tempo esse entendido como período mínimo para uma efetiva adaptação ao local.

Desta forma, durante o período de indisponibilidade tal imóvel era considerado pela lei impenhorável, além de inalienável. (MALUF, 2013, p.715).

Com o agravamento da crise econômica da época e em razão do receio que os novos moradores da região viessem a perder suas moradias em razão de dívidas contraídas, o governo local expandiu a abrangência da Lei do *homestead*, ao instituir a impenhorabilidade de bens imóveis de até 50 acres, e bem como de imóveis urbanos cujo o valor dos lotes não ultrapassassem 500 dólares, imóveis esses habitados por famílias, e moradores da República do Texas.

A Constituição do Texas de 1836, instituiu o instituto jurídico denominado “*homestead*”, aonde, nas palavras de AZEVEDO (2002, p.24), *homestead* é a proteção da pequena propriedade rural, ocupada e possuída pela família, impenhorável, inalienável, conforme estatuído na lei.

Com o passar do tempo essa legislação de proteção da moradia familiar, o do patrimônio mínimo familiar, foi sendo replicado em outros Estados da federação americana, e se tornaria ao longo dos anos uma política nacional, sendo considerado um dos fundamentos da política pública social americana.

No ano de 1862 a Lei do *homestead* se torna uma legislação de âmbito federal nos Estados Unidos da América.

Semelhantemente como ocorre com a nossa legislação atual, seja na legislação do bem de família voluntário ou legal, o conceito de proteção trazido pelo instituto do *homestead* era a impenhorabilidade do imóvel, bem como dos móveis que guarneciam o imóvel do indivíduo.

Após a sua consolidação no ordenamento jurídico nacional americano o instituto do *homestead*, conforme menciona MALUF e MALUF (2013, p. 716), expandiu-se para diversos países, tais como Alemanha, Itália, França, Espanha, Portugal, e chegando ao Brasil, aonde foi introduzido no Código Civil brasileiro de 1916, denominado bem de família.

No Brasil, anteriormente ao Código Civil de 1916, a primeira norma legal específica a matéria foi o regulamento 137 de 25 de novembro de 1850, com a instituição da República, e redefinição de bens públicos e privados, tratava da impenhorabilidade de alguns bens específicos do devedor que não eram sujeitos a penhora, mais ainda não mencionava, especificamente, sobre o bem de família, o imóvel familiar.

As propostas que eram postas a apreciação para instituição legal de afetação do bem imóvel do cidadão e de sua família à proteção contra suas dívidas sempre encontrava resistência em razão de proteção aos interesses dos credores, fruto de uma sociedade altamente patrimonialista, individualista e de castas sociais.

Somente com o projeto de Lei do Código Civil de 1916, em análise do projeto de Lei no Senado Federal, através de uma emenda sugerida pelo então relator do projeto na casa legislativa, Senador Feliciano Penna, fora introduzido quatro artigos de Lei no Código Civil de Clovis Beviláqua, que inseriu e regulamento o *homestead* no ordenamento jurídico brasileiro, inserido no livro dos bens, através dos art. 70 a 73³¹ do códex revogado.

³¹ BRASIL – Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. Art. 70. *É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio. Parágrafo único. Essa isenção durará*

A então Lei Federal n.º 3.701/1916, em seu art. 70 a 73, cria o primeiro instituto legal do bem de família no Brasil, aonde com especial atenção fora lhe atribuído um capítulo próprio, revelando a sua importância a proteção ao bem de família desde então.

O capítulo V, do Livro II, da parte Geral do Código Civil brasileiro de 1916, regulamentou o primeiro instituto do bem de família, que protegia um único bem imóvel da família, aquele que abrigava o chefe da família e seus familiares.

A Lei falava em instituição por parte do interessado, o que exigia a sua instituição por escritura pública registrado no cartório de imóveis, tal como exigido legalmente até nos dias atuais.

Tratava-se da instituição do bem de família mediante necessário ato voluntário formal do interessado, mediante escritura pública devidamente registrado no folio imobiliário.

Em que pese considerável avanço sobre o tema, a inserção no ordenamento jurídico da proteção de um patrimônio mínimo do cidadão e da família contra as intemperes de uma relação jurídica impensada ou mesmo forjada, simulada que vinha a prejudicar o indivíduo e pondo em risco a perda da moradia da família, a criação do instituto do bem de família alcançava muito pouco, o que tornava a finalidade pela qual o instituto foi criado inócuo e não atingia a necessária função social esperada.

A exigência da instituição por escritura pública e com registro da mesma junto ao cartório de imóveis, até nos dias de hoje, impõe a população mais desinformada e inculta educacionalmente, o alcance da proteção legal, imagina-se na década de 10 e nas décadas seguintes aonde a expressiva massa social vivia nas zonas rurais, sem qualquer meio de comunicação e fontes de informação.

A formalidade legal para instituição e obtenção da proteção legal tornava a legislação quase inócua e não atingia a função social que dela se esperava.

Somente após, quase oitenta anos depois, voltou-se com força as discussões de ampliação da proteção ao bem de família, agora já devidamente constitucionalizado pela Carta

enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade. Art. Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado. Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexequível em virtude de ato da instituição.

Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento público inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado.

magna de 88, consagrando no art. 226³², CF, a proteção especial do Estado à família, e a reconhecendo como base da sociedade.

Em meados da década de 1980 o Brasil entra em uma severa crise econômica, fazendo que os índices de inflação chegassem ao patamar inimaginável de 1000% ao ano, e nos anos posteriores uma forte recessão econômica. Tal realidade levou milhões de brasileiros a pobreza extrema, e o superendividamento das famílias.

Vivia-se, à época, uma insolvência generalizada, aonde as relações obrigacionais de longo e médio prazo não eram cumpridas por absoluta impossibilidade das pessoas, além da necessidade de prover a subsistência básica.

Visando conter a onda de empobrecimento e desfacelção das famílias com as crises econômicas se viu necessária uma maior proteção as famílias e a garantia de um patrimônio mínimo em respeito aos princípios constitucionais da recente promulgada Constituição Federal, em especial atenção ao bem de família, foi editada a Lei Federal n.º 8.009/1990³³ de 29 de março de 1990, sendo instituído o bem de família na modalidade \ espécie legal, em complemento ao instituto do bem de família voluntário regulamentado no art. 70 a 73, do então Código Civil de 1.916.

A nova legislação veio suprir uma falha existente na legislação exposta no Código Civil, suprimindo a exigência formal de prévia instituição, por escritura pública e registro imobiliário, para que o cidadão e sua família pudesse ter protegido o patrimônio mínimo e vital a substância da entidade familiar, a moradia.

Não era mais necessário que o chefe de família instituísse formalmente, através de escritura e registro imobiliário, o instituto do bem de família para que ele pudesse ter protegido de possível penhora o imóvel residencial da família, essa proteção agora passa a ser automática, imediata e independentemente de instituição prévia ou mesmo de eventual pedido de comprovação, que o imóvel residencial que serve de habitação do casal ou entidade familiar é impenhorável.

A ampliação do instituto do bem de família legal, ao lado do convencional, instituído pela Lei Federal n.º 8.078/1990, veio trazer luz a escuridão, e a consagração, bem como parcial regulamentação a diversos princípios constitucionais recém-nascidos a nova República, tais

³² BRASIL – Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. – Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

³³ BRASIL – Lei Federal n.º 8.009 de 29 de março de 1990. – *Lei do Bem de Família - Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.*

como os da dignidade da pessoa humana, art. (s) 1.º,³⁴ inciso III, 3.º,³⁵ inciso III, 226,³⁶ e o art. 6,³⁷ após a emenda constitucional 26/00, ambos da CF/88.

2.2 Conceito de Bem de Família

O bem de família tem um significado muito mais amplo e importante do que possa, aparentemente, aparentar. Sua importância e função social vai além do significado casa ou moradia familiar, seu local de descanso e proteção.

O bem de família, expresso na essência como significado de bem imóvel residencial, vai muito além dentro do aspecto de função social, objetivo buscado em qualquer legislação, o bem de família é a extensão da personalidade do indivíduo, da família, e outras entidades familiares, é a sua identidade social, sua individualização na sociedade, elemento indispensável a consagração da dignidade humana.

Assim como o nome, a moradia, como endereço de localização da pessoa no meio social é extensão de sua personalidade, da sua dignificação como ser humano, a sua individualização na sociedade.

A doutrina de Elias Farah, citado por MALUF; MALUF (2013, p. 724), menciona que a moradia é um dos elementos essenciais para efetivação da paz social, uma vez que ela não está relacionada unicamente com a ideia de abrigo e local de descanso e proteção, mais sim como ambiente de formação do indivíduo e de sua personalidade, pois é nesse ambiente que ele forma e desenvolve seus valores, e aprende o valor e a importância da vida em coletividade, e conhece a necessidade de respeitar as diferenças e respeito ao próximo.

Não é à toa que a Constituição Federal de 1988 menciona do seu art. 226 que a família é base da sociedade, e conseqüentemente do próprio Estado, sendo o principal instrumento de consagração, proteção e dignificação dessa importante instituição é sem dúvida a moradia abrigará essa família e conferirá a essa família seu regular e saudável desenvolvimento.

³⁴ BRASIL – Constituição da República 1988 – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana;

³⁵ BRASIL – Constituição da República 1988 – Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

³⁶ BRASIL – Constituição da República 1988 – Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³⁷ BRASIL – Constituição da República 1988 – Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Como menciona Maluf; Maluf (2013, p. 723), pode se dizer que o bem de família visa proteger um dos aspectos fundamentais da família, que é o lar.

A Lei Federal n.º 8.009/1990, bem como o art. 70 a 73, do Código Civil de 1916, atual art. 1711³⁸ a 1722, do Código Civil de 2002, agora situado no livro IV, da parte especial do código, direito de família, trazem um claro conceito sobre o que é o bem de família nas suas duas modalidades.

Enfatizando sua finalidade, Maria Elena Diniz, 2002, p. 192, conceitua o bem de família;

Um instituto originário dos Estados Unidos, que tem por escopo assegurar um lar à família ou meios para o seu sustento, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas condominiais.

³⁸ BRASIL - Código Civil Brasileiro de 2002 – Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. *Parágrafo único.* O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada. Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. Art. 1.713. Os valores mobiliários, destinados aos fins previstos no artigo antecedente, não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição. § 1º Deverão os valores mobiliários ser devidamente individualizados no instrumento de instituição do bem de família. § 2º Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família deverá constar dos respectivos livros de registro. § 3º O instituidor poderá determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários, caso em que a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito. Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis. Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. *Parágrafo único.* No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz. Art. 1.716. A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioria. Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público. Art. 1.718. Qualquer forma de liquidação da entidade administradora, a que se refere o § 3º do art. 1.713, não atingirá os valores a ela confiados, ordenando o juiz a sua transferência para outra instituição semelhante, obedecendo-se, no caso de falência, ao disposto sobre pedido de restituição. Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extinguí-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público. Art. 1.720. Salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência. *Parágrafo único.* Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor. Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família. *Parágrafo único.* Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal. Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

No mesmo sentido a doutrina de Álvaro Azevedo, 2002, p. 93, menciona e conceitua o instituto do bem de família;

“O meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”

Mais adiante menciona Azevedo (2002, p. 167), quanto ao conceito amplo do instituto do bem de família, nele englobando, não somente o previsto na Lei Federal n.º 8.009/1990, e nos art. (s) 1771 a 1722, do Código Civil de 2002, mas ainda o previsto no art. 5.º,³⁹ inciso XXVI, da CF88, no qual põe a salvo de penhora, não sujeito à execução expropriatória a pequena propriedade rural, assim define o instituto;

“Instituto pelo qual protege o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal”.

Conceituando o instituto do bem de família como sendo uma forma de afetação e destinação especial, a doutrina de Caio Mario da Silva Pereira, define o instituto legal;

A instituição do Bem de Família é uma forma de afetação dos bens, a um destino especial, que é ser a residência da família e, enquanto for será impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo prédio.

Conceituam ainda o instituto do bem de família a doutrina de Pablo Stolze Gagliano; e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 393)

O instituto do bem de família é conceituado por muitos doutrinadores e, segundo Álvaro Villaça de Azevedo, citado por Maluf, Maluf (2013, p. 720), o bem de família pode ser entendido como um patrimônio móvel ou imóvel capaz de garantir a sobrevivência familiar; dentro deste conceito pode acrescentar, conforme estabelece Venosa (2009, p. 385), a impenhorabilidade desse patrimônio, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar, visando, com isso, “à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna.

³⁹ BRASIL – Constituição Federal de 1988 – Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) Inciso XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

Importante mencionar que, em que pese, a legislação tratar conceitualmente que o bem de família estar ligado a expressão imóvel, sua proteção legal e interpretação deve ser de maior alcance e abrangência, visando proporcionar que a legislações que regulamenta o instituto do bem de família possa atingir sua finalidade social, o da proteção integral a entidade familiar.

A importância da proteção ao bem de família pode ser bem focalizado no conceito feito por Silvio Salvo Venosa, (2009, p. 386) ao mencionar que os bens de família são bens como coisas fora do comércio, não sujeito de disponibilidade, e alcance, por ato de vontade do instituidor, vejamos;

Destinação ou afetação de um patrimônio em que opera a vontade do instituidor, amparada pela lei. É uma forma de tornar o bem como coisa fora do comércio, em que são combinadas a vontade da lei e a vontade humana. Neste diapasão, o bem de família fica isento de execução por dívidas posteriores a sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio ou despesas de condomínio.

No mesmo sentido de entendimento, em uma análise de ponderação entre direitos constitucionalmente tutelados, o crédito do credor, e o patrimônio mínimo do devedor e de sua família, que tem supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, menciona a doutrina de Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2008, p. 410);

O bem de família revela exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial (art. 391 e art. 591, CPC), em razão de seu perfil funcional no qual se destaca a destinação existencial de atendimento às necessidades elementares da pessoa, em contraposição ao destino meramente patrimonial.

A ideia do instituto legal e das legislações que a regulamentam tem como finalidade a proteção à família, e não ao imóvel, desta forma, sendo o imóvel a qual é edificado a moradia da família ganha especial relevo e figura de patrimônio mínimo a ser protegido.

Nesse entendimento é a doutrina de Maria Berenice Dias (2010, p. 589) ao conceituar o bem de família como sendo aquele conjunto de bens, móveis e imóveis, que não estão sujeitos à execução e nem responsabilização por dívidas do instituidor, indivíduo e ou membros da família que deles necessitam, como patrimônio mínimo de proteção à entidade familiar;

Diante de todo o exposto, é possível extrair do conceito do bem de família a necessidade de proteção de certo bem para que ele cumpra uma determinada finalidade, ou seja, diante da relevância do lar, da habitação, da moradia; na construção da família, o legislador quis garantir um patrimônio mínimo para preservação da entidade familiar, garantindo, com isso, uma vida digna. Essa proteção se dá através da retirada desses bens como forma de garantia dos credores (art. 391, CC/2002), fazendo, desta forma, com que eles se tornem impenhoráveis. Portanto, “é possível dizer que se trata de uma qualidade que se agrega a um bem imóvel e seus imóveis, imunizando-os em relação aos credores, como forma de proteger a família que nela reside.

Dentro dessa perspectiva e função social é crível conceituar que a proteção que se busca conferir a família vai além da figura do imóvel, qualquer que seja, mas sim de qualquer habitação que sirva de abrigo aos conjugues e as entidades familiares definidas na Lei, bem como seus membros.

A função social do instituto, sua função constitucional vai além do mero significado moradia ou de um bem patrimonial.

Como vimos o bem de família é a extensão da personalidade dos membros da família, elemento de individualização social e dignificação dos seus membros, bem como de pacificação social, garantida através de um acervo patrimonial mínimo que está fora do comércio, não sujeito a aviltamentos, mitigações e disposições involuntárias.

2.3 Modalidades de Bem de Família

Com a edição da Lei Federal n.º 8.009/1990, que trouxe uma nova modalidade de proteção a moradia familiar, em complemento ao que era disposto e trazia o art. 70 a 73 do Código Civil de 1916, e que teve como finalidade sanar vícios e lacunas existentes na legislação geral do códex civil, a nova legislação, agora especial e específica, criou nova modalidade ou espécie de bem de família.

A Lei Federal n.º 8.009/1990 trouxe nova forma de instituição do bem de família, menos formalista da que era previsto nos art. 70 a 73 do Código Civil de 1916, no qual exigia a sua instituição por meio de escritura pública registrada no registro imobiliário, bem como ampliando textualmente a área de proteção da legal que passara a abranger não somente o imóvel e sua edificação como um todo, mas também os bens móveis que guarnecem a moradia familiar, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.º,⁴⁰ da mencionada Lei Federal.

⁴⁰ BRASIL – Lei Federal n.º 8.009/1990 – Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra

A Lei Federal n.º 8.009/1990 não exige que para a instituição do bem de família seja feita ou formalizada por escritura pública, pois a proteção à moradia familiar passa a ser automática, independentemente de instituição formal ou qualquer formalidade adicional.

A observação dessa modalidade de bem de família pauta-se na informalidade, regulamentada por Lei de ordem pública, face a sua relevância social e humanitária, e visando regulamentar o art. 226 da CF88, que trata da proteção constitucional da família e erigindo a posição da família como alicerce da sociedade, e desta forma, alicerce do próprio Estado.

Diante da nova modalidade de instituição do bem de família, e principalmente após a edição da Lei Federal n.º 10.406/2002 – novo Código Civil, que em seu art.(s) 1711 a 1722 trouxeram uma nova formulação e conceituação ao bem de família, com a ampliação do conceito e dos bens objeto de proteção, mas mantendo a forma de instituição, a doutrina passa a classificar o bem de família em duas modalidades, os bens de família instituído de forma voluntária, nos termos do novo Código Civil de 2002, e o bem de família legal ou obrigatório, instituído pela Lei e de observância obrigatória, ante a regulamentação por Lei de ordem pública.

2.3.1 – Bem de Família Voluntário

O bem de família voluntário surge com a edição da Lei Federal n.º 3.071 de 1.º de janeiro de 1916, o Código Civil de 1916, que, como já relatado anteriormente, foi instituído pelo art. 70 a 73, e no qual tinha como objeto imóvel destinado à habitação da família, sendo este imóvel não sujeito à execução por dívidas contraídas anteriormente a sua instituição.

A instituição dessa modalidade de bem de família, voluntária, dependia de prévia indicação do bem imóvel em escritura pública e a posteriori averbação na matrícula imobiliária, e tinha validade temporária, findando-se com a morte dos conjugues e ou a maioria civil dos filhos.

Com a edição da Lei Federal n.º 10.406/2002, o novo Código Civil, o instituto do bem de família voluntário ganha novo conceito e a ampliação do seu objeto, e novas possibilidades para proteção do patrimônio familiar contra atos de expropriação judicial.

Com o novo Código Civil o bem de família, na modalidade voluntário, perde a figura do objeto como sendo um único prédio ou imóvel do instituidor, e passa a ter como objeto um

natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

percentual de todo acervo patrimonial da família, nesses inserindo-se bens imóveis e moveis sem distinção.

Muda-se ainda a figura do instituidor da proteção legal voluntária, que, no código de 1916 era reservado ao chefe da família, agora, diante da nova conjuntura constitucional de igualdade de posição entre os cônjuges na relação matrimonial, passa a ser constituído por qualquer dos cônjuges e ou entidade familiar reconhecidas pela Lei.

O art. 1.711, do C\C 2002 menciona que o bem de família, nessa modalidade de instituição, é a afetação de um conjunto de bens imóveis, de finalidade residencial (art. 1.712), com os móveis que o guarnecem, bem como as rendas advindas desses imóveis (art. 1.713), que tenha como finalidade o sustento da família.

O bem de família de constituição voluntária, destina a afetação não somente imóveis residenciais urbanos, mas também rurais (art. 1.712), tendo como exigência de instituição as formalidades exigidas no Código Civil de 1916, a instituição mediante escritura pública com decido registro da mesma no registro imobiliário.

Diferentemente da exigência legal do Código Civil de 1916, a instituição do bem de família voluntário pode se dar não somente por escritura pública, ato *inter vivos*, mas pode ser instituído após a morte do instituidor mediante testamento público (art. 1.711), ou mesmo mediante doação (art. 1.711, § único) com a expressa anuência do donatário (s).

A Lei permite ao instituidor afetar como bem de família até o limite máximo de 1/3 do seu patrimônio líquido (art. 1.711), percentual esse comprovado a época da instituição do bem de família.

A referida comprovação dar-se-á mediante inventário patrimonial contábil dos bens do instituidor, alicerçado com laudos de avaliação, visando a correta elucidação quanto ao valor pecuniário patrimonial do acervo de bens do instituidor.

Realizado a instituição, com o devido registro imobiliário, nas matriculas dos bens afetados, esses bens tornam-se não sujeitos à execução ou expropriação judicial por dívidas contraídas após a sua instituição.

Exceção à regra da impenhorabilidade, a Lei prevê, no seu art. 1.715, a possibilidade da responsabilização patrimonial recair sobre os bens de família em caso de dívida de tributos relativos ao próprio imóvel, como o imposto predial urbano IPTU e as taxas de condomínio.

A alienação dos imóveis afetados pela instituição do bem de família é possível, a teor do que consta do art. 1.717 desde que haja consentimento dos interessados, ouvido o Ministério Público, envolvendo interesse indisponível ou de menores incapazes.

A finalidade dos imóveis gravados com a benesse legal deve ter como destinação exclusiva, a teor do que exige o art. 1.712, na modalidade residencial, não podendo, dessa forma, ser instituído como bem de família ou sofrer a afetação legal imóveis comerciais.

2.3.2 Bem de Família Legal

O bem de família legal é a modalidade de bem de família criado pela Lei Federal n.º 8.009/1990, legislação essa que é, e será, o centro de atenção desse trabalho.

O bem de família legal, diferentemente do que é previsto na modalidade voluntário, regulamentado no Código Civil, conceitua o bem de família voluntário como sendo e tendo como objeto um único imóvel de natureza residencial que sirva de moradia a família, seja do casal, ou entidade familiar, composto de um único pai ou mãe com seus filhos, ou um único indivíduo.

O objetivo da legislação especial é idêntico àquela prevista na modalidade voluntário, a proteção, afetação de não execução e impenhorabilidade da moradia familiar.

Na modalidade legal o bem de família é isento de responder por qualquer dívida, seja de qual natureza for, é o que dispõe o art. 1.º,⁴¹ da Lei Federal n.º 8.009/1990, ao mencionar que o bem de família, imóvel residencial e moradia da família, não responderá por qualquer dívida, seja de natureza “civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer outra natureza”.

Como o dispositivo legal menciona, em texto aberto, “dívidas de qualquer natureza”, essas se incluem dívidas de natureza trabalhista, e indenizatórias em geral, embutidas nas dívidas de natureza civil, penal. Ou seja, o bem de família em regra não está sujeito a execução ou responsabilização patrimonial para pagamento de débitos, qualquer que seja.

É importante mencionar que toda legislação, quando for o caso, deve ser interpretada a luz da Constituição Federal, tendo em vista que está é a base de sustentação e alicerce daquela. A que se verificar ainda, quando de eventuais interpretações da Lei do bem de família, que a mesma deva se dar em estrita observância a sua finalidade e propósito.

Cabe mencionar e reforçar que se insere na proteção legal da Lei Federal n.º 8.009/1990 o bem imóvel rural, como sendo este o único bem imóvel da família, conforme menciona o § único do art. 1.º dos dispositivo legal ao mencionar que a impenhorabilidade compreende o imóvel residencial do casal, ou entidade familiar, aquele no qual se assenta a

⁴¹ BRASIL – Lei Federal n.º 8.009/1990 – Art. 1º *O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.*

construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza, bem como todos os equipamentos de uso profissional, ou moveis que guarnecem a casa, desde que quitados, vejamos;

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, *as plantações*, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Não haveria que ser diferente tendo em vista que muitas famílias tem a sua moradia, única moradia, situado nas zonas rurais e dela tiram seu sustento.

A própria Constituição Federal de 88 em seu art. 5.º, inciso XXVI,⁴² ao mencionar que é a pequena propriedade rural, em sua extensão, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes da sua atividade produtiva.

Em se tratando de um imóvel residencial com dupla característica, qual seja, de moradia e fonte de renda, sua impenhorabilidade e proteção legal se estende não somente a edificação da moradia em si, mas também a todo o imóvel utilizado para a plantação, e os equipamentos de uso profissional do indivíduo utilizado para o plantio e colheita de sua produção como expressamente mencionado no dispositivo legal.

Não é por outro motivo que que a Constituição Federal em seu art. 5.º, inciso XXVI, menciona que a pequena propriedade rural trabalhada pela família não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrente da sua atividade produtiva.

A proteção legal se estende não somente para o imóvel que serve de moradia, mas para toda propriedade na qual é utilizada pela família para realização do seu sustento.

O imóvel rural tem uma característica *sui generis*, no qual o imóvel é a moradia da família, bem como a fonte de seu sustento e trabalho. É do imóvel, do bem de família, em que

⁴² BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

o indivíduo e a entidade familiar têm seu abrigo, e ao mesmo tempo é seu local de trabalho e sustento.

É exatamente por isso que a Lei Federal n.º 8.009/1990, em seu art. 1.º, §único, define que o bem de família compreende as plantações, benfeitorias e equipamentos de uso profissional ou móveis, quitados, que guarnecem o imóvel estão protegidos pela legislação.

O art. 4.º, inciso II,⁴³ da Lei Federal n.º 4.504/1964, Estatuto da Terra, define o bem de família do rurícola como aquela definida de propriedade familiar, na qual a família tem como moradia e também local de trabalho e sustento.

O art. 833, inciso VIII,⁴⁴ da Lei n.º 13.105/2015 – Código de Processo Civil, menciona no Livro II, Capítulo IV, Seção III, Subseção I, os bens não sujeitos à execução, não sujeitos a responsabilização patrimonial por dívidas, e nele inserido a pequena propriedade rural.

Menciona ainda no inciso II, do mesmo dispositivo legal, que os bens móveis de uso profissional, para o exercício profissional, não estão sujeitos à execução, bem como as máquinas e equipamentos e demais instrumentos destinados necessários e úteis ao exercício da profissão do executado, inciso V, não estão sujeitos à execução, fazendo coro a regulamentando os dispositivos constitucionais de proteção ao bem de família, seja urbano ou rural.

A que se mencionar novamente a importante diferença que existe entre o bem de família voluntário definido no Código Civil com o bem de família legal definido na Lei Federal n.º 8.009/1990. O bem de família voluntário é aquele instituído pelos cônjuges e ou entidade familiar e tem como objeto uma coletividade de bens móveis e imóveis, não se limitando a único imóvel residencial, acervo de bens esses que ficaram afetados, mediante registro nos respectivos órgãos competentes, e não estarão sujeitos à execução de dívidas posterior a sua constituição.

A constituição do bem de família voluntário se dá por meio de escritura pública, é um contrato formal e solene.

A esse respeito menciona a doutrina de Paulo Lôbo quanto a diferenciação das espécies de bem de família existente no ordenamento jurídico, sua distinção e crítica ao modelo de bem de família voluntário quanto a suas formalidades legais;

⁴³ BRASIL – Lei federal n.º 4.504/1964 – Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: (...) II - "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros;

⁴⁴ BRASIL – Lei Federal n.º 13.105/2015 – Código de Processo Civil – art. 833. São impenhoráveis: (...) VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

Apesar da sensível melhoria da configuração legal do bem de família voluntário, no Código Civil de 2002, persistiram as exigências formais que inibem sua utilização, como ocorreu durante a vigência do Código anterior, tais como a necessidade de lavratura de escritura pública e de registro público com seus consequentes encargos. Além disso, trouxe exigência nova de utilização de apenas um terço do patrimônio líquido, que, como veremos, praticamente destinou o instituto para as pessoas mais ricas, permanecendo muito restrito o interesse prático pelo bem de família voluntário. Em contrapartida, o bem de família legal, de incidência automática, apesar de conteúdo mais restrito, democratizou o instituto aplicando-se à quase totalidade das situações dos imóveis utilizados para moradia. Destarte nesta exposição, priorizamos o modelo legal. (2014, p. 360-361)

O bem de família legal independente de instituição formal e solene, não requer escritura pública e nem mesmo registro da afetação na matrícula imobiliária, e não depende sequer manifestação de vontade do seu titular, os cônjuges ou da entidade familiar.

A sua proteção decorre de um interesse que se sobrepõe ao próprio interesse individual dos cônjuges ou das entidades familiares, pois o que se visa proteger é a paz social, a justiça social e a dignidade da pessoa humana, que são interesses supralegais e acima do interesse individual.

Como mencionado a proteção do bem de família, tratado pela Lei n.º 8.009/1990, o bem de família legal, é um direito de personalidade, de relevância constitucional, intrínseco a dignidade da pessoa humana, e conforme dispõe o art. 11,⁴⁵ do Código Civil, os direitos da personalidade são irrenunciáveis, imprescritíveis e não podem seu exercício sofrer limitação voluntária.

Os termos dispostos na Lei n.º 8.009/1990, normas de direito material que regulamenta o art. 6.º e 226, da CF, é norma de ordem pública, visto que não depende de manifestação do interessado a sua efetivação e a sua aplicação não está sujeito a disposição da parte interessada.

⁴⁵ BRASIL – Lei Federal n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil – Art. 11. *Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

2.4 A Lei Federal n.º 8.009/1990 – Bem De Família como Norma de Ordem Pública e de Relevância Social Constitucional

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu Título VIII, denominado Da Ordem Social, localizado no Capítulo VII, no qual trata do ser humano, da família (seus membros) da criança, do adolescente e do idoso.

Na abertura do capítulo, o cartão de apresentação do tema, menciona a Constituição, em seu art. 226, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Para garantir a efetiva proteção a família o constituinte derivado promulgou a emenda constitucional 26/2000 inseriu a moradia no rol dos direitos fundamentais sociais exposto no art. 6.º, da CF, reforçando a proteção infraconstitucional já existente por força do Código Civil de 1916, bem como pela Lei Federal n.º 8.009/1990.

O art. 5.º, inciso XI,⁴⁶ da CF, menciona que a casa é asilo inviolável, nela somente podendo ad entrar com expressa autorização de seus moradores, ou seja, a Constituição protege a família, dentre outros, pela proteção ao seu lar, sua moradia, da propriedade.

Nesse sentido leciona Maria Berenice Dias: *“Afinal, como diz Álvaro Villaça, a violação do lar é a quebra da última proteção humana; o aniquilamento de uma família é a incineração do próprio amor [...]”* (2009, p. 556).

Cabe mencionar que o conceito de entidade familiar abriga estrutura de convívio das mais diversas, que, na jurisprudência moderna e contemporânea, ao contrário do que é exposto nos dispositivos legais que regulamentam a matéria, art. 1711 a 1722, do Código Civil 2002, bem como no art. 1.º, da Lei Federal n.º 8.009/1990, não estão limitados aos cônjuges e seus filhos, mas alberga tanto a família de fato (família formada a partir da união estável), constituída por homem, mulher e sua prole, quanto àquelas outras manifestações de afetividade recíproca e de ajuda mútua, como união do homem e da mulher com os filhos das uniões anteriores de cada um.

Também estão inseridas no conceito de entidade familiar as denominadas família monoparental aonde configura-se pela união do pai ou mãe com seus filhos, do pai com os filhos de sua companheira, dos avós com os netos, da mãe solteira com seu filho.

⁴⁶ BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

O Superior Tribunal de Justiça – STJ exercendo seu papel constitucional de interpretação e uniformização da Lei infraconstitucional editou a súmula 364⁴⁷ na qual reconhece o imóvel de pessoas solteiras, divorciadas, viúvos (a), como impenhorável, a luz da interpretação dos dispositivos legais que tutelam o bem de família, reconhecendo como entidade familiar a composição de uma moradia composta de uma única pessoa.

A que se mencionar ainda que por força de decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da ADI 4.277⁴⁸ e da ADPF 132, reconheceu que a união homossexual entre pessoas do mesmo sexo é considerada, nos termos da Constituição, uma entidade familiar, gozando das mesmas proteções legais reservadas as entidades familiares, dentre as quais a proteção do bem de família.

⁴⁷ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – Súmula n.º 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Data da Publicação - DJe 31.10.2008

⁴⁸ BRASIL – Supremo Tribunal Federal – STF – ADI n.º 4277. Min. Relator Carlos Ayres Brito, EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. (.....). O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Menciona Dias, quanto ao conceito e amplitude do significado de entidade familiar, vejamos;

“A família, constitucionalmente, vem representada no sentido amplo, aqui não está representada somente a família no seu sentido tradicional, ou seja, as famílias formadas por relação conjugal ou de parentesco”. (DIAS, 2014, p. 320)

A que se mencionar em especial, quanto a caracterização do bem de família com o instituto constitucional do patrimônio mínimo, ou mínimo existencial, em especial na modalidade de bem de família regulamentado pela Lei Federal n.º 8.009/1990, e que tem expresso amparo constitucional que extratai, como já mencionados em capítulos anteriores, com base nos princípios e objetivos escolhidos pelo legislador constituinte para República Federativa do Brasil no art. 1.º, inciso II e III, art. 3.º, inciso I e III, art. 5.º, inciso XI, art. 6.º, e 226, dentre outros da Constituição Federal.

Nesse entendimento segue a doutrina de Berenice Dias, no qual coloca o bem de família como a sendo aquele mínimo existencial a ser elemento essencial a consagração da dignidade da pessoa humana, alicerce da CF/88, vejamos;

Os novos valores a serem protegidos pelo bem de família podem ser resumidos na noção de mínimo vital, que visa a preservar as bases de dignidade do devedor para que possa recomeçar a vida, mantendo íntegra a sua personalidade. O princípio da dignidade humana leva o Estado a garantir o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. A tendência é encontrar instrumentos hábeis que preservem o devedor e que, ao mesmo tempo, não frustrem a garantia do credor. Nesse sentido, o Brasil libera verdadeira revolução silenciosa, impulsionada pelos tribunais, que vêm realizando o direito em sua concretude e atribuindo à lei o seu sentido social, deixando de lado a visão extremamente positivista e literal a que está acostumada à tradição jurídica brasileira. (2014, p. 375)

O que se pode extrair do bem de família, constitucionalmente falando, é que ele visa, principalmente, garantir o mínimo vital para que as famílias tenham uma vida digna, isto é, que não seja retirado do devedor o patrimônio necessário para manter sua dignidade.

Desta forma, o bem de família voltado como uma forma de garantia da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, CF/88, representa um dos valores supremos da CF/88, fazendo com que o Estado garanta o mínimo existencial para o ser humano.

Com essa nova interpretação, há uma nova concepção acerca do conceito de bem jurídico, uma vez que, agora, ele não se limita a tutelar interesses privados, ou seja, o patrimônio

não pode ser mais entendido como um “*complexo de relações econômicas de um indivíduo cuja finalidade é preservar a segurança de relação de crédito*” (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 407-412).

Assim, a colocação do ser humano no centro do ordenamento jurídico faz com que a autonomia privada deixe de ser um fim em si mesmo, devendo, com isso, se submeter aos valores constitucionais, pois “*a proteção das necessidades humanas se converte em critério e medida do contorno de bens jurídicos*”. (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 407-412).

Já Sergio Iglesias de Souza (p. 312, 2004) conceitua o direito à moradia, com foco na proteção como direitos fundamentais e da personalidade, destacando trata-se de um bem não sujeito a atos de disposição e renúncia;

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da ‘moradia’ é inerente a pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, ‘moradia’ é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. ‘Residência’ é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da ‘moradia’ sobre determinado bem imóvel.

Quanto a atuação do Estado na promoção e implementação do direito à moradia, que dar-se-á por um comportamento ativo, prestacional, bem como pelo comportamento de abstenção do Estado em não vilipendiar por atos o direito à moradia, bem como fragilizar a sua proteção, menciona Ingo Wolfgang Sarlet;

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer moradia que corresponda a uma violação do direito à moradia passível, em princípio, de ser impugnada em juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja no meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio de instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica. É também precisamente esta a dimensão- a função defensiva do direito à moradia – a que se referem as diretrizes internacionais acima

mencionadas, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”, embora a proteção também envolva ações concretas (normativas e fáticas) de tutela da moradia contra ingerências oriundas do Estado ou de particulares, tudo a reforçar íntima conexão entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais. (2011, p. 132)

Como instrumento legal específico a esse direito fundamental e da personalidade temos alguns dispositivos legais, como legislações gerais, tais como no art.(s) 1.711 a 1.721, da Lei Federal n.º 10.406/2002 – Código Civil, que trata do ato jurídico voluntário de instituir um acervo patrimonial inviolável, denominado bem de família, mas, talvez, o que mais poderíamos citar com segurança como sendo aquela legislação específica, que regulamenta a especial proteção conferida pelo art.(s) 1.º, inciso III, 3.º, inciso III, 6.º, 225, 229, 230, ambos da Constituição Federal, do direito à moradia, como sendo um extensão necessária e inseparável do direito fundamental ao respeito à dignidade da pessoa humana através da moradia é extraído da Lei Federal n.º 8.009/1990, que textualmente foi denominada como sendo Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família.

CAPÍTULO 3 DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N.º 8.009/1990 QUANTO AS EXCEÇÕES DE IMPENHORABILIDADE LEGAIS À PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA

Importante nessa fase do trabalho, após a explanação dos capítulos anteriores, tecer considerações sobre o entendimento dos Tribunais Superiores sobre seu entendimento sobre as exceções à impenhorabilidade do bem de família.

Como são os Tribunais Superiores que, dentro de sua área de competência institucional e constitucional, que interpretam a legislação constitucional e infraconstitucional, é de vital importância uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF sobre a matéria tratada na Lei Federal n.º 8.009/1990, em especial sobre as exceções de à impenhorabilidade ao bem de família previsto no art. 3.º, inciso II a VII, bem como em demais legislações especiais que vulneram e flexibilizam o instituto do bem de família e assim o direito constitucional à moradia.

Cabe inicialmente mencionar que, em que pese a matéria do bem de família seja regulamentada pela Lei Federal n.º 8.009/1990, é indiscutível que a matéria do direito à moradia e proteção da mesma é matéria eminentemente constitucional. A matéria é constitucional antes

mesmo da entrada em vigor da emenda à Constituição 26/2000 que inseriu no art. 6.º da CF/88 a moradia como direito fundamental, ante aos demais princípios constitucionais já existentes na Constituição desde de sua promulgação, bem como por tratados internacionais de direitos humanos os qual o Brasil é signatários, nos quais definem o acesso à moradia como forma de consagração da dignificação humana, e elemento essencial para composição de um patrimônio mínimo a ser usufruído pelo indivíduo enquanto ser humano, e que foram mencionados nos tópicos iniciais.

Desta forma, independentemente do entendimento jurisprudencial da eminente Corte Superior infraconstitucional, nesse caso do Superior Tribunal de Justiça – STJ, quando tivermos discutindo sobre a proteção ao bem de família que representa o imóvel residencial da família ou da entidade familiar, necessariamente haverá espaço legal e constitucional para manifestação da Corte Superior constitucional, ou seja, o Supremo Tribunal Federal – STF, por ser matéria estritamente constitucional, nos termos do art. 6.º, 226, da CF/88.

Entendimento do STJ quanto à penhora do bem de família em contrato de alienação fiduciária em garantia.

3.1 Da Jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ e seus Pontos Polêmicos no Entendimento e Interpretação da Lei Federal n.º 8.009/1990 e na Aplicação as Exceções de Impenhorabilidade

Em análise à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre o tema da interpretação e aplicação da Lei Federal n.º 8.009/1990, em especial aplicação da interpretação do art. 3.º e de seus incisos II a VII, do dispositivo legal que trata das exceções a impenhorabilidade do bem de família, encontramos entendimento dos mais diversos. Alguns acórdãos fazem uma interpretação extensiva das exceções de impenhorabilidade, já outros realizam uma interpretação restritiva ao protetivo legal.

Há ainda contradições sobre o entendimento, com fundamentações dúbias, e contraditórias sobre o mesmo acórdão.

O que podemos afirmar é que a interpretação da aplicação do dispositivo legal que trata das exceções da impenhorabilidade ao bem de família vem passando há anos por transformação de entendimento pela Corte Superior do STJ, e que não há unanimidade de entendimento jurídico entre seus ministros sobre a aplicação e extensão protetiva das hipóteses protetivas ao bem de família, mas sim entendimentos pontuais que de tempos em tempos modifica-se na sua votação por maioria.

Queremos trazer a esta pesquisa alguns dos entendimentos atuais e contemporâneos sobre como o STJ vem aplicando as normas legais do bem de família, em especial, como já mencionado os das exceções a impenhorabilidade.

O primeiro caso e jurisprudência a ser mencionado a esse trabalho se refere à decisão que, por maioria, julgou pelo não provimento de um recurso especial que pleiteava o reconhecimento da invalidade de contrato acessório de alienação fiduciária em garantia, em contrato de mútuo, no qual foi ofertado o bem imóvel residencial em garantia a tomada de um crédito junto a uma instituição financeira.

Trata-se do recurso especial - REsp. n.º 1.559.348⁴⁹ – DF, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, julgado em 18/06/2019, em que aquela corte superior aplicou o critério subjetivo de uma suposta má-fé da recorrente que teria ofertado o único bem residencial de moradia sua e de sua família, naquilo que o relator denominou como sendo “*uso abusivo do direito de propriedade*”, e que, em que pese o tribunal reconheça que a norma legal da Lei Federal n.º 8.009/1990 ser norma de ordem pública, não renunciável, e de eminente interesse social \ constitucional, entenderá que naquela caso concreto haveria a prática de má-fé e abuso do direito, e fraude ao oferecer o único bem imóvel residencial, bem de família, em garantia real em contrato de mútuo bancário.

Entendeu o relator que, como foi ofertado, voluntariamente, pela recorrente o bem imóvel residencial familiar para celebração do negócio jurídico, o contrato de mútuo, não poderia a mesma em momento posterior, execução judicial da obrigação inadimplida, valer-se da norma protetora do bem de família.

⁴⁹ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.559.348 - DF. Min. Relator Luis Felipe Salomão. DJe 05/08/2019 - RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TRANSMISSÃO CONDICIONAL DA PROPRIEDADE. BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA. VALIDADE DA GARANTIA. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. (...) 3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. 4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico. 5. A propriedade fiduciária consiste na transmissão condicional daquele direito, convencionada entre o alienante (fiduciante), que transmite a propriedade, e o adquirente (fiduciário), que dará ao bem a destinação específica, quando implementada na condição ou para o fim de determinado termo. 6. Vencida e não paga, no todo em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, consequência ulterior, prevista, inclusive, na legislação de regência. 7. Sendo a alienante pessoa dotada de capacidade civil, que livremente optou por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo favorecedor de pessoa diversa, empresa jurídica da qual é única sócia, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais. 8. Recurso especial não provido.

Ou seja, entendeu o ministro relator que o fato do titular do bem de família oferecer o mesmo em garantia em contrato de mútuo, e posteriormente, em fase de execução judicial, pugnar pela impenhorabilidade ou bem não sujeito à execução, caracteriza má-fé, e abuso do exercício do direito de propriedade e fraude contratual.

Esse entendimento e fundamento jurídico vem ganhando corpo nos julgados pelo STJ, encabeçado pelo entendimento de REsp. julgado de relatoria da ministra Fátima Nancy Andrighi, que, dentre outros julgados de sua relatoria, teceu a seguinte fundamentação jurídica no julgamento do REsp. 1.141.732-SP⁵⁰;

(..) a proteção conferida ao bem de família deve sempre levar em consideração a conduta dos respectivos destinatários, sendo determinante a constatação da boa-fé do devedor para que se possa socorrer do favor legal, devendo ser reprimidos quaisquer atos tendentes a tumultuar o tramite dos processos de cobrança. (2010, p. 6)

Em outro julgado da Corte ficou condicionado que o bem de família, que outrora entendem como irrenunciável, pode ser renunciado, diante da prática de suposto ato que atente contra a boa-fé objetiva, como se extrai do enunciado do acórdão do REsp. n.º 554.662/RS.

Outros julgados do STJ como o REsp. n.º 1.200.112-RJ⁵¹, REsp. n.º 1.141.732-SP, agora da seção de direito público do tribunal chancela a teoria de que o comportamento

⁵⁰ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.141.732-SP. Min. Relatora Fátima Nancy Andrighi. DJe 22/11/2010 - CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE. 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes. 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo. 4. Recurso especial a que se nega provimento.

⁵¹ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.200.112 -SP. Min. Castro Meira. DJe 21/08/2012 - TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. ART. 1º DA LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E MÁ-FÉ DO PROPRIETÁRIO, QUE OFERTOU O BEM EM GARANTIA PARA INGRESSO NO REFIS. INADIMPLÊNCIA DO PARCELAMENTO. EXCLUSÃO. EXECUÇÃO DA GARANTIA. PENHORA. INAPLICABILIDADE DA REGRA PROTETIVA. 1. Resume-se a controvérsia em definir se o bem de família, ofertado como garantia para ingresso no REFIS, pode ser penhorado quando o contribuinte é excluído do parcelamento fiscal por inadimplência. 2. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. 3. Trata-se, todavia, de situação peculiar, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta

subjetivo da parte na relação obrigacional é determinante para que se possa valer do instituto do bem de família para proteção da moradia familiar.

A fundamentação jurídica subjetiva do julgador em analisar a suposta prática de conduta de má-fé do indivíduo ganha *status* jurídicos para transpor a barreira de proteção legal do bem de família, mesmo sem disposição legal nesse sentido, em uma clara interpretação restritiva ao um instituto legal que tem como finalidade a concretização de um direito fundamental.

Como já mencionado anteriormente, essa posição de transposição da barreira da impenhorabilidade do bem de família por critério subjetivo da análise da existência de boa ou má-fé do titular do direito, não é unânime, e encontra divergências.

No mesmo julgado, no REsp. n.º 1.559.348-DF⁵², a divergência e voto vencido do Ministro Raul Araújo, menciona em seu voto “*tenho sempre me posicionado pela prevalência da disposição legal que, a meu ver, cola fora do comércio o bem de família*”.

violação da boa-fé objetiva, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário. 4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico. 5. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança. 6. Recurso especial não provido.

⁵² BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.559.348 -DF. Min. Relator Luis Felipe Salomão. DJe 05/08/2019 - RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TRANSMISSÃO CONDICIONAL DA PROPRIEDADE. BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA. VALIDADE DA GARANTIA. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. 1. Não há falar em omissão ou contradição do acórdão recorrido se as questões pertinentes ao litígio foram solucionadas, ainda que sob entendimento diverso do perfilhado pela parte. 2. O incidente de uniformização de jurisprudência não se confunde com a irrisignação recursal, ostentando caráter preventivo. Daí por que o seu processamento depende da análise de conveniência e oportunidade do relator e deve ser requerido antes do julgamento do apelo nobre. 3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. 4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico. 5. A propriedade fiduciária consiste na transmissão condicional daquele direito, convencionada entre o alienante (fiduciante), que transmite a propriedade, e o adquirente (fiduciário), que dará ao bem a destinação específica, quando implementada na condição ou para o fim de determinado termo. 6. Vencida e não paga, no todo em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, consequência ulterior, prevista, inclusive, na legislação de regência. 7. Sendo a alienante pessoa dotada de capacidade civil, que livremente optou por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo favorecedor de pessoa diversa, empresa jurídica da qual é única sócia, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais. 8. Recurso especial não provido.

Continua sua explanação o eminente Min. Raul Araújo, ao mencionar que cabe ao credor, a instituição financeira, como profissional da área financeira e detentor de conhecimento jurídico, pelo seu extenso corpo de colaboradores da área jurídica, tomar as cautelas necessárias na elaboração de seus contratos de mútuo, a não aceitar um bem de família como garantia de contrato de mútuo, vejamos;

Quem tem de compreender, ter a frieza e o profissionalismo de não aceitar esses bens como garantia, a meu ver, são os bancos, são as instituições credoras. Elas têm de perceber que, tratando-se de um bem de família, não lhe serve como garantia e aí não concede o crédito, o empréstimo, salvo nas estritas hipóteses previstas como exceção na própria lei.

Então, estou acompanhando o voto divergente, com a devida vênia, por força dessa convicção muito firme que nutro, no sentido de manter a proteção do bem de família. **Porque é, sobretudo, para essas situações de fragilidade em que o tomador do empréstimo se encontra que o legislador ergue a garantia em favor do bem de família. Para que não fique a família prejudicada em razão dessas condutas um tanto contraditórias, que tem a parte de, um dia, pedir o empréstimo, oferecendo o bem em garantia e, no momento seguinte, requerer a proteção legal.**

Considero mais razoável manter a proteção, exigindo do credor, que é um profissional, o comportamento mais coerente e não exijo isso dos devedores, que são pessoas, normalmente, desesperadas naquele momento em que necessitam realmente tomar o empréstimo.(Grifo Nosso) (2019, p. 25)

No mesmo sentido de coerência com a norma entende o Ministro Marco Buzzi, em divergência ao entendimento do relator, que entende que a norma legal do bem de família, a Lei Federal n.º 8.009/1990, destina-se a dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana, na forma de proteção ao direito à moradia consagrado no art. 6.º da CF\88, vejamos;

O recurso trata, portanto, da interpretação de normas relativas a instituto jurídico, bem de família, as quais se destinam a dar concretude ao princípio da dignidade da humana, seja no aspecto da proteção à família - considerada elemento nuclear da sociedade, conforme a Constituição Federal, - seja na forma de proteção do direito à moradia, garantindo, assim, um mínimo existencial ao indivíduo.

Em diversas oportunidades esta Corte Superior enalteceu essa posição particular que a proteção ao bem de família tem no ordenamento pátrio, ressaltando que "**A Lei n. 8.009/1990 é norma cogente e de ordem pública**, por isso não remanesce espaço para renúncia à proteção legal quanto à impenhorabilidade do bem de família."(REsp 1180873/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJE 26/10/2015 – (Grifo Nosso).

(..)

Este órgão fracionário afirmou, ainda, que "**A legislação é bastante razoável e prevê inúmeras exceções à garantia legal, de modo que o julgador não deve fazer uma releitura da lei, alegando que sua interpretação atende melhor ao escopo do diploma legal.**" (AgInt no REsp 1505028/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 11/10/2017). (Grifo Nosso) (2019, p. 28)

Dando sustentação a sua fundamentação menciona o Ministro Marco Buzzi que, em se tratando de interpretação de norma infraconstitucional, a mesma deve ser interpretada de forma ampla quanto ao seu âmbito de proteção, mas de modo restritivo quanto às exceções nela contidas, e ainda em se tratando de norma infraconstitucional de regulamentação \ concretude de direitos fundamentais a hermenêutica constitucional a ser adotada é aquela que de maior proteção ao instituto, e que eventual restrição à direitos fundamentais, a mesma de deve vir expressa autorização constitucional;

Tomando essa posição privilegiada do instituto como premissa de julgamento, a norma infraconstitucional deve ser interpretada de modo amplo quanto ao âmbito de sua proteção, mas de modo restrito quanto às exceções nela contidas.

Isso porque, as restrições aos direitos fundamentais, conforme a doutrina sobre hermenêutica constitucional, pode ser de três tipos: (i) as expressamente estatuídas na Constituição; (ii) as expressamente autorizadas pela Carta Magna ao legislador, ou seja, a reserva legal; e (iii) as implicitamente autorizadas pela Constituição na concretização de direitos fundamentais, as quais podem resultar da colisão desses direitos (Nesse sentido ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018).

Assim, a interpretação das normas relativas à concretização da dignidade humana e do direito à moradia devem ser interpretadas obedecendo a reserva legal, ou seja, os limites dados pelo Legislador, com autorização da Constituição. **Ultrapassar os parâmetros impostos pela Lei para criar novas formas de restrição aos direitos fundamentais implica violação ao equilíbrio entre Poderes, incidindo em ativismo judicial do tipo negativo.** (Grifo Nosso) (2019, p. 34)

A contradição de posicionamento do STJ, quanto à matéria da flexibilização da proteção ao bem de família a meras conjecturas subjetivas do julgador, ou mesmo pela comprovada prática de má-fé do titular do bem de família, protegido por norma legal de ordem pública, é retratado pelo eminente Ministro Marco Buzzi ao mencionar os julgados do próprio STJ no julgamento do REsp. n.º 1.765.656/SP⁵³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio

⁵³ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.765.656 - SP. Min. Relator Marco Aurélio Bellizze. DJe 07/12/2018 - RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM FASE DE CUMPRIMENTO

Bellizze, da Terceira Turma, bem como pelo julgamento do AgInt no REsp. n.º 1.357.413/SP⁵⁴, Relator Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma, e ainda do julgamento do REsp. n.º 997.261-SC⁵⁵, de Relator Ministro Luis Felipe Salomão, que é exatamente o relator do presente recurso especial analisado.

DE SENTENÇA. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. QUESTÕES DEVIDAMENTE ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. 2. PRETENDIDA PENHORA SOBRE O IMÓVEL EM QUE FORAM REALIZADAS AS BENFEITORIAS PELO GENITOR DOS EXEQUENTES, AS QUAIS AS EXECUTADAS FORAM OBRIGADAS A INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA EXCEÇÃO DO ART. 3º, INCISO II, DA LEI N. 8.009/1990. 3. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (...). 2. Nos termos do que dispõe o art. 3º, inciso II, da Lei n. 8.009/1990, a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato. 2.1. Na hipótese, ao contrário do que alegam os recorrentes, tanto o Juízo de primeiro grau como o Tribunal de Justiça entenderam, com base no que ficou expressamente consignado no título judicial transitado em julgado, que o crédito discutido no cumprimento de sentença era decorrente de benfeitorias realizadas no respectivo imóvel, não se referindo, portanto, à aquisição ou construção dele. 2.2. Dessa forma, revela-se correto o entendimento das instâncias ordinárias que reconheceram a impenhorabilidade do imóvel em questão, por se tratar de bem de família. 2.3. Não se pode olvidar, ainda, que as hipóteses de afastamento da proteção do bem de família, previstas nos incisos do art. 3º da Lei n. 8.009/1990, dado o seu caráter excepcional, devem ser interpretadas de forma restritiva. Precedentes. 3. A divergência jurisprudencial não foi devidamente comprovada, tendo em vista a manifesta ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados. 4. Recurso especial desprovido.

⁵⁴ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.357.413 - SP. Min. Relator Raul Araújo. DJe 25/10/2018 - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PEDIDO DE PERDAS E DANOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. LEVANTAMENTO DE PENHORA SOBRE IMÓVEL CONSIDERADO COMO BEM DE FAMÍLIA. INDENIZAÇÃO CIVIL ORIUNDA DE CONDUTA TIPIFICADA COMO ILÍCITO PENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VI, DA LEI 8.009/90. IMPOSSIBILIDADE. IMPENHORABILIDADE MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O escopo da Lei 8.009/90 não é proteger o devedor contra suas dívidas, mas visa à proteção da entidade familiar no seu conceito mais amplo, motivo pelo qual as hipóteses de exceção à impenhorabilidade do bem de família, em virtude do seu caráter excepcional, devem receber interpretação restritiva. 2. Impossibilidade, no caso concreto, de afastar a impenhorabilidade do bem de família, por interpretação analógica do art. 3º, VI, da Lei 8.009/90, sob o argumento de que a indenização civil é oriunda de conduta tipificada como ilícito penal (estelionato). 3. O art. 3º, VI, da Lei 8.009/90 representa norma de exceção à ampla proteção legal conferida ao bem de família. Dessa forma, a regra interpretativa aplicável não deve ser estendida a outras hipóteses não previstas pelo legislador. 4. No recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça só pode examinar os fatos tais como delineados pelas instâncias ordinárias. Desse modo, o alegado fato novo (superveniência de sentença penal condenatória) não pode ser levado em consideração no julgamento do recurso, porque deve ser submetido previamente à consideração das instâncias ordinárias. 5. Agravo interno não provido.

⁵⁵ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 997.261 - SC. Min. Relator Luis Filipe Salomão. DJe 26/04/2012 - DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA ACEITA. CAUSA DEBENDI. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DADO EM HIPOTECA PARA GARANTIR DÍVIDA DE TERCEIRO. NÃO APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, INCISO V, DA LEI N. 8.009/90. 1. A discussão acerca da causa debendi subjacente à emissão de duplicata mercantil encontra óbice na Súmula 7/STJ. Ademais, a jurisprudência da Casa vem afirmando, de forma reiterada, que, havendo aceite, de regra, o aceitante se vincula à duplicata, afastada a possibilidade de investigação quanto ao negócio causal. 2. O caráter protetivo da Lei n. 8.009/90 impõe sejam as exceções nela estabelecidas interpretadas restritivamente. Nesse sentido, a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei 8.009/90 abarca somente a hipoteca constituída como garantia de dívida própria do casal ou da família, não alcançando aquela que tenha sido constituída em garantia de dívida de terceiro. 3. Recurso especial parcialmente provido.

O próprio Ministro relator do REsp. analisado, Min. Luis Felipe Salomão, e os demais ministros que o acompanharam em seu entendimento, entendem que a norma legal exposta na Lei Federal n.º 8.009/1990 é uma norma de ordem pública, impositiva, irrenunciável, de caráter eminentemente social e constitucional, mas em contradição sustenta que tal proteção não pode ser conferida aquele titular que oferta espontaneamente o bem a terceiro como garantia real, não podendo posteriormente requer o benefício legal \ constitucional de proteção ao bem de família, pois estaria incorrendo em má-fé, abuso do direito de propriedade e fraude.

Ora, se um dispositivo legal é de ordem pública, irrenunciável, norma impositiva e ainda de caráter social e proteção de direitos fundamentais, ela não poder ser afastada em prejuízo da entidade familiar com base na prática de má-fé por parte do proprietário do imóvel residencial.

O que se visa proteger não é o devedor ou o débito, que como já mencionado deve, dentro dos limites imposto pela Constituição, ser satisfeito, mas sim a entidade familiar e a dignidade da pessoa humana, a instituição familiar composta, não somente pelo titular do bem de família \ devedor, mais também por inúmeros outros membros que fazem parte dessa instituição que forma a família e a entidade familiar.

Ademais como já mencionado em capítulos anteriores, a moradia familiar faz parte daquilo que a constituição definiu como patrimônio mínimo ao indivíduo.

Ademais, como mencionado pelo Ministro Marco Buzzi, a limitação a direitos fundamentais, nas quais se enquadram a proteção conferida pela Lei Federal n.º 8.009/1990, com o bem de família, deve estar condicionado, no mínimo ao princípio da reserva legal, e não está sujeita a conjecturas subjetivas do julgador, possibilidade essa que não está presente no dispositivo legal.

Garantir a titularidade de um direito fundamental ao indivíduo apenas na hipótese de ser entendido e analisado que seu comportamento pessoal se amolda aquilo que se entende de boa-fé ou probidade é realizar uma interpretação restritiva a uma norma de proteção á dignidade da pessoa humana, restrição essa que a Constituição Federal de 1988 não a fez.

Com base nesse entendimento, de limitar ou impedir um direito fundamental em razão de possível prática de atos entendidos como de má-fé, permitiria a interpretação de que infratores da legislação penal, custodiado pelo Estado não teriam direito a sua vida, integridade física e sua saúde.

O mínimo existencial está fora do âmbito das conjecturas subjetivas que possam existir nas relações obrigacionais, pelo simples motivo de que o que visa se proteger não é o indivíduo

em si, mas a sociedade como um todo. É o mesmo princípio constitucional existente no art. 548, do Código Civil que impede o indivíduo realizar a doação de todos os seus bens sem lhe reservar o bastante para que possa viver dignamente.

Essa disposição patrimonial por meio do contrato de doação é nula, sem efeito no mundo jurídico, norma de ordem pública, irrenunciável, que independe do *animus donandi* do doador.

Esse ato de interferência da Lei sobre a disposição de vontade voluntária do indivíduo visa a proteção não somente do doador, mais também de toda sociedade, que deixaria de ter menos um necessitado dependente dos serviços sociais do Estado, além do que a dignidade da pessoa humana, e da personalidade, é um valor indisponível, não podendo sofrer limitações, nem mesmo pelo seu titular.

Cabe ainda mencionar que a modalidade de garantia oferecida no contrato de mútuo analisado nesse recurso especial, o da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, não tem previsão legal estipulada dentro das exceções de impenhorabilidade, o que já foi objeto de afastamento pelo STJ no julgamento do REsp. n.º 1.115.265\RS⁵⁶, Relator Min. Sidnei Beneti, que entendeu que o afastamento da exceção de impenhorabilidade por instrumento de modalidade de garantia contratual seria somente aquela prevista no inciso V, do art. 3.º, da Lei Federal n.º 8.009/1990, a hipoteca.

Outro julgado da Corte Superior do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que traz em seu bojo a análise de um tema jurídico polêmico e contemporâneo é da garantia de alienação fiduciária de bem imóvel, mas agora sobre um novo enfoque.

No julgamento do REsp. n.º 1.677.079 – SP⁵⁷, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, o STJ analisou a possibilidade da penhora sobre os direitos aquisitivos da propriedade

⁵⁶ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.115.265 - RS. Min. Relator Sidnei Beneti. DJe 22/06/2012 - RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. OFERECIMENTO DE BEM EM GARANTIA. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. IMPENHORABILIDADE. EQUIPARAÇÃO À GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA. DESCABIMENTO. 1.- A proteção legal assegurada ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia, por tratar-se de princípio de ordem pública, que visa a garantia da entidade familiar. 2.- A ressalva prevista no art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90 não alcança a hipótese dos autos, limitando-se, unicamente, à execução hipotecária, não podendo benefício da impenhorabilidade ser afastado para a execução de outras dívidas. Por tratar-se de norma de ordem pública, que visa a proteção da entidade familiar, e não do devedor, a sua interpretação há de ser restritiva à hipótese contida na norma. 3.- Recurso Especial improvido.

⁵⁷ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.677.079 - SP. Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 01/10/2018 - RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BEM IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. BEM DE FAMÍLIA LEGAL. LEI Nº 8.009/1990. (...) 2. Cinge-se a controvérsia a definir se os direitos (posse) do devedor fiduciante sobre o imóvel objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia podem receber a proteção da impenhorabilidade do bem de família legal (Lei nº 8.009/1990) em execução de título extrajudicial (cheques). 3. Não se admite a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros

de imóvel residencial financiado com recursos de contrato de mútuo com a garantia de alienação fiduciária do próprio imóvel residencial.

No caso concreto o devedor teve seu crédito (valor já quitado junto a instituição financeira) credora fiduciária, penhorado por dívida com terceiro. Sabe-se que por força da Lei Federal n.º 9.514/1997 o bem imóvel oferecido em garantia de alienação fiduciária não pode ser objeto de garantia de outra obrigação, mas os direitos de aquisição do bem, em tese, poderiam.

Na prática ocorreria uma verdadeira transferência forçada da obrigação a terceiro, através da substituição do devedor pela transmissão da obrigação, ocorrência de fato jurídico denominado pelo Direito civil como assunção de dívida, art. 299, Código Civil.

Tal fato jurídico retiraria do devedor, e conseqüentemente de sua família, a possibilidade da aquisição da moradia.

Cabe mencionar que, em regra, o imóvel residencial existe e é de propriedade do devedor, pois consta tal titularidade no folio registral imobiliário como tal, único e exclusivo proprietário.

O que existe é crédito, uma obrigação do devedor fiduciante face ao credor fiduciário e o imóvel residencial do devedor é a garantia pelo adimplemento integral da obrigação.

No caso em análise o Superior Tribunal de Justiça – STJ declarou a impenhorabilidade do crédito quitado junto ao credor fiduciário no contrato acessório de alienação fiduciária em garantia, pois tal crédito é o que viabiliza a manutenção do direito à moradia, em proteção ao bem de família.

Menciona o Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva ao fundamentar a sua posição pela impenhorabilidade do crédito liquidado pelo devedor junto ao contrato de alienação fiduciária em garantia, vejamos;

Nesse contexto, a exegese que melhor representa o objetivo legal compreende que a expressão "imóvel residencial próprio" engloba a posse advinda de

contra o devedor fiduciante, haja vista que o patrimônio pertence ao credor fiduciário, permitindo-se, contudo, a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Precedentes. 4. A regra da impenhorabilidade do bem de família legal também abrange o imóvel em fase de aquisição, como aqueles decorrentes da celebração do compromisso de compra e venda ou do financiamento de imóvel para fins de moradia, sob pena de impedir que o devedor (executado) adquira o bem necessário à habitação da entidade familiar. 5. Na hipótese, tratando-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade. 6. Recurso especial provido.

contrato celebrado com a finalidade de transmissão da propriedade, a exemplo do compromisso de compra e venda ou de financiamento de imóvel para fins de moradia. Isso porque não se pode perder de vista que a proteção abrange o imóvel em fase de aquisição, sob pena de impedir que o devedor adquira o bem necessário à habitação da entidade familiar.

(...)

No caso, trata-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si (art. 25, caput, da Lei nº 9.514/1997). Assim, havendo a expectativa da aquisição do domínio, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade. (2018, p. 8)

No mesmo sentido temos a doutrina de Ricardo Arcoverde Credie, que menciona o direito de aquisição do imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda, e aquele fruto de contratos de financiamento do imóvel residencial considerado pela Lei como bem de família não podem ser objeto de garantia de execução de obrigações;

Embora não tenham a posição de propriedade plena, os direitos pertinentes ao compromisso de venda e compra de imóvel (arts. 1.417 e 1.418 do CC) residencial familiar e outros contratos de financiamento da casa de moradia somente serão apreendidos judicialmente na execução que se promover pelo crédito do promitente vendedor, do incorporador ou do financiador da casa própria, na forma do inciso II do art. 3º da Lei n. 8.009/90. Outro tipo de dívida, alheio à aquisição da habitação, exclui da execução este bem de família. (2004, p. 51)

Por fim, quanto a análise de temas polêmicos e contemporâneos nas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ quanto as exceções de impenhorabilidade do bem de família previsto no art. 3º, inciso II a VII, da Lei Federal nº 8.009/1990, iremos analisar a decisão proferida no acórdão do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.466.650 – PR⁵⁸, de relatoria do Min. Antonio Carlos Ferreira.

⁵⁸ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.466.650 - SP. Min. Relator Antonio Carlos Ferreira. DJe 22/02/2017 - PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO REVERTIDO À FAMÍLIA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior, interpretando o artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, tem se posicionado no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido como garantia real hipotecária, somente fica afastada quando o ato de disponibilidade reverter em proveito da entidade familiar. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou as provas contidas no processo para concluir que a garantia hipotecária foi revertida em benefício da entidade familiar. Alterar esse entendimento demandaria o reexame do conjunto probatório do feito, o que é vedado em recurso especial. 4. Agravo interno improvido.

O referido acórdão analisa a responsabilidade patrimonial do imóvel residencial, bem de família, ofertado em garantia hipotecaria em contrato de obrigação.

O art. 3.º, inciso V, da Lei federal n.º 8.009/1990 prevê como uma das exceções a impenhorabilidade ao bem de família o oferecimento do imóvel residencial como garantia hipotecaria em contrato de obrigação.

A tese jurídica de proteção à impenhorabilidade ao bem de família nesse caso concreto não é nova mas, são muitos os profissionais da área jurídica que desconhece esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, pois vai em colisão com o texto expresso da legislação.

Trata-se da tese e fundamentação jurídica com base na hermenêutica da legislação a luz da Constituição, que o fruto da obrigação contraída no contrato no qual foi ofertado o bem de família como garantia real hipotecaria deve ter sido revertido integralmente a família ou entidade familiar para que possa haver a transposição da barreira protetiva da Lei especial.

Em um contrato de mútuo bancário no qual tenha sido ofertado o bem de família como garantia real hipotecaria ao integral adimplemento da obrigação, para haver a execução do bem de família deve ser comprovado que os valores frutos do contrato de mútuo foi revertido integralmente em favor da família ou da entidade familiar.

Desta forma firmou entendimento do STJ que o oferecimento voluntário do bem de família em garantia hipotecaria não basta para romper a barreira da proteção legal da impenhorabilidade, ante ao caráter de direito fundamental que se reveste o direito à moradia.

A interpretação do texto legal à luz da Constituição leva a consenso que a voluntariedade do titular do bem de família em celebração de negócio jurídico em dispor do bem para garantia não afasta a proteção legal, ante aos status constitucional do instituto que se reveste de caráter irrevogável e irrenunciável.

Menciona o Min. Relator Antonio Carlos Ferreira em seu voto, acompanhado por unanimidade pelos colegas da quarta turma;

A jurisprudência desta Corte Superior, interpretando o artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, tem se posicionado no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido como garantia real hipotecária, somente fica afastada quando o ato de disponibilidade reverter em proveito da entidade familiar. (2017, p. 6)

O entendimento do STJ se assenta na ideia de que muitas vezes ocorre por parte do titular do bem de família um ato voluntário de disposição do bem em oferecimento de garantia de obrigação que não trouxe qualquer proveito econômico ou social para família e a entidade familiar, e esses são os maiores prejudicados com a expropriação de um conjunto de pessoas de uma família de sua habitação sem sequer saber a causa da expropriação.

No caso concreto desse julgado tratava-se da hipoteca existente sobre um imóvel rural, na qual além de impenhorável por força da interpretação da Lei do bem de família à luz da Constituição, ainda há expressa impossibilidade de execução da pequena propriedade rural, reforçado pelo texto constitucional previsto no art. 5.º, inciso XXVI, princípio fixado no rol de cláusulas pétreas.

Mencionou o Min. Relator sobre o tema, *“Além disso, a pequena propriedade rural, desde que explorada pela família, também é absolutamente impenhorável, ainda que oferecida em hipoteca de dívida executada”*.

Cabe mencionar que o oferecimento do bem de família em garantia real de obrigação de terceiro, devedor principal, presume-se o não proveito econômico ou social por parte da família e da entidade familiar que tem seu imóvel residencial executado, vejamos trecho do acórdão;

Conforme se verifica, o entendimento do Tribunal de origem está em conformidade com a orientação desta Corte Superior sobre o tema, no sentido de que a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1991 somente se aplica quando a garantia hipotecária tenha sido revertida em benefício da própria família, não visando a assegurar empréstimo obtido por terceiro.

(..)

No caso, o acórdão impugnado pelo recurso especial consignou expressamente que "(...) o imóvel foi dado em garantia de dívida contraída por terceiro, com o que a dívida contraída não beneficiou diretamente o ente familiar, de modo que não se aplica a exceção à impenhorabilidade prevista no artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90. (2017, p. 9)

Como já exaustivamente aqui mencionado, nesse trabalho, o instituto constitucional do bem de família não visa a proteção do devedor, mas sim da família, da entidade familiar e da própria sociedade.

Esse julgado mostra uma incoerência do STJ em relação ao primeiro julgado, acórdão analisado, aonde permitiu-se o afastamento da legislação protetiva do bem de família quando oferecido voluntariamente em garantia em contrato acessório de alienação fiduciária em

garantia, em razão do respeito ao princípio contratual da *pacta sunt servanda*, bem como pelo critério subjetivo da existência de má-fé, abuso do direito de propriedade, bem como fraude a credores o fato do titular ofertar o bem de família em garantia real em contrato de obrigação e, na fase de execução judicial do bem alegar a impenhorabilidade face a proteção legal.

Nota-se similitude fática entre os fatos expressos no primeiro acórdão analisado e o presente. A única diferença fática existente entre os casos analisados é a modalidade de garantia ofertada nos contratos de obrigação. Enquanto no primeiro caso tratou-se de uma garantia real de alienação fiduciária em garantia, no segundo e presente caso temos a modalidade de garantia hipotecária.

A situação fática é semelhante, mas o entendimento do STJ foi diverso para casos analisado, caracterizando um próprio *venire contra factum proprium*, brocardo utilizado pelo STJ no primeiro acórdão analisado para afastar a incidência da norma protetora do bem de família ao titular do imóvel que o oferece em garantia real de obrigação e em face de execução da obrigação suscita o benefício legal de impenhorabilidade.

Observa que há, nos dias atuais, um movimento de mudança na jurisprudência do STJ no sentido de flexibilizar e vulnerar o já vulnerado instituto legal do bem de família.

O mesmo tribunal já teve o entendimento que mesmo em caso de oferecimento voluntário do bem de família como garantia nos autos de ação de execução judicial o ato de disposição seria nulo, ante a irrenunciabilidade do benefício de ordem constitucional, como exposto no REsp. n.º 875.687/RS⁵⁹, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, não sendo entendido como ato de má-fé, uso abusivo da propriedade ou mesma fraude.

Mesmo entendimento, sobre a impossibilidade da execução do bem de família em caso de oferecimento voluntário do mesmo em garantia hipotecária, aonde não há qualquer proveito econômico ou social à família e a entidade familiar, teve o STJ no julgamento do REsp. n.º

⁵⁹ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 875.687 - RS. Min. Relator Luis Filipe Salomão. DJe 26/08/2011 - PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90. RENÚNCIA INCABÍVEL. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. IMPENHORÁVEIS OS BENS MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DOS DEVEDORES. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A indicação do bem à penhora, pelo devedor na execução, não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei n. 8.009/90, pois a instituição do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. 2. O aparelho de televisão e outros utilitários da vida moderna atual, em regra, são impenhoráveis quando guardam a residência do devedor, exegese que se faz do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.009/90. 3. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser obtido pela simples afirmação do interessado de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família, não dependendo a sua concessão de declaração firmada de próprio punho pelo hipossuficiente. A presunção legal poderá ser elidida por prova em contrário, e também o magistrado, avaliando as alegações da parte interessada ou as circunstâncias da causa, examinará as condições para o seu deferimento. 4. Recurso especial provido.

1.413.717-PR⁶⁰, de relatoria da Min. Fátima Nancy Andrighi, que menciona em seu voto condutor;

Vale dizer, prevalece a compreensão de que a excepcionalidade se submete à principiologia que deu ensejo à lei do bem de família, curvando-se está também à sua mens legis. É que, consoante frisa Luís Roberto Barroso, "o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra de seu texto." (BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. Edit. Renovar. Rio de Janeiro: 2003. pg. 361). (2013, p. 11)

Como pode ser verificado há uma divergência de entendimento na jurisprudência do Superior Tribunal sobre o grau e nível de proteção conferido ao bem de família, bem como pela interpretação conferida aos dispositivos legais no que se refere as exceções de impenhorabilidade constante no art. 3.º, inciso II a VII, da Lei Federal n.º 8.009/1990.

Entre o julgamento da matéria do bem de família junto a 1.º e 2.º seção do STJ, seja nas turmas de direito público ou de direito privado, há divergências de entendimento de modo

⁶⁰ BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – REsp. n.º 1.413.717- PR. Min. Relatora Fátima Nancy Andrighi. DJe 19/12/2013 - RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA. PESSOA JURÍDICA, DEVEDORA PRINCIPAL, CUJOS ÚNICOS SÓCIOS SÃO MARIDO E MULHER. EMPRESA FAMILIAR. DISPOSIÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA QUE SE REVERTEU EM BENEFÍCIO DE TODA UNIDADE FAMILIAR. HIPÓTESE DE EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE PREVISTA EM LEI. ARTIGO ANALISADO: 3º, INC. V, LEI 8.009/1990 (...) 2. Discute-se a penhorabilidade de bem de família quando oferecido em garantia real hipotecária de dívida de pessoa jurídica da qual são únicos sócios marido e mulher. 3. O STJ há muito reconhece tratar-se a Lei 8.009/1990 de norma cogente e de ordem pública, enaltecendo seu caráter protecionista e publicista, assegurando-se especial proteção ao bem de família à luz do direito fundamental à moradia, amplamente prestigiado e consagrado pelo texto constitucional (art. 6º, art. 7º, IV, 23, IX, CF/88). 4. Calcada nessas premissas, a jurisprudência está consolidada no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido em garantia real hipotecária, somente não será oponível quando tal ato de disponibilidade reverte-se em proveito da entidade familiar. Precedentes. 5. Vale dizer, o vetor principal a nortear em especial a interpretação do inc. V do art. 3º da Lei 8.009/1990 vincula-se à aferição acerca da existência (ou não) de benefício à entidade familiar em razão da oneração do bem, de tal modo que se a hipoteca não reverte em vantagem à toda família, favorecendo, v.g., apenas um de seus integrantes, em garantia de dívida de terceiro (a exemplo de uma pessoa jurídica da qual aquele é sócio), prevalece a regra da impenhorabilidade como forma de proteção à família – que conta com especial proteção do Estado; art. 226, CF/88 – e de efetividade ao direito fundamental à moradia (art. 6º, CF/88). 6. É indiscutível a possibilidade de se onerar o bem de família, oferecendo-o em garantia real hipotecária. A par da especial proteção conferida por lei ao instituto, a opção de fazê-lo está inserida no âmbito de liberdade e disponibilidade que detém o proprietário. Como tal, é baliza a ser considerada na interpretação da hipótese de exceção. 7. Em se tratando de exceção à regra da impenhorabilidade – a qual, segundo o contorno conferido pela construção pretoriana, se submete à necessidade de haver benefício à entidade familiar –, e tendo em conta que o natural é a reversão da renda da empresa familiar em favor da família, a presunção deve militar exatamente nesse sentido e não o contrário.

de aplicação e abrangência de aplicação da norma protetiva, bem como a fundamentação aos critérios a serem utilizados para fazer se incidir a norma legal.

Em que pese é de entendimento quase majoritário pelo STJ de que a norma legal especial da Lei n.º 8.009/1990 é norma de ordem pública, cogente, e irrenunciável, uma parte significativa dos ministros da corte vem entendendo que a depender do comportamento pessoal do titular do bem de família, quanto a existência de má-fé, abuso ou mesmo fraude, em análise absolutamente subjetiva do julgador, ante a ausência de previsão legal na norma, ocorreria então o afastamento da aplicação da lei protetiva ao bem de família, mesmo que no caso concreto se amolde aos exatos termos previsto na lei.

3.2 Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e a Interpretação Constitucional da Lei Federal n.º 8.009/1990 e na Aplicação as Exceções de Impenhorabilidade

O entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF sobre a matéria de proteção ao bem de família, em especial quanto a sua impenhorabilidade, expropriação forçada, passa, assim como ocorre atualmente junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ por um momento de transformação de entendimento.

Ao contrário do que ocorre no STJ a transformação de entendimento jurisprudencial que passa pelo STF é o de garantir maior proteção ao bem de família, e de afastar, declarando a inconstitucionalidade das exceções de inconstitucionalidade previsto no art. 3.º, inciso II a VII, da Lei Federal n.º 8.009/1990.

Em que pese poucos são os julgados sobre o tema na suprema corte de justiça do país, ante as atuais dificuldades em se fazer chegar um recurso especial ao STF, mesmo sendo um dos temas mais sensíveis e importantes sobre a matéria constitucional para individuo como direito à moradia, art. 6.º da CF/88, e da proteção da família, entidade base estrutural da sociedade, e por consequência do própria Estado, art. 226 da CF/88, é importante analisar os poucos precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal – STF sobre a matéria, e verificar que a corte suprema vem caminhando para uma posição que melhor se coaduna com os ditames constitucionais.

Em recente decisão, no julgamento do recurso extraordinário, RE 605.709 – SP⁶¹, a Primeira Turma do STF, por maioria de votos, alterando entendimento de um julgado do ano

⁶¹ BRASIL – Supremo Tribunal Federal – STF – RE n.º 605.709 - SP. Min. Relatora Min(a) Rosa Weber. DJe 18/02/2019 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS

de 2016 que reafirmava o entendimento proferido no RE 407.688 – SP⁶², dando interpretação conforme, declarou a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 3.º, da Lei federal n.º 8.009/1990, que trata da possibilidade da expropriação forçada do bem de família do garantidor, fiador, de contrato de locação comercial.

A importância desse julgado está na sua fundamentação jurídica, que abre o caminho para a declaração da inconstitucionalidade não apenas da exceção de impenhorabilidade do VII, do art. 3.º da Lei 8.009/1990, mais também dos demais incisos do normativo legal, e outras legislações especiais que vulneram e fragiliza a proteção ao bem de família.

Nas fundamentações jurídicas exposta nesse RE 605.709-SP podemos ter uma ideia que, assim como há no STJ, existe divergência de entendimento sobre a matéria, e com fundamentos jurídicos muito parecidos, mas, ao contrário do que ocorre no STJ, a Suprema Corte tende a, alterando sua antiga jurisprudência, inclinar-se para a defesa do direito à moradia, face a interesses meramente econômicos.

O referido RE 605.709-SP, como já mencionado, tratou-se do questionamento da constitucionalidade do inciso VII do art. 3.º, da Lei n.º 8.009/1990, que trata de uma das exceções de impenhorabilidade do bem de família. Trata-se da hipótese de execução e expropriação de bem de família do fiador em contrato de locação.

EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.

INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000. 2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia.

⁶² BRASIL – Supremo Tribunal Federal – STF – RE n.º 407.688 - SP. Min. Relator Cezar Peluso. DJU 06/10/2006 – Ementa *FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução.*

Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. Decisão O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. O Ministro Março Aurélio fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional. Plenário, 08.02.2006.

O contrato de locação no caso concreto era da modalidade não residencial ou comercial, art. 51 da Lei Federal n.º 8.245/1991.

A época da execução judicial do contrato de locação o imóvel do fiador garantidor tinha se tornado seu único imóvel residencial, no qual residia o fiador executado e sua família.

O RE teve como Relator o Min. Dias Tofolli que negando provimento ao recurso extraordinário sustenta que a matéria levada a apreciação já tinha entendimento jurisprudencial do STF no RE 407.688 – SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso, reafirmado no julgamento do RE 612.360 – SP, de relatoria da Min. Ellen Gracie, no qual ficou decidido que a exceção há impenhorabilidade do bem de família do fiador em contratos de locação era constitucional, mesmo após a entrada em vigor da emenda constitucional 26/2000 que inseriu o direito à moradia no art. 6.º da CF o direito à moradia no rol do direitos sociais fundamentais.

Além disso mencionou o Eminentel relator que a norma constitucional do art. 6.º, da CF, não conteria densidade normativa suficiente para gerar os efeitos pretendidos pelo recorrente, quais sejam, a proteção ao bem de família frente à disposição no inciso VII, da Lei federal n.º 8.009/1990, e menciona que;

Há certo consenso entre os constitucionalistas no sentido de que diversos enunciados normativos de direitos fundamentais sociais não são dotados de “exequibilidade autônoma”, por falta de determinabilidade constitucional suficiente do conteúdo do direito (QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais . Coimbra: Coimbra, 2006. p. 66). (2018, p. 355)

Mais adiante continua sua explanação em mencionar que garantindo a execução do bem de família do fiador em contratos de locação estaria se fomento e protegendo a direito fundamental de moradia, na medida em que, havendo a possibilidade de execução do bem do fiador, haveria maior expansão e interesse dos donos de imóveis em realizar a locações de imóveis aqueles buscam locar imóveis residenciais, pelo reforço das garantias locatícias, vejamos;

A doutrina ressalta que o direito à moradia não deve ser confundido com o direito de propriedade, na medida em que o direito à moradia pode, por exemplo, ser implantado por normas jurídicas que estimulem a oferta de imóveis para a finalidade de locação habitacional pelo mecanismo do reforço das garantias contratuais do locador, como, v.g., a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação descrito no art. 3º, inciso VII da Lei 8.009/90, que não contraria o direito à moradia desenhado no art. 6º, caput, da Constituição Federal, com a redação atribuída pela EC nº 26/2000 (cf.,

Cabe mencionar nesse particular que a matéria tratada no RE debatido era a execução de um bem de família de fiador em contrato de locação comercial e não residencial.

Mais adiante menciona o ministro Relator que a preservação do dispositivo infraconstitucional do inciso VII do art. 3.º, da Lei Federal n.º 8.009/1990, é importante para fomento dos contratos de locação de bens imóveis, fomentando assim o direito à moradia, ante ao suposto escasso número de garantias disponíveis na legislação para garantir as obrigações do contrato de locação e os interesses do locatário, vejamos;

No mesmo voto, o Ministro Relator salientou o fato de que uma das maiores dificuldades de acesso à moradia por intermédio da locação urbana reside nas poucas opções de garantia do contrato. Anotou, ainda, Sua Excelência que a medida legislativa que reforçou essas garantias se revelou uma prática inteligente de concretização do próprio direito à moradia, lembrando, outrossim, que os direitos sociais não configuram exatamente um direito de igualdade, mas, antes, um direito de preferências e de desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

(..)

Na esteira desse raciocínio, anoto que não desconhece a Suprema Corte a importância que teve a nova Lei de Locações Urbanas (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991) na abertura de novas moradias em grandes centros urbanos, a qual veio a determinar, em seu art. 58, inciso V, que os recursos interpostos contra as sentenças, em diversas ações, passavam a ter efeito somente devolutivo, dentre elas, as de despejo por falta de pagamento. Configurou a lei verdadeira política pública, garantindo o direito de moradia a diversas pessoas que não conseguiam um lugar para residir, diante da resistência dos proprietários em colocar seus respectivos imóveis para alugar no regime jurídico revogado. O fato é que não parece existir qualquer dúvida de que as alterações legislativas em institutos de direito civil, como no presente caso, não apenas foram consentâneas com a formatação constitucional do direito social à moradia, como também se revelaram, ao tornar efetivas as garantias negociais, medidas dinâmicas e eficazes para sua ampliação. (2018, p. 357/358)

Na mesma linha de posicionamento e de entendimento jurídico foi o do Ministro Luís Roberto Barroso, voto seguinte ao do relator, em que se posicionou pela importância da observância, naquilo que denominou como sendo princípio constitucional da livre iniciativa e da autonomia da vontade, nos termos do art. 1.º da CF, ao acompanhar o entendimento e voto do relator e entender pela constitucionalidade da interpretação dada ao inciso VII, do art. 3.º, da Lei Federal n.º 8.009/1990.

O Eminent ministro Luís Roberto Barroso, se atentando na importância econômica da observância do dispositivo infraconstitucional questionado, na mesma linha de pensamento do relator, entende que a execução do bem de família do fiador do contrato de locação, ao que parece em defesas de todas as outras exceções de impenhorabilidade prevista na legislação, garante o bom desenvolvimento da economia em razão do reforço nas garantias nos contratos de obrigação.

Mencionado o entendimento do min. Cesar Peluso, no julgamento do RE 407.688 no qual utiliza-se para fundamentar sua posição, explana min. Barroso;

Do ponto de vista do direito ao crédito, de acordo com o entendimento do Ministro Peluso, esvaziar a garantia da fiança *“romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”*.

(..)

Numa economia de mercado, como a instituída em nossa Constituição, a livre iniciativa é aspecto inerente à liberdade individual. Cabe a cada cidadão decidir onde e de que forma aplicará seus rendimentos e seus bens, podendo empregá-los para o exercício da atividade econômica que mais lhe aprouver.

No caso examinado nestes autos, os recorrentes prestaram fiança em contrato de locação comercial. Evidentemente, a fiança prestada – inclusive com possibilidade de penhora do bem de família, nos termos do art. 5º, VII, da Lei nº 8009/1990 – foi fator determinante para a própria celebração do contrato de locação, possibilitando o exercício da atividade econômica pela sociedade. Sem a prestação da fiança, possivelmente o contrato não teria sido assinado pelo proprietário do imóvel.

Para concluir, e alicerce a sua visão da importância da execução do bem de família do fiador nos contratos de locação, menciona o eminente ministro;

A possibilidade de penhora do bem de família do fiador – que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito – impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis.

Por outro lado, não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade do bem de família. O dispositivo legal é razoável ao abrir a exceção à fiança prestada voluntariamente para viabilizar a livre iniciativa. Ninguém é obrigado a prestar fiança em contrato de locação de imóvel comercial; se o faz, porém, no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade, poderá ter seu imóvel penhorado para o pagamento das dívidas não quitadas pelo locatário.

Em que pese a respeitosa e substancial explicação e fundamentação dos Eminentíssimos ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, que sustentam seus entendimentos alicerçados na importância da execução do bem de família para fomento da economia e da proteção do princípio da livre iniciativa, bem como da autonomia da vontade, não pode esse entendimento prevalecer e se sobrepor ao da dignidade da pessoa humana, e sobre um valor constitucional indisponível, inalienável e irrenunciável, que tem como essência a proteção, não somente do patrimônio mínimo fundamental do devedor e da entidade familiar, mais também da proteção da incolumidade social.

A fundamentação do ministro Dias Toffoli, usufruindo da fundamentação exposta no RE 407.688, de que a importância da execução do bem de família do fiador no contrato de locação reside no fato de que são poucas as modalidades de garantia existentes na legislação, com todas as vênias, não prospera.

O art. 37 da Lei Federal n.º 8.245/1991, prevê quatro modalidades diferentes de garantia, somente na legislação especial da locação de imóveis urbanos, sendo a fiança uma dessas modalidades.

A impossibilidade da execução do bem de família do fiador, seja no contrato de locação, ou de qualquer outro contrato de obrigação, não impede ou inviabiliza a modalidade de garantia pela fiança. O que é vedado pela legislação infraconstitucional e constitucional é a execução do bem de família do fiador, e não de eventual outros bens imóveis dos fiadores.

Na aplicação do princípio de ponderação em razão de choques de princípios constitucionais o do princípio do direito fundamental à moradia, bem como da preservação da família e da entidade familiar, que são unidos umbilicalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, prevalece e sempre deve prevalecer aos princípios de ordem meramente econômicos.

Nesse sentido expressou a ministra Rosa Weber, ao abrir divergência ao voto do ministro relator Dias Toffoli, e do ministro Luís Roberto Barroso, ao mencionar que a proteção da dignificação da pessoa humana, bem como, no caso, da proteção da família e da entidade familiar, no qual a proteção ao bem de família representa, merece, sempre, especial proteção contra constrições e alienações forçadas destinadas a satisfazer o crédito e incentivar a livre iniciativa, vejamos;

A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício, com a vênua dos que pensam em sentido contrário, não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Tal interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não foi, a meu juízo, recepcionada pela EC nº 26/2000.

Ademais, como bem lembrado pela ministra Rosa Weber, ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal que permite a execução do bem de família do fiador em contrato de locação, não é compreensível, e fere o princípio da isonomia, em especial na relação obrigacional que, enquanto o locatário tem a proteção do seu bem de família, caso tenha imóvel residencial em outra localidade, o fiador, que é terceiro responsável pela obrigação, não usufrui do mesmo benefício, por expressa disposição da norma legal infraconstitucional, exatamente o dispositivo constitucional questionado no referido RE 605.709, vejamos;

A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário, vale recordar, não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não vislumbro, assim, justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador (garante), sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito fundamental à moradia. (2018, p. 380)

Quanto a fundamentação dos ministros antecessores a seu voto que, ao flexibilizar a proteção ao bem de família sob a fundamentação da prevalência do princípio da livre iniciativa e da autonomia da vontade, pontua em contraponto a ministra Rosa Weber menciona;

Considerações a respeito da autonomia da vontade e da liberdade contratual do fiador não podem relegar a segundo plano a necessidade de observar os limites estabelecidos em normas de ordem pública, de natureza cogente, voltadas à promoção de outros valores constitucionalmente protegidos. Eventual desestímulo à livre iniciativa que decorra da afirmação da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel comercial não se reveste de envergadura suficiente para suplantar a necessidade de observar o direito constitucionalmente assegurado à moradia, enquanto desdobramento da própria dignidade da pessoa humana e da proteção à família (arts. 1º, III, e 226, caput, da Magna Carta). (2018, p. 381)

E continua a Eminente ministra Rosa Weber a defender a proteção ao bem de família como sendo uma medida de conquista civilizatória que correspondente na proteção constitucional do um patrimônio material mínimo consagrado pela própria Constituição Federal de 1988, vejamos;

A imposição de limites à penhora de certos bens constitui conquista civilizatória, endereçada a assegurar o mínimo existencial. Admitir a penhora de bem de família para satisfazer débito decorrente de locação comercial, em nome da promoção da livre iniciativa, redundaria, no limite, em solapar todo o arcabouço erigido para preservar a dignidade humana em face de dívidas

E continua sua explanação de sua defesa da dignidade da pessoa humana, nesse caso representado o direito à moradia, e da proteção a família;

O direito à moradia, vale enfatizar, não se confunde simplesmente com o direito à propriedade de imóvel. Trata-se, na dicção de Sérgio Iglesias Nunes de Souza, de direito da personalidade, de natureza extrapatrimonial, essencial para viabilizar a existência humana digna (In: “Exclusão do imóvel do fiador da penhora e o direito à moradia. Diferenças ontológicas de fiança e caução na Lei 8.245/1991”. Revista dos Tribunais. Vol. 957/2015. p. 37-84, 2015)

(..)

A introdução, por força da EC nº 26/2000, do direito à moradia no rol de direitos sociais estatuídos no art. 6º da Magna Carta suscitou debate sobre a recepção dos incisos do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, os quais, na atualidade, preveem as seguintes exceções à impenhorabilidade do bem de família (..). (2018, p. 381\383)

No mesmo sentido na ministra Rosa Weber, o ministro Marco Aurélio Mello, seguindo o entendimento e fundamentação exarado, em fundamentação da defesa do bem de família como patrimônio mínimo, componente do rol de direitos fundamental social, menciona;

Não cabe distinguir onde a lei não distingue. Há manifestação de vontade do fiador, quer se trate de locação residencial, quer comercial. E não vejo como potencializar a livre iniciativa, o comércio, em detrimento de certo direito fundamental, o direito à moradia, proteção da própria família. Por isso, peço vênia ao Ministro Relator e ao ministro Luís Roberto Barroso para acompanhar a ministra Rosa Weber, provendo o recurso. (2018, p. 390)

O ministro Luiz Fux acompanhou o entendimento de divergência inaugurado pela min. Rosa Weber.

Desta forma, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal – STF, declarou inconstitucional a execução do bem de família do fiador, garantidor, no contrato de locação de imóvel não residencial ou comercial.

A importância desse julgado, em que pese ser o julgamento de um ação de declaração subjetiva ou difuso de inconstitucionalidade, e proferida por uma das duas turmas, e não pelo plenário do STF, reside nos fundamentos jurídicos constitucionais proferidos pelo ministros da Suprema Corte que formaram a maioria no entendimento do julgado do RE 605.709 – SP, em que se fundam na proteção integral e objetiva do bem de família, erigindo e reconhecendo na decisão, o que já é reconhecido pela CF 88, que o bem de família, como instituto de natureza constitucional que consagra o princípio constitucional basilar da CF88, consagra a proteção da dignidade da pessoa humana, art. 1.º inciso III, CF88, ao criar um patrimônio material social mínimo, patrimônio encabeçado pelo direito à moradia, art. 6.º da CF/88, e por vinculação umbilical o da família e da entidade familiar, art. 226 da CF/88.

Tal entendimento vai de encontro e segue em harmonia com toda fundamentação trazida nesse trabalho ao longo dos capítulos anteriores, no sentido de a proteção ao bem de família não pode sofrer limitações de ordem meramente econômica, como a satisfação do crédito de empresários do setor imobiliário ou de investidores imobiliários como decorrer do presente caso analisado no RE 605.709 – SP

Os fundamentos jurídicos alicerçados no entendimento majoritário desse julgado do STF reforçam a ideia da inconstitucionalidade de todas as exceções à impenhorabilidade ao bem de família exposta no art. 3.º, inciso II a VII da Lei federal n.º 8.009/1990, bem como em demais legislações especiais que tem como finalidade vulnerar a proteção ao bem de família, que como já mencionado diversas vezes nesse trabalho, trata-se de bem patrimônio que tem especial proteção de natureza constitucional pois faz parte do rol de direitos patrimoniais material e imaterial mínimo a ser preservado ao ser humano, art. 6.º da CF/88, a fim de garantir a existência digna da pessoa humana.

Há ainda a preservação constitucional do bem de família como forma de proteção a família e a entidade familiar, art. 226 da CF/88, pois a moradia familiar é o maior ativo patrimonial de uma família e vital para sua proteção e desenvolvimento de seus membros, composto por crianças, adolescentes, idosos e deficientes físicos e mentais, pessoas vulneráveis, nos termos da Constituição e que merecem especial proteção por parte do Estado.

CAPÍTULO 4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXCEÇÕES LEGAIS IMPOSTA NA LEI FEDERAL N.º 8.009/1990 QUE RELATIVIZAM O INSTITUTO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA

Como já mencionado no capítulo anterior a proteção ao bem de família tem envergadura de direito fundamental, intrínseco e ligado umbilicalmente com a ideia de dignidade da pessoa humana, bem como com os direitos de personalidade mencionados no art. 11⁶³ e 12⁶⁴ do Código Civil, por expressa regulamentação aos art. 1.º, inciso III, art. 3.º, inciso III, art. 5.º, inciso X e XI, art. 6.º, e art. 226, ambos da Constituição Federal.

Como já mencionado, por considerarmos o direito à moradia como um direito de personalidade, chegamos à conclusão que por expressa disposição legal, art. 11 do Código Civil, tal direito é indisponível e irrenunciável, e não podendo sofrer limitações voluntárias.

Tal proteção ao instituto do direito à moradia ou do bem de família se deve por expressa menção constitucional face a sua importância para a concretização e efetivação da dignificação do ser humano e para proteção e preservação da família ou entidade familiar definida pela Constituição Federal em seu art. 226 como alicerce da sociedade. Alicerce é tudo aquilo que dá sustentação a todo resto, sendo a sociedade o próprio Estado, podemos concluir que para a sem a família não há Estado.

A moradia é o alicerce da família, a base da sua existência e desenvolvimento saudável.

Como menciona Paulo Lôbo o instituto do bem de família visa a proteção da família e de seus membros contra a responsabilização patrimonial de eventuais dívidas contraídas, sendo protegido um interesse humanitário e de dignificação humana face a interesses meramente econômico;

(...) é o imóvel destinado a moradia da família do devedor, com os bens móveis que o guarnecem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida. Tem por objetivo proteger os membros da família, que nele vivem da constrição decorrente da responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor. (2014, p. 358)

⁶³ BRASIL – Código Civil brasileiro - Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁶⁴ BRASIL – Código Civil brasileiro - Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Continua o autor ao mencionar o conflito de interesses envolvendo a proteção do patrimônio mínimo do devedor, sua moradia e de sua família, e do interesse do credor, interesse individual e meramente econômico;

“No conflito entre a segurança jurídica decorrente da garantia ao crédito, fruto da evolução das sociedades, de natureza obrigacional, e o direito à moradia, de natureza existencial, o direito optou pelo segundo”. (LOBO, 2014, p. 358)

As exceções legais de penhorabilidade do bem de família previstas na Lei Federal n.º 8.009/1990, mais precisamente no seu art. 3.º, incisos I a VII pode ser compreendida, não aceita, pela imaturidade de vigência da Constituição Federal de 1988, a época da entrada em vigência do texto legal.

A Constituição cidadã tinha apenas dois anos de vida quando entrou em vigência a Lei n.º 8.009/1990, sendo que em tão pouco lapso de tempo não fora então possível a realização de uma análise profunda dos princípios norteadores da então recente carta magna, que dentre os principais estava o da proteção ao núcleo central da entidade familiar, à moradia.

Não se maturou ou se ativeram da importância que o instituto de proteção à moradia tem para concretização de inúmeros outros dispositivos constitucionais revestidos de direitos fundamentais, cláusulas pétreas, e desta forma sujeito a inúmeros questionamentos quanto, até então, da constitucionalidade das exceções de impenhorabilidade criadas na Lei n.º 8.009/1990.

Com a entrada em vigor da emenda constitucional 26/2000, que acrescentou no art. 6.º da CF/88, agora de forma expressa, o direito à moradia como sendo um direito social fundamental a ser garantido ou fomentado pelo Estado ao cidadão e as famílias, ficou mais evidente que as exceções de impenhorabilidade do bem de família previsto no art. 3.º, inciso I a VII⁶⁵, bem como o art. 4.º,⁶⁶ da Lei n.º 8.009/1990, bem como a outras legislações especiais e jurisprudenciais que dão interpretação extensiva as exceções de impenhorabilidade e que vilipendiam o instituto do bem de família, são incompatíveis com os comandos constitucionais.

⁶⁵ BRASIL – Lei Federal n.º 8.009/1990 - Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...) II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

⁶⁶ BRASIL – Lei Federal n.º 8.009/1990 - Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

As exceções à impenhorabilidade ao bem de família, à moradia, da família e da entidade familiar, prevista no art. 3.º e 4.º da Lei n.º 8.009/1990, bem como de legislações especiais, são inconstitucionais.

Como já mencionado, na confrontação e ponderação de interesses, a moradia do devedor e o crédito do credor, a Constituição fez uma escolha, e não foi a de satisfazer o crédito do credor a qualquer custo.

Não fez a Constituição Federal de 1988 a escolha por um Estado que adote um sistema econômico capitalista predatório e insustentável, do ponto de vista social e humanitário.

Em que pese divergências doutrinárias e jurisprudenciais, existem princípios constitucionais absolutos, e o direito à moradia é um deles, diante de todos os fundamentos acima mencionados.

As exceções de impenhorabilidade ao bem de família existente na Lei n.º 8.009/1990, bem como em demais leis infraconstitucionais são inconstitucionais não somente por violação expressa a norma constitucional fundamental, tais como previstas no art.6.º, e art. 1.º, inciso III, e do 226, da Constituição Federal, mas também por limitar o exercício de um direito fundamental de aplicação imediata previsto no art. 5.º, §1.º,⁶⁷ da CF\88.

Menciona a doutrina de George Marmelstein sobre a natureza jurídica e conceituação dos direitos fundamentais dentro deste contexto do direito à moradia, vejamos;

Normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado estado democrático de direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (2011, p. 20)

O direito à moradia, nos termos do art. 6.º, da CF/88 é direito fundamental e carece da proteção Estatal, de modo a ficar resguardada de todo e qualquer ato que possa ameaçar a sua subsistência, uma vez que, como relata Paulo Lôbo; (2013, p. 358)

(...) é direito mais amplo que o de propriedade ou domínio do bem, oponível ao Estado, à sociedade e às pessoas. O direito ao crédito, não lhe pode

⁶⁷ BRASIL - Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

sobrepujar. Este é o fundamento constitucional geral da imunização da moradia à penhora.

Como já mencionado não pode um direito fundamental de natureza social, vinculado a consagração e efetivação dos direitos de dignificação humana, dignidade humana, sucumbir-se face a interesses meramente econômicos e individuais do credor em uma obrigação de crédito, qualquer natureza que seja.

Não é compatível com a lógica que o legislador constituinte do princípio da dignidade da pessoa humana a norma fundamental, princípio absoluto, em cláusula pétrea, e alçado a família como elemento essencial e alicerce da sociedade, e ao mesmo tempo permitir que o indivíduo e sua família seja expropriada de sua moradia. É inconcebível a ideia de vulneração ao princípio constitucional de proteção à moradia.

Há que se mencionar ainda que tem doutrina que defende a inconstitucionalidade da Lei Federal n.º 8.009/1990 em uma interpretação desfavorável ao devedor, entendendo que seria inconstitucional a limitação imposta a Lei ao patrimônio do devedor violaria o “princípio” de satisfação do crédito. Fala-se ainda em que a Lei fomenta o inadimplemento das relações obrigacionais, e que sendo o patrimônio responsável para satisfação do crédito alheio e das dívidas do devedor a limitação imposta pela lei do bem de família seria injusta e ilegal restrição a devida satisfação ao crédito do credor.

Tal argumento, data vênia, não tem qualquer amparo dentro da lógica jurídica constitucional.

Não se nega a importância da existência e da necessária satisfação do crédito do credor. O que se discute é o preço pago pela sociedade para satisfação do crédito do credor a qualquer custo.

Ocorre que deve as obrigações de cautela, realizada na fase de pontuação contratual entre as partes, antes da vinculação contratual e obrigacional, ser distribuído para ambas as partes na relação contratual.

Deve o credor, na maioria das vezes, quando envolvido garantias contratuais de natureza real, instituição financeira, se cercar de cautela e tomada de levantamento de dados e informações dos seus clientes e devedores, buscando informações quanto a capacidade patrimonial dos mesmo para assumir eventual responsabilidade patrimonial futura em razão de uma inadimplência contratual.

Atribuir responsabilidade unicamente ao devedor, eximindo o credor, em especial instituições financeiras, de qualquer responsabilidade pela inadimplência contratual, fechando

– se os olhos para a políticas publicitárias abusivas de oferta de crédito no mercado consumidor, e por consequências disso se instalar na sociedade uma grave crise social de pessoas que são expropriadas de suas casas para satisfação do crédito dos bancos, é um ato de irresponsabilidade social por parte do Poder Judiciário, e grave ofensa aos princípios constitucionais.

Como já mencionado anteriormente o capitalismo predatório e a qualquer custo não foi o modelo econômico adotado pela Constituição Federal 1988, mas sim o modelo econômico que tem seu pilar no respeito à dignidade da pessoa humana, no respeito e valorização do trabalho humano, e nos ditames da justiça social.

A expropriação do único imóvel residencial de uma família para quitação de um débito face ao credor, muitas vezes, em caso de alienação judicial, ocorrer por preços muito abaixo do valor de mercado, não atende aos requisitos e princípios constitucionais mencionados e visualizados em qualquer aspecto e ângulo que possam ser analisados do ponto de vista de justiça social e dignificação da pessoa humana.

O credor poderá valer-se de outras modalidades de execução de outro (s) patrimônios ou bens do devedor, exceto o do único imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família.

Como já mencionado anteriormente na passagem por esse trabalho, a moradia, a única moradia do indivíduo, da família, está ligada e faz parte do mínimo existencial, do mínimo material que foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, como elemento indispensável a dignificação da pessoa humana à proteção do alicerce da sociedade que é a família.

Como se viu no capítulo anterior, aonde abordamos as questões referente aos entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores quanto da apreciação da matéria da proteção ao bem de família, a justificativa em vilipendiar o direito à moradia sob a fundamentação jurídica no princípio contratual da *pacta sunt servanda* não encontra sustentação jurídica constitucional, por vários motivos. Em primeiro lugar porque, como já mencionado nesse trabalho, o direito à moradia, representado aqui pelo bem de família, é um direito em princípio constitucional fundamental de ordem social, fazendo parte do rol de direitos mínimos de dignificação da pessoa humana, direito da personalidade, e desta forma um direito indisponível em regra, não podendo sofrer limitações ou ataques nos termos do art. 11 do Código Civil.

Ademais, utilizando-se do princípio das relações obrigacionais da *pacta sunt servanda*, ou força obrigatória das convenções, temos outros princípios legais expressos no Código Civil

de envergadura constitucional como os mencionados no art. 421⁶⁸ e 422⁶⁹ daquele diploma legal.

O art. 421 do Código Civil menciona que a liberdade de contratar não é absoluta e ilimitada, mas sofre limitações, e que tal liberdade será exercida em razões e nos limites da função social do contrato.

Expropriar o único bem imóvel de uma família e coloca-los ao relento, para a satisfação de um direito individual e meramente patrimonial não é exercer uma faculdade contratual que respeite a função social das obrigações, nem mesmo de justiça social conforme menciona o art. 170 da CF\88 como princípio para o exercício da atividade econômica no país.

Cabe mencionar ainda que a proteção ao bem de família tem especial relevância a proteção à criança e aos adolescentes, e ao futuro das novas gerações, e tal proteção é uma imposição da Constituição ao Estado, aos pais e a sociedade como um todo, conforme menciona o art. 227, caput,⁷⁰ da CF\88, pois são pessoas que compõem a maioria das pessoas de uma família. São pessoas vulneráveis, em fase de desenvolvimento humano e social, e não podem imaginar que haja mínimas condições de um desenvolvimento social e humano saudável o despejo de crianças e adolescentes com seus pais de sua moradia.

Não podemos deixar de mencionar o amparo das pessoas deficientes e idosos, a moradia é o único refúgio de abrigo e proteção para as pessoas deficientes e idosas, sendo dever do Estado, dos seus responsáveis legais, e de toda sociedade, nos termos do art. 227, §1.º, inciso II,⁷¹ da CF.

⁶⁸ BRASIL – Código Civil brasileiro - Art. 421. *A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.*

⁶⁹ BRASIL – Código Civil brasileiro - Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

⁷⁰ BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

⁷¹ BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (...)*

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

O art. 230,⁷² da Constituição Federal menciona que a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar a pessoa idosa, e defendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida, sendo que é mencionado no §1.º do art. 230 da CF que o atendimento e amparo do idoso se dará, preferencialmente, em sua moradia.

É absolutamente impossível assegurar as pessoas vulneráveis como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência e idosos, a preservação de sua vida, saúde, dignidade e desenvolvimento social se não for possível garantir aos mesmos o direito à moradia, a proteção da moradia, preservando e a protegendo de qualquer risco de perda e expropriação desse bem, único bem substancial do ser humano.

Voltamos a frisar que o modelo de atividade econômica criada pela Constituição de 1988 para o Brasil não foi o modelo de capitalismo predatório e desumano, que desrespeita os mais básicos e fundamentais direitos da dignificação humana.

A Constituição Federal em seu art. 5.º, inciso XXII,⁷³ garante o direito de ser proprietário, e esse direito passa pelo oferecimento de meios por parte do Estado de proteção a esse direito.

Já o art. 5.º, inciso XXIII,⁷⁴ da mesma CF\88, menciona que o direito de propriedade garantido pelo Estado deve ter e respeitar uma função social. Ou seja, a propriedade e seu exercício sempre estará ligado a ideia de proteção e benefício social.

Nota-se desta forma, uma vez mais que, a Constituição Federal fez uma clara escolha pela consagração do coletivo, do social, da dignidade da pessoa humana, dos valores da justiça social, os interesses individuais e meramente econômicos individuais não podem se sobrepor a valores constitucionais de proteção da vida, da família, da sociedade e da dignidade da pessoa humana.

Desta forma pode ser verificado que as exceções a impenhorabilidade ao bem de família existentes nos art. 3.º, inciso II a VII, e mesmo no seu art. 4.º, ambos da Lei Federal 8.009/1990, bem como em demais legislações especiais, são incompatíveis com a Constituição

⁷² BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

⁷³ BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;

⁷⁴ BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Federal de 1988, em especial com o art. 6.º, e art. 226, conjugados com os art. 1.º, inciso III, 3.º, inciso III, 5.º inciso XXIII, ambos da Constituição Federal, bem como com tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, ante aos valores e princípios constitucionais e humanitários que se reveste o instituto do bem de família que efetivam o direito à moradia, consagrado como direito fundamental de natureza social que representa o acervo de afetação do mínimo existencial para consagração da dignidade da pessoa humana, preceito e princípio de alicerce de toda Constituição Federal de 1988.

4.1 Desenvolvimento Econômico com Respeito aos Direitos Fundamentais e ao Direito à Moradia

Levando esses parâmetros ao aspecto econômico podemos mencionar que o art. 170 da CF88 menciona que na República Federativa do Brasil a atividade econômica será alicerçada, e obedecerá às diretrizes;

- 1- A valorização social do trabalho humano
- 2- - Livre iniciativa

Com a finalidade de assegurar ao cidadão uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Fica absolutamente claro, sem margem para dúvidas que a atividade econômica, exercida e desenvolvida no País, deve proporcionar proteção e fomento aos direitos fundamentais, aos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

A atividade econômica que prejudica os valores sociais, que lecionam os direitos da personalidade e lesa os direitos fundamentais está em descompasso com a Carta Magna do País, e deve ser corrigida, trilhada, moldada ao caminho que leva ao respeito dos valores fundamentais escolhidos pelo legislador constituinte.

Menciona ainda a Constituição Federal em seu Título VII que trata da Ordem Econômica e Financeira, mais precisamente nos art. 170, e seus incisos que a atividade econômica a ser exercida no Brasil tem como princípios, dentre outros, a função social da propriedade, defesa do consumidor, e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Podemos verificar que no aspecto econômico a Constituição Federal de 1988 deixa claro, como não poderia deixar de ser ante aos seus valores, que o desenvolvimento da atividade econômica deve ocorrer com especial respeito ao Estado social, e aos direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse particular estamos diante de um conflito de princípios de natureza constitucional, o da tutela de crédito, vinculado ao direito de propriedade, e de outro o princípio da tutela do direito à moradia, vinculado umbilicalmente ao princípio não somente dos direitos sociais fundamentais previsto no art. 6.º da CF, que traz um rol de direitos materiais e imateriais mínimos a ser disponibilizado ao indivíduo, mas também vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor de maior envergadura previsto na carta política de 1988.

Diante do conflito de princípios constitucionais de elevada importância para o desenvolvimento econômico e social sustentável, necessário se faz uma análise de ponderação ou sopesamento entre esses princípios quando estão em aparente colisão, como poderia ser quando o credor requer o cumprimento da obrigação que lhe é devida em detrimento da expropriação da moradia do devedor. Sobre essa análise de hermenêutica constitucional menciona Marcelo Antonio Theodoro e Fernando Flores Fanaia, vejamos;

Assim, ao ocorrer um conflito de princípios, a antinomia se resolverá a partir de um processo de ponderação, também chamado de sopesamento, por meio do qual se verificará, através de uma análise de peso, qual princípio deve produzir efeitos no caso concreto, sendo importante lembrar que o princípio que perde a disputa de peso não é eliminado do ordenamento como ocorre com as regras, podendo vir a prevalecer sobre o princípio colidente se as circunstâncias do caso se modificarem (THEODORO, FANAIA, 2018, p.8)

Embora possa aparentar haver um conflito de princípios de natureza constitucional, como já mencionado, entre a tutela ao direito constitucional de proteção à moradia, e do outro a tutela do crédito, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo, como já mencionado nos capítulos anteriores, uma clara escolha na proteção da moradia face a tutela de crédito do credor.

Como já mencionado a norma constitucional expressa no art. 6.º expressa que são direitos sociais, dentre outros, à moradia. O art. 226 da CF menciona que a família é a base – alicerce – da sociedade e tem especial proteção do Estado. Como já mencionado não há como se falar em proteção do Estado à família, a entidade familiar, sem falarmos em integral proteção da moradia familiar.

Como já mencionado a moradia familiar é o principal e indispensável bem material que dá existência a unidade familiar.

Como já mencionado o art. 170 da CF traça um padrão de valores que devem pautar toda a atividade e desenvolvimento econômico do Brasil, é fundada – alicerçada – na

valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e que a união desses tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

É muito claro observar que o modelo econômico escolhido pela Constituição para o desenvolvimento econômico e social do país é um modelo equilibrado e com respeito a valores e princípios. Não fazem parte do modelo econômico constitucional brasileiro um sistema predatório, no qual se inclui uma tutela de crédito a qualquer custo.

Ao Poder Judiciário cabe, como aplicador e interprete na da legislação, na aplicação da Lei ao caso concreto se sustentar em premissas orientativas constitucionais, e se afastar de todo sentimento de egocentrismo e individualismo na busca pelo cumprimento das obrigações expostas em suas decisões.

O julgador deve entender que, o respeito para com a Constituição e a suas normas, a teor dos valores, princípios e modelo de sociedade democrática pela qual o Poder Constituinte originário escolheu para o país, e sua efetiva aplicação pelas decisões judiciais, é a melhor e mais vigorosa atitude de respeito e prestígio ao Poder Judiciário e as suas decisões.

Dentro desse contexto se insere o direito à moradia, que em face a tutela de crédito, deve prevalecer. Como já mencionado não busca aqui desmerecer ou mesmo impedir com que o credor satisfaça legitimamente seu crédito a qual tem direito a receber, mas sim buscar equacionar interesses relevantes para sociedade e para coletividade, dentre os quais insere a proteção integral a impenhorabilidade da moradia familiar.

CAPÍTULO 5 O USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA DIGITALIZAÇÃO NA PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA

O mundo vem passando com grandes transformações nas últimas décadas, e a mais perceptível de todas é o avanço da tecnologia. Vivemos na era da tecnologia da informação, na tecnologia da transformação, e as áreas afetas ao direito vem sendo profundamente influenciada por essas inovações tecnológicas.

O direito vem tendo que se adaptar de várias maneiras as influências da tecnologia, sendo na prática, com a solução de novos conflitos vindos das novas formas de relacionamento humano, dentro os quais os das relações jurídicas, de fatos ou atos jurídicos que tem sua ocorrência por meios tecnológicos e que chama a atuação do direito e do poder judiciário para a solução de conflitos.

Não somente como julgador dos conflitos de interesse existentes por conta das novas tecnologias no convívio social, tais como nas redes sociais, as novas tecnologias também servem se apoio ao Poder Judiciário, apoio esse que veio para facilitar, agilizar e modernizar a atuação do Poder Judiciário na prestação do serviço jurisdicional.

No Brasil tal transformação iniciou-se em meados da década de 90 com as concessões dos serviços de telecomunicação as empresas privadas que eram responsáveis pela concessão e comercialização dos serviços de internet, bem como com a abertura do mercado de consumo brasileiro a produtos importados, em especial dos computadores e equipamentos de informática.

A partir dos anos 2000 houve uma expansão no exercício de atividades econômicas realizadas através de contratos eletrônicos, em especial os de compra e venda de produtos e serviços.

A promulgação da Lei Federal n.º 12.965/2014⁷⁵, que regulamenta o uso da internet e cria mecanismos de rastreamento dos usuários da rede, trouxe uma maior confiabilidade dos usuários na realização de negócios jurídicos através de contratos eletrônicos, 100% digitais, desde da fase de tratativas, execução e conclusão dos contratos.

De um modo geral a legislação contratual brasileira facilitou a disseminação dessa modalidade de contrato, o contrato eletrônico, tendo em vista que adotamos um modelo de contrato baseado na informalidade. O art. 107 do Código Civil menciona que “*a manifestação de vontade não dependerá de formas especiais, salvo quando a lei assim exigir*”.

A possibilidade conferida pela tecnologia à celebração de novos negócios jurídicos, viabilizados em grande medida por outra tecnologia disruptiva foi a criação das assinaturas eletrônicas, firmas digitais, inseridas em contratos digitais, através de senhas pessoais, que garantiram, por força de Lei, Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001⁷⁶, ICP-Brasil – Infraestrutura de Chaves Públicas, entidade tida como autoridade certificadora de assinaturas digitais. A legislação determina que qualquer documento digital tem validade legal se for certificado pela ICP-Brasil.

Essa importante ferramenta tecnológica trouxe a possibilidade em possibilitar a celebração de negócios jurídicos formais e solenes, por força da Lei, através de do mundo digital, quando garantiu a possibilidade de conferir segurança jurídica ante a autenticidade

⁷⁵ BRASIL. Lei Federal n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil – Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

⁷⁶ BRASIL. Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 - Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.

conferida às assinaturas digitais, a mesma autenticidade, validade jurídica e segurança conferidas aquelas realizadas juntos os cartórios extrajudiciais de notas e documentos.

Desta forma é possível a celebração de contratos de compra venda imobiliário através de plataforma 100% digital sem a necessidade da presença física dos sujeitos do negócio jurídico nos cartórios de notas para a lavratura da escritura do contrato de compra e venda.

Mais precisamente no controle imobiliário, a qual se insere o bem de família enquanto bem imóvel residencial da família ou de entidade família, a tecnologia se tornou muito presente nas serventias imobiliárias, não somente com a possibilidade da celebração do contrato solene de compra e venda junto aos tabeliões de notas, quanto junto aos registros imobiliários.

É possível, por intermédio das novas tecnologias da transmissão de dados, o registro digital das escrituras públicas de compra e venda de imóveis, bem como a obtenção de quaisquer serviços públicos prestados pelos cartórios de registro de imóveis por todo território nacional.

Tais possibilidades são regulamentadas por atos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça, que tem a competência legal de regulamentação dos atos e práticas dos cartórios extrajudiciais no país.

Mais precisamente o Provimento de n.º 100, de 26 de maio de 2020⁷⁷, veio para regulamentar o denominado sistema e-Notariado, e cria a Matrícula Notarial Eletrônica – MNE. Esse ato normativo cria os atos notarias digitais, tais como a assinatura eletrônica notariada, certificado digital notariado, a videoconferência notarial visando a colheita da expressão e verificação livre e voluntária expressão da manifestação dos contratantes, a ata notarial eletrônica que retrata a celebração do ato solene e formal nos moldes das exigências legais, dentre outros mecanismo que se utilizam da tecnologia da informação para a prestação de serviços notarias de forma digital.

Tais disposições estão previstas no art. 2.º, inciso I a XXIII⁷⁸, do Provimento n.º 100 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ - Provimento de n.º 100, de 26 de maio de 2020 - Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências.

⁷⁸ BRASIL – Conselho Nacional de Justiça – CNJ – Provimento n.º 100/2020 – Art. 2.º. Para fins deste provimento, considera-se: I - assinatura eletrônica notariada: qualquer forma de verificação de autoria, integridade e autenticidade de um documento eletrônico realizada por um notário, atribuindo fé pública; II - certificado digital notariado: identidade digital de uma pessoa física ou jurídica, identificada presencialmente por um notário a quem se atribui fé pública; III - assinatura digital: resumo matemático computacionalmente calculado a partir do uso de chave privada e que pode ser verificado com o uso de chave pública, cujo certificado seja conforme a Medida Provisória n. 2.200-2/2001 ou qualquer outra tecnologia autorizada pela lei; IV - biometria: dado ou conjunto de informações biológicas de uma pessoa, que possibilita ao tabelião confirmar a identidade e a sua presença, em ato notarial ou autenticação em ato particular. V -

As prestações de serviços públicos de registro imobiliária também passam por profunda transformação tecnológica. Os registros de compra e venda na matrículas imobiliárias, bem como a obtenção de certidão de acervo imobiliário registrado em nome de uma pessoa, natural ou jurídica, podem ser realizados por procedimento 100% eletrônico ou digital, sem a necessidade de presença física dos interessados, bem como a desnecessidade de manejo de documentos físicos.

O Provimento 89 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi editado para regulamentar o art. 235-A⁷⁹ da Lei Federal n.º 6.015/1973, ao instituir o código nacional de matrículas – CNM, bem como regulamentando o art. 76⁸⁰, da Lei Federal n.º 13.465/2017, a instituição do sistema de registro eletrônico de imóveis – SREI, ambos estruturado, organizado e mantido pelo Operador Nacional de Registro Eletrônico – ONR, órgão criado pelas entidades de classe do setor delegatários do cartórios extrajudicial no Brasil.

videoconferência notarial: ato realizado pelo notário para verificação da livre manifestação da vontade das partes em relação ao ato notarial lavrado eletronicamente; VI - ato notarial eletrônico: conjunto de metadados, gravações de declarações de anuência das partes por videoconferência notarial e documento eletrônico, correspondentes a um ato notarial; VII - documento físico: qualquer peça escrita ou impressa em qualquer suporte que ofereça prova ou informação sobre um ato, fato ou negócio, assinada ou não, e emitida na forma que lhe for própria. VIII - digitalização ou desmaterialização: processo de reprodução ou conversão de fato, ato, documento, negócio ou coisa, produzidos ou representados originalmente em meio não digital, para o formato digital; IX - papelização ou materialização: processo de reprodução ou conversão de fato, ato, documento, negócio ou coisa, produzidos ou representados originalmente em meio digital, para o formato em papel; X - documento eletrônico: qualquer arquivo em formato digital que ofereça prova ou informação sobre um ato, fato ou negócio, emitido na forma que lhe for própria, inclusive aquele cuja autoria seja verificável pela internet. XI - documento digitalizado: reprodução digital de documento originalmente em papel ou outro meio físico; XII - documento digital: documento originalmente produzido em meio digital; XIII - meio eletrônico: ambiente de armazenamento ou tráfego de informações digitais; XIV - transmissão eletrônica: toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, tal como os serviços de internet; XV - usuários internos: tabeliães de notas, substitutos, interinos, interventores, escreventes e auxiliares com acesso às funcionalidades internas do sistema de processamento em meio eletrônico; XVI - usuários externos: todos os demais usuários, incluídas partes, membros do Poder Judiciário, autoridades, órgãos governamentais e empresariais; XVII - CENAD: Central Notarial de Autenticação Digital, que consiste em uma ferramenta para os notários autenticarem os documentos digitais, com base em seus originais, que podem ser em papel ou natos-digitais; XVIII - cliente do serviço notarial: todo o usuário que comparecer perante um notário como parte direta ou indiretamente interessada em um ato notarial, ainda que por meio de representantes, independentemente de ter sido o notário escolhido pela parte outorgante, outorgada ou por um terceiro;

⁷⁹ BRASIL. Lei Federal n.º 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências – Art. 235-A. Fica instituído o Código Nacional de Matrícula (CNM) que corresponde à numeração única de matrículas imobiliárias em âmbito nacional. § 1º O CNM referente a matrícula encerrada ou cancelada não poderá ser reutilizado. § 2º Ato da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça regulamentará as características e a forma de implementação do CNM.

⁸⁰ BRASIL. Lei Federal n.º 13.465, de 11 de julho de 2017. Esta Lei dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; e dá outras providências. Art. 76. O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) será implementado e operado, em âmbito nacional, pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR).

Através do sistema de registro eletrônico de imóveis – SREI será possível a realização de registro de imóveis, art. 8.º, §3.º, inciso I⁸¹, do Provimento 89 do CNJ, bem como a obtenção de informações de registro de imóveis em nome de pessoa natural e jurídica em todo território nacional, unificando assim as informações de registro imobiliário no País, algo inexistente desde então.

Tais informações poderão ser disponibilizadas a terceiros interessados, bem como a órgãos e entidades da administração pública, tais como o Poder Judiciário, mediante convênios e parcerias.

Dentro desse contexto de uniformização das informações de propriedade imobiliária no Brasil, bem como possibilidade de obtenção das informações anotações de averbação nas respectivas matrículas imobiliárias, existe uma importante ferramenta de defesa e proteção ao bem de família.

O bem de família será objeto de defesa, em regra, quando da sua tentativa de responsabilização por dívida de seu titular no bojo de uma ação judicial, e como tal, dentro desse contexto, tendo o julgador e as partes uma ferramenta tecnológica como os do sistema nacional de registro imobiliário – SREI, facilita e agiliza a sua proteção.

Com o sistema digital e uniformizado de informações de propriedade imobiliária a disposição do Poder Judiciário o magistrado pode identificar se o bem objeto de responsabilização patrimonial é potencialmente um bem de família, tendo em vista a informações que podem ser obtidas pelo SREI.

As informações que podem ser obtidas pelo SREI podem identificar a natureza do imóvel, se residencial ou comercial, urbano ou rural, os dados e informação de localização e titularidade, o que facilita o juízo de convencimento e de convicção do julgador.

Sendo o bem de família regulamentado por norma legal de natureza eminentemente constitucional, de natureza cogente impositiva e de ordem pública, pode o julgador, conhecer de ofício a impenhorabilidade do bem, invertendo o ônus probatório em desfavor do credor, que poderá comprovar de forma diversa a inexistência da proteção legal.

⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ - Provimento de n.º 89, de 18 de dezembro de 2019 - Regulamenta o Código Nacional de Matrículas - CNM, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado – SAEC, o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI e estabelece diretrizes para o estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico – ONR – Art. 8º O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI tem como objetivo a universalização das atividades de registro público imobiliário, a adoção de governança corporativa das serventias de registros de imóveis e a instituição do sistema de registro eletrônico de imóveis previsto no art. 37 da Lei n. 11.977/2009. (...)§ 3º São elementos do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis – SREI: I – o registro imobiliário eletrônico;

O magistrado terá a sua disposição, 24 horas por dia, em meio eletrônico, por meio do SREI, as informações atualizadas de todo acervo imobiliário do País, e todas as informações da vida e histórico de um imóvel localizado em qualquer Município do Brasil, seja de titularidade de pessoa natural ou pessoa jurídica.

Veja que por meio dos sistemas tecnológicos existente que acompanha toda as fases da aquisição e disposição da propriedade imobiliária com a lavratura do contrato de compra e venda por escritura pública, bem como seu registro imobiliário pode ser acompanhado e verificado em tempo real pelo magistrado.

Mesmo aquele imóvel residencial que, adquirido e existente como moradia da família ou de uma entidade familiar que ainda não se materializou em propriedade, ante a ausência de registro imobiliário, por razões de impossibilidade econômica do seu titular em custar o registro, o que é absolutamente comum no Brasil, o magistrado poderá conferir, desde logo a proteção ao bem de família mesmo sem o efetivo registro imobiliário.

Todas as inovações tecnológicas existentes e mencionadas no setor dos cartórios extrajudiciais de segurança imobiliária como Matrícula Notarial Eletrônica – MNE e do o Sistema Eletrônico de Registro Imobiliário – SERI são importantes ferramentas as disposições, não somente dos usuários dos serviços notarias e de registro imobiliário, mas também ao Poder Judiciário, e da administração pública em geral, em defesa e proteção a moradia familiar e ao bem de família.

5.1 A Tecnologia da Blockchain e a Proteção ao Bem de Família por Meio do Armazenamento de Informações Registrais Disponíveis

As novas tecnologias de armazenamento de informação e dados vem contribuindo para a agilidade e desburocratização de serviços que antes eram realizados em locais físicos que em muitos dos casos comprometiam a vida útil de informações e dados para as empresas e órgãos públicos.

A tecnologia de armazenamento de dados e informações como a blockchain irão permitir, não somente o armazenamento de dados e informações de forma ágil, rápido e segura, mais ainda a acessibilidade de baixo custo de informações e dados que, nos dias atuais, são de alto custo para população e que inviabilizam a regularização formal de uma relação jurídica, tais como do indivíduo com os bens imóveis.

5.1.1 Da Blockchain: conceito e funcionalidade

As tecnologias disruptivas vêm ganhando espaço para estudos mais aprofundados, já que refletem diretamente na sociedade como um todo.

Nesse sentido, “o conceito de tecnologias disruptivas estaria mais associado a um processo de inovação revolucionária, pela introdução no mercado de novos produtos ou serviços com melhores características ou menor custo para o consumidor (SERRANO e BALDANZA, 2017, p. 40).

Segundo Christensen (2006, apud BENCKE, 2017, p. 161) a inovação disruptiva pode ser definida da seguinte forma;

À inovação disruptivas descreve um processo pelo qual um produto ou serviço inicia por aplicações simples, na “parte inferior” de um mercado e, progressivamente, se move para “acima do mercado”, deslocando ou eliminando concorrentes estabelecidos. Esse modelo de inovação permite acesso a produtos e serviços até então inacessíveis a uma parte da população com baixo poder financeiro aquisitivo.

Dessa forma, observa-se que as inovações tecnológicas estão presentes em vários ramos da sociedade, transformando os hábitos dos indivíduos, o mercado e o consumo. No campo dos negócios não seria diferente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que essa transformação digital das instituições financeiras promove muitas discussões, tais como o surgimento dos bancos digitais e do uso da tecnologia blockchain (JESUS, 2017, p.9).

Ademais, as relações empresarias estão cada vez mais complexas e, por isso torna-se imprescindível a utilização de novas tecnologias que garantam a segurança das transações, bem como que agilizem essas operações.

Seguindo essa perspectiva, a transformação digital afeta diretamente as empresas e as instituições financeiras, que devem se adequar a essa nova realidade.

O termo “blockchain”, do inglês “Encadeamento de Blocos” é utilizado para designar bases de registros e dados distribuídos e compartilhados que possuem a função de criar um índice global para todas as transações que ocorrem na rede, facilitando a transparência e a confiança entre a seguradora e seus parceiros de negócios e clientes (CARVALHO, 2017).

Segundo Michael Talbot (2018, p. 450, apud, BAIÃO, 2020, 153), pode-se afirmar que o blockchain, como funcionamento;

Um banco de dados digital distribuído que utiliza tecnologia ponto a ponto, encadeada, combinada com chaves criptográficas para permitir o registro de um livro-razão de transações de forma segura, imutável, irretroatável, confiável e transparente, sem ponto central de controle.

Nesse mesmo sentido, Paul Vigna e Michal Casey (2018, p. 12, apud BAIÃO, 2020, 154), explicam que o blockchain funciona como um livro-razão digital compartilhado em uma rede descentralizada de computadores independentes, que o mantém atualizado de forma a permitir a comprovação de que os registros nele contidos são completos e incorruptíveis.

Em suma, *“um blockchain é uma base de dados distribuída e compartilhada pelos nós de um sistema distribuído organizado como uma rede peer-to-peer (P2P)”* (BRAGA, 2017, p. 3).

O mesmo autor explica que;

Os registros desta base de dados são chamados blocos. A base de dados somente aceita a inclusão de blocos novos e nunca a remoção ou modificação de blocos existentes. Por isto, a coleção de blocos é crescente e guarda a história desde a sua criação até o momento da atualização mais recente. Um blockchain é um ambiente seguro para registro de transações, uma vez que não há adulteração e nem modificação dos registros já feitos. (BRAGA, 2017, p. 4).

Além disso, essa tecnologia permite que o registro de dados e transações deixem de ficar armazenados em apenas um local e sejam distribuídos entre diversos participantes, com potencial de redução de custos operacionais, ganho de eficiência e aumento da segurança (JESUS, 2017, p. 44).

De mais a mais, o blockchain possui aplicações em vários setores, tais como, o público, de seguros, de varejo, financeiro.

Outrossim, menciona Renata Baião sobre a blockchain;

(...) a tecnologia blockchain, por sua vez, é alicerçada em conceitos de distribuição e descentralização das informações como uma das formas de tornar as redes resilientes, o que, em última análise, permite que os registros nelas constantes sejam transparentes, imutáveis e auditáveis (BAIÃO, 2020, p. 153).

No mais, as informações registradas por meio da tecnologia blockchain possui algumas características marcantes.

O atributo da imutabilidade diz respeito à garantia conferida pela criptografia e a cadeia de blocos. Além disso, a confiabilidade dada pela tecnologia do blockchain faz com que os dados do usuário não possam ser alterados ou apagados, ou seja, as informações são transparentes.

Quanto à transparência é importante ressaltar que, apesar das transações serem públicas, os mecanismos de criptografia protegem a identidade dos usuários.

Dessa forma, esses atributos favorecem a rapidez das transações, já que os intermediários são eliminados.

Importante ressaltar que, apesar de relacionadas, a tecnologia blockchain não se confunde com as criptomoedas. Isso porque “as criptomoedas são meios de troca, centralizados ou descentralizados, e que empregam tecnologia de blockchain e criptografia para assegurar a validade das transações e a criação de novas unidades de moeda” (ESTELLITA, 2019).

Até porque, “não existe qualquer informação na ledger que se pareça com uma moeda eletrônica (no sentido de uma sequência de bits unicamente identificável, distinguível das demais e transferível), apesar de o termo criptomoeda ser comumente associado ao Blockchain e ao Bitcoin” (BRAGA, 2017, p. 4).

Ademais, em relação especificamente às bitcoins, as criptomoedas mais conhecidas no momento, importante ressaltar que se trata de “uma criptomoeda descentralizada, um dinheiro eletrônico para transações diretas ponto-a-ponto (peer-to-peer, ou P2P), realizadas sem intermediários, e que são gravadas em um banco de dados distribuído e público denominado blockchain” (ESTELLITA, 2019).

Como bem explica Ulrich, a transação – e, portanto, uma transferência de propriedade dos bitcoins – é registrada, carimbada com data e hora e exposta em um “bloco” do blockchain (o grande banco de dados, ou livro-razão da rede Bitcoin) (ULRICH, 2014, p. 19).

Ou seja, “as transações são transmitidas para a rede descentralizada de computadores por meio de um software e são confirmadas pelos mineradores e, então, inscritas neste grande

livro-razão (movimentação analítica das transações), transparente e aberto ao público, chamado blockchain” (ESTELLITA, 2019).

5.1.2 Proteção do Bem de Família por meio da Utilização da Tecnologia da Blockchain

Como mencionado no capítulo anterior a blockchain é um sistema de armazenamentos de dados e de informações, de forma descentralizada, desenvolvida em uma cadeia de blocos interligados uns com os outros, aonde ficam inseridas em uma vasta rede de computadores espalhadas pelo mundo todo.

Essas informações armazenadas e registradas nas redes de blocos cuidada, protegida e validada pelos denominados mineradores, esses responsáveis por garantir a conferência dos dados lançados no sistema blockchain, e assim, com a formação dos blocos de dados interligados com informações das transações do novo bloco e resumo das informações do bloco anterior (Hash), juntamente com a descentralização do armazenamento, conferem a segurança da impossibilidade de perda dos dados e informações inseridas na blockchain (BASSOTO, Lucas, 2018).

A Blockchain é, desta forma, como já mencionado no capítulo anterior, um livro contábil de transações, um registro virtual que contém transações financeiras, comerciais, registros de documentos dentre muitos outros serviços de armazenamento de dados e informações entre os participantes, que chegam, automaticamente, a um consenso sobre a validade das transações processadas de forma a evitar fraudes (TEIXEIRA, Guilherme, 2019).

Como a blockchain foi desenvolvida conjuntamente com as criptomoedas, em especial com as bitcoin (BASSOTO, Lucas, 2018), visto que sem a criação da blockchain não seria possível torna viável a comercialização e circulação da moeda digital, face a ausência do elemento de controle e confiança das informações e dos dados das transações realizadas, sua ideia central é o oferecimento de uma base sólida, inviolável, e imutável para os dados nela inseridas.

Tal segurança e proteção dos dados e informações decorre, como já mencionado acima, de um modelo de armazenamento desses dados e informações, mediante criptografia, imutabilidade das informações nelas inseridas e descentralização de armazenamento, além da necessária conferência e validação dos dados inseridos no sistema da blockchain, que se dá pela aprovação da maioria dos mineradores, denominado de consenso da rede blockchain.

Essa descentralização do poder e controle dos dados é a essência e a motivação da criação da blockchain, juntamente com a proteção, segurança e inviolabilidade dos dados e

informações constante e inserido no livro contábil, tendo em vista que a ideia central da criação das moedas digitais, em especial da bitcoin, era impedir o controle e a regulamentação dessas moedas por parte dos Estados e entidades governamentais, vejamos o que menciona DANTAS, Henrique, 2019;

Todos os dados da blockchain são descentralizados, o que significa que não estão sob controle de uma única entidade, mas sim espalhados nos computadores de milhões de usuários (também chamados de nodes) ao redor do mundo. Essa descentralização impede que uma ou mais entidades tenham poder total sobre os dados da blockchain.

Essas características especiais da tecnologia da blockchain, armazenamento de dados e informações, segurança, inviolabilidade, imutabilidade e descentralização compartilhada, passou a ser estudada, visando a sua implementação e utilização *em outros contratos* que não sejam aos de compra e venda de moedas digitais, como a bitcoin, para qual originalmente foi criada.

Com o passar do tempo, desde criação da criptomoeda e do sistema inovador essencial e aprimorado do sistema blockchain no ano de 2009, muitas áreas da economia buscam adaptar a tecnologia a outras relações negociais ou mesmo de segurança de dados e informações, tais como registro público e privados de dados, informações e documentos.

Dentro desse contexto da criação desse mecanismo tecnológico de armazenamento de dados e informações, de forma segura, transparente confiável e impossibilitado de perda e alteração indevida dos dados e informações armazenadas, que confere a blockchain, se insere o futuro do registro de informações imobiliárias, que hoje é restrito aos cartórios extrajudiciais, de controle estatal.

Em um futuro próximo o armazenamento de informações negociais de transações imobiliária deixará de ser realizado pelos cartórios de registro de imóveis, vinculados ao poder estatal, que oferece serviços que tem um alto custo financeiro a população, passando \ migrando para plataformas como as da blockchain, que são muito mais ágeis, simplificado, de maior confiabilidade e com custos financeiros muito mais acessíveis dos que são praticados nos dias atuais pelos cartórios extrajudiciais.

Aliais, os altos custos financeiros com as transações imobiliárias são os responsáveis direto pelos altos índices de irregularidade imobiliária no Brasil, fazendo da posse imobiliária uma regra na vida do cidadão, ao invés da propriedade imobiliária.

A ausência da regularização imobiliária dos bens imóveis, nesse caso, dos imóveis residenciais da família, ante, principalmente, do alto custo da regularização imobiliária, faz com que a o bem de família fique desprotegido e a mercê de atos de responsabilização patrimonial em processos judiciais.

Embora a posse seja um instituto regulamentado pela legislação, em especial nos art.(s) 1.196⁸², 1.197 e 1.204, ambos do Código Civil, é a propriedade (art. 1.228⁸³ e 1.229 C/C) que garante, nos termos da Lei, a condição de proprietário e senhorio do bem imóvel residencial e como tal garantindo a efetiva proteção conferida pela Lei Federal n.º 8.009/1990 que trata do bem de família.

O art. 1.º da Lei 8.009/1990 menciona “*o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar*” o que nós faz crer que, do ponto de vista da relações jurídica existente entre o sujeito e um bem imóvel, o que lhe garante proteção legal da Lei do bem de família é, em regra, a propriedade, e não a posse.

As novas tecnologias de do mundo digital e da inovação tecnológica, como a blockchain é, efetivamente, um instrumento tecnológico que tem o potencial, e muito provavelmente será, a plataforma que substituirá em médio prazo de tempo, os onerosos cartórios extrajudiciais, em especial os cartórios imobiliários, que tem como finalidade, nos dias atuais, atender e prestar os serviços imobiliários a uma pequena parcela da sociedade que consegue custear os altos valores com o registro imobiliário de transações de compra e venda, permuta, doação e transferência imobiliária.

O atual serviço imobiliário tem uma clientela restrita e limitada de pessoas que podem pagar um alto custo financeiro com a formalização e transmissão da propriedade imóvel, o que exclui da formalização imobiliária a grande maioria da população brasileira.

A tecnologia disruptiva da blockchain irá proporcionar a regularização imobiliária o registro das informações imobiliárias de compra e venda, doação, permuta e transferência imobiliária com maior agilidade, menor burocracia, maior confiabilidade nas informações e a

⁸² BRASIL. Código Civil. Art. 1.196. *Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.* Art. 1.197. *A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.* Art. 1.204. *Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.*

⁸³ BRASIL. Código Civil. Art. 1.228. *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.* Art. 1.229. *A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.*

um custo financeiro muito abaixo e acessível ao cidadão, diversamente do existente nos dias atuais, podendo até mesmo imaginarmos um serviço disponível a custo zero, ante as características do sistema da blockchain de armazenamento de dados e informações e a facilidade de acesso a tais informações.

Nota-se que com a blockchain, por ser um central tecnológica de armazenamento de dados e informações de transações comerciais, em regra, pode vir, e virá, a substituir os cartórios de notas, ante a desnecessidade de lavraturas de escrituras públicas em transações e negociação imobiliária, o que traria ainda mais economia ao cidadão nas transações imobiliárias o que tornaria a regularização imobiliária e fundiária mais acessíveis.

O bem de família, a moradia da família, seja ela urbana ou rural, com a tecnologia da blockchain, em substituição das burocráticas e onerosos serviços cartorários, seria ampla mente beneficiada, protegida e fomentada. Desta forma, ante a proteção ao bem de família, o acesso à moradia do cidadão, ganharia um novo instrumento de auxílio de consagração de proteção à moradia, e desta forma, da dignidade da pessoa humana.

5.2 Jurimetria da Impenhorabilidade do Bem de Família para Concretização do Direito à Moradia: riscos, perigos e avanços de um sistema seguro de tecnologia

O exercício da atividade jurídica depende da capacidade do profissional de identificar legislações aplicáveis ao caso em análise, bem como de realizar pesquisas acerca de posicionamentos prevalentes, jurisprudência, precedentes, etc. Para refinar essas pesquisas e agilizar a análise das mesmas, além de reduzir custos e o tempo despendido, cresce a automatização desse trabalho, pela adoção da inteligência artificial, em especial pelas técnicas de jurimetria.

A jurimetria é a “aplicação das análises baseadas em Ciência de Dados no ramo do Direito (...), aplicação de métodos quantitativos que descendem da análise estatística, uma vez que propicia uma visão probabilística de fenômenos de interação no contexto jurídico” (ANDRADE; ROSA; PINTO; 2020). Através dela, são identificados os fatores que influenciam a tomada de decisão pelo magistrado, uma vez que possibilitam não só a identificação de padrões decisórios, mas também de comportamento legal.

A expressão jurimetria foi calcada por Lee Loewinger, jurista norte americano, sendo que, a fim de definir o significado dessa nova expressão, afirma Nunes tratar-se de “*disciplina*

do conhecimento que utiliza metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma nova ordem jurídica” (NUNES; 2016; p. 103), devendo ser analisada sob duas perspectivas diversas;

De uma perspectiva objetiva, o objeto da Jurimetria não é a norma jurídica isoladamente considerada, mas sim a norma jurídica, de um lado, como resultado (efeito) do comportamento dos reguladores e, de outro, como estímulo (causa) no comportamento de seus destinatários. De uma perspectiva metodológica, a Jurimetria usa a estatística para restabelecer um elemento de causalidade e investigar os múltiplos fatores (sociais, econômicos, geográficos, éticos, etc.) que influenciam no comportamento dos agentes jurídicos (NUNES; 2016; p.115/116)

Assim, a adoção dessas tecnologias facilita e complementa a atuação do operador do Direito. Através da aplicação de *softwares de jurimetria*, ou seja, do emprego da tecnologia na análise empírica de dados, tais como julgamentos anteriores e entendimentos dominantes, é possível não só a identificação de doutrinas e jurisprudências mais alinhadas com o órgão julgador, como também uma análise mais segura acerca do risco de propositura de eventual demanda, das chances do seu êxito e da possibilidade de maior eficiência na eleição de um método consensual de resolução de conflito.

Assim, torna-se possível a obtenção de dados concretos, em tempo muito reduzido, para substanciar respostas às perguntas de clientes e às questões práticas do dia a dia jurídico, além de se obter maior previsibilidade quanto às decisões judiciais. Nas palavras de NUNES e DUARTE, apresenta a;

(...) possibilidade de o profissional do Direito se utilizar do método estatístico em sua atuação cotidiana de modo a favorecer a desjudicialização de determinadas demandas ou mesmo o emprego de novas formas, em especial aquelas que empregam ferramentas tecnológicas, como a ODR (online dispute resolution) para seu dimensionamento (NUNES; DUARTE, 2020, p. 409)

Assim, através do emprego dessas tecnologias, busca-se analisar, com o estabelecimento de premissas objetivas, decisões proferidas em processos similares, obtendo-se, assim, dados estatísticos como a probabilidade de julgamento procedente e a frequência com que determinado argumento foi utilizado como fundamento da decisão. De posse desses dados, o advogado é capaz de identificar, com maior segurança, a probabilidade de ganho de causa em

favor de seu cliente, de apresentar uma demanda mais bem fundamentada e completa ou mesmo de aconselhar a busca de soluções consensuais, indicando, inclusive, a propensão da outra parte para realização de acordo.

Trata-se, portanto, de análise preditiva, que pode ser definida como o estudo acerca de como;

(...) certas conclusões podem ser logicamente induzidas a partir da análise de um conjunto de dados sujeitos a uma variação aleatória. A estatística referencial complementa a descritiva. Enquanto esta resume, explora e descreve os dados, aquela faz afirmações que vão além da mera descrição dos dados, como, por exemplo, (i) inferências sobre uma população (caso os dados constituam uma amostra), (ii) previsões sobre o comportamento futuro das variáveis e (iii) reconhecimento de tendências, associações e correlações nas variáveis (NUNES; 2016; p. 62)

Atualmente, com o desenvolvimento da tecnologia, essa análise estatística não precisa mais ser feita de forma manual pelo operador do Direito, sendo possível a previsão do resultado potencial de um caso, por meio da análise de decisões anteriores, pelo emprego da jurimetria e ainda analytics, ou seja, pela estruturação de informações por meio de algoritmos que analisem julgados e precedentes. “*O poder computacional permite que dados substanciais sejam coletados e organizados*” (MCGINNIS; PEARCE; 2014, p. 3046), possibilitando o encontro de padrões decisórios no âmbito dos bancos de dados dos Tribunais nacionais.

Assim, é a técnica da jurimetria aliado a analytics é um mecanismo por meio do qual é possível a obtenção, análise e sistematização de um grande volume de dados, como, por exemplo, todas as sentenças proferidas por determinado juiz em determinado ano, a fim de nele identificar padrões e indicar o possível resultado de certa demanda. “*As novas tecnologias aplicadas aos departamentos jurídicos auxiliam a análise do comportamento do Direito da prática e a leitura completa de tudo o que compõe o negócio, o que possibilita agir de maneira mais centrada e certa*” (ADENA; 2019).

E ainda;

No contexto das decisões judiciais, há processos com características similares, o que sugere a inegável possibilidade de uma verificação de padrão de comportamento dos tribunais e dos julgadores a partir da verificação de julgados, da análise de conteúdo com a utilização de termos-chave, da diferenciação de teses e argumentações jurídicas recepcionadas com êxito e

de indicadores de deferimento e indeferimento para demandas com causas de pedir semelhantes (ANDRADE; ROSA; PINTO; 2020).

A adoção da jurimetria tem o condão de facilitar o trabalho jurídico daqueles profissionais que se adaptarem à nova realidade tecnológica, uma vez que, além de possibilitar uma análise mais efetiva do risco da propositura de eventual demanda e das chances de obtenção de um resultado mais positivo ao optar por um método de resolução consensual de conflito, ao invés do ingresso perante o Poder Judiciário, possibilita, ainda, a delegação de tarefas repetitivas e demoradas, como a elaboração de petições padronizadas e a busca de jurisprudências, a aplicativos e algoritmos.

Dentro desse contexto podemos inserir a proteção ao bem de família na medida em que, por repedidas decisões judiciais que, reconhecendo o caráter principiológico que envolve a aplicação da Lei Federal n.º 8.009/1990 na proteção ao bem de família e assim na proteção ao constitucional direto à moradia, seja pela aplicação da legislação aos casos concretos reconhecendo a impenhorabilidade do bem de família, e bem como reconhecendo a inconstitucionalidade das exceções à impenhorabilidade previstas nos incisos II a VII do art. 3.º do diploma legal, bem como em demais legislações infraconstitucionais especiais espalhadas pelo ordenamento jurídico.

A tecnologia da jurimetria enquanto aglutinador de jurisprudência e dados estatísticos podem contribuir e auxiliar operadores do Direito que trabalham na pesquisa e advogam na defesa do bem de família extrajudicialmente ou judicialmente e podem contribuir na disseminação e conhecimento de decisões judiciais que são favoráveis a proteção integral ao bem de família.

Nos dias atuais aonde a consolidação, por meio da Lei Federal n.º 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil -, do instituto legal processual dos precedentes – art. 926⁸⁴ e 927 do CPC – segundo o qual os Tribunais devem garantir a estabilidade de entendimento de uma questão de Direito de forma estável a fim de garantir a necessária segurança jurídica.

⁸⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A formação de um acervo jurisprudencial e ou mesmo estática jurisprudencial acerca do tema, além de criar uma boa jurisprudência, garante a estabilidade e segurança jurídica em defesa do bem de família e assim protegendo o direito à moradia.

Como já mencionado no capítulo destinado à análise da jurisprudência sobre o tema do bem de família pudemos demonstrar a existência de um acervo de entendimento jurisprudencial que se alinha o entendimento de uma maior proteção ao bem de família, inclusive com a declaração da inconstitucionalidade e de não recepção de normas infraconstitucionais que tem como finalidade extensas exceções à regra da proteção do bem de família.

A tecnologia da jurimetria, da análise de dados e estatísticas, podem contribuir para com a proteção do bem de família e desta forma para consagração do direito constitucional ao acesso à moradia por meio uma atuação ativa do Estado através não de atos prestacionais, mas por meio de atos de abstenção e ou criação e aplicação das normas, agora, nos novos tempos, na era das tecnologias da informação, com mecanismos como a jurimetria.

CONCLUSÃO

Em virtude de todos os dados, fatos e elementos de pesquisa exposto ao longo do presente trabalho, e longe de querer esgotar o assunto sobre o tema e da matéria constitucional do instituto do bem de família e sua importância para consagração e proteção ao direito fundamental à moradia, bem como o desenvolvimento do Estado Social de Direito, consagrando o princípio da dignificação da pessoa humana, podemos constatar que do ponto de vista da Constituição Federal de 1988 à moradia da família e da entidade familiar, que nele abrigam o seu titular patrimonial e seus membros, inclusive pessoas vulneráveis como crianças, idosos, deficientes, é um bem material fora do comércio e não sujeito a expropriações involuntárias, não sujeito a responsabilização patrimonial por cobrança de dívidas e obrigações.

Do ponto de vista humano a proteção à moradia, a única moradia residencial, é indispensável para o desenvolvimento social e humano do indivíduo, vital a sobrevivência do núcleo familiar. A família é definida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226⁸⁵, como a base da sociedade, sendo desta forma alicerce do próprio Estado.

⁸⁵ BRASIL – Constituição Federal de 1988 – Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

A moradia é o principal elemento material existente que faz com que a família possa existir e resistir. Não há como dissociar a família ou a entidade familiar do direito à moradia. O instituto do direito de família regulamentado pela Lei Federal n.º 8.009/1990 é o principal instrumento infraconstitucional de proteção e preservação do direito à moradia.

A dignidade da pessoa humana, princípio basilar e fundamental consagrado pela CF/88 como fundamento da República, tem como elemento básico de consagração e efetivação, o oferecimento pelo Estado ao cidadão elementos materiais e imateriais mínimos, que devem ser prestados pelo Estado, seja através de políticas públicas prestacionais ou mesmo de fomento e de proteção, como é o caso do direito fundamental a proteção à moradia da família.

Há na Constituição Federal de 1988 *princípios absolutos, valores absolutos*, por expressa escolha do poder constituinte, sendo a dignidade da pessoa humana um desses princípios absolutos.

A proteção da moradia residencial da pessoa humana e de sua família, consagrada na Constituição Federal de 1988 em seu art. 6.º⁸⁶, e regulamentado do ponto de vista protetivo pela Lei Federal n.º 8.009/1990, visando pôr a salvo o bem material mais importante para o indivíduo, ao impedir que interesses meramente econômicos possa se sobrepor ao interesse social e humano fundamental, é uma conquista civilizatória ao um Estado que consagra como fundamento de sua existência a dignificação da pessoa humana.

A satisfação das obrigações e do crédito do credor é importante e deve ser buscada para que as atividades econômicas possam se desenvolver e levar a prosperidade econômica do País, mas essa satisfação não pode ser realizada a qualquer custo e de qualquer forma.

O art. 170⁸⁷ da Constituição Federal de 1988 menciona que a atividade econômica no Brasil *deve* ser desenvolvida, e tem como um dos seus fundamentos, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, e que necessariamente deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

No mesmo sentido menciona que exercício da atividade econômica no Brasil tem como princípio redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a defesa do meio ambiente.

⁸⁶ BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁸⁷ BRASIL – Constituição Federal de 1988 - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada;

Como pode ser verificado o desenvolvimento da atividade econômica no Brasil é desenvolvida com limites, esses limites se encontra nas barreiras dos valores constitucionais absolutos, tais como da dignidade da pessoa humana, a proteção da família, da moradia familiar e da justiça social.

A consagração ao direito fundamental à moradia se faz mediante um status jurídico do indivíduo e da família com o imóvel residencial de forma a lhe garantir o seu domínio pleno e regularizado, ou seja, a propriedade.

Não se pode conceber a ideia de defesa do direito constitucional à moradia a títulos precários, como os da locação de imóvel, visando a defesa dos interesses daqueles que são empresários do setor locação de imóveis.

É absolutamente desassociado das normas e valores constitucionais a possibilidade da expropriação do único imóvel residencial do terceiro garantidor contratual, fiador em um contrato de locação residencial, para satisfação do crédito de um indivíduo que tem inúmeros imóveis residenciais, é a prevalência do interesse meramente econômico sobre interesses sociais e humanos constitucionalmente protegidos e que sobrepõe, por expressa escolha da Constituição Federal, aos da livre iniciativa, ou do exercício da atividade econômica.

Todas as exceções à impenhorabilidade ao bem de família expostas no art. 3.º, inciso II a VII, da Lei Federal n.º 8.009/1990, bem como em demais dispositivos legais em legislação especial, que tem como finalidade vulnerar o bem de família, *são incompatíveis com a legislação constitucional*, pois violam normas e princípios constitucionais absolutos, como os da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, da justiça social e do combate às desigualdades sociais, fundamento ao exercício da atividade econômica no Brasil, o da proteção à família, como alicerce da sociedade e do Estado, o da proteção social das pessoas vulneráveis como adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, os quais é dever do Estado a ajuda, sua proteção e a promoção de seu saudável desenvolvimento.

Não tem sustentação constitucional a fundamentação e afirmação de que permitir a execução do bem de família do fiador em contrato de locação seria garantir pela via transversa o direito à moradia, pois com a facilitação da locação de imóveis, ante ao reforço da garantia contratual, haveria mais oferta de imóveis aqueles que precisam de moradia.

Como já mencionado, a moradia que a Constituição menciona, em seu art. 6.º, não é a moradia precária, típicas de contratos de locação, mas sim aquela que garante a estabilidade jurídica entre o indivíduo e sua família ao um imóvel residencial, o que pode ser alcançado, em regra, somente com o imóvel residencial próprio.

Não por outro motivo que o próprio art. 1.º da Lei Federal, n.º 8.009/1990, define como bem de família como sendo o *imóvel próprio* do casal ou da entidade familiar, o que denota clara conotação do *status jurídico* que deve existir entre o indivíduo e a família face ao imóvel residencial.

Qualquer norma legal que tenha como finalidade vulnerar o bem de família, o imóvel residencial da entidade familiar, possibilitando a sua expropriação forçada, com a finalidade de satisfação de uma obrigação de crédito com terceiro, seja de que natureza for, é inconstitucional, pois como verificado, a violação do instituto do bem de família vulnera e compromete princípios constitucionais absolutos.

É dever do Estado garantir a proteção dos direitos materiais e imateriais mínimos, o mínimo existencial, para consagração e efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por expressa imposição constitucional, como política pública prioritária definida pela Constituição Federal em especial em seu art. 6.º, que dentre outros, define o direito à moradia como sendo um direito material mínimo necessário para efetivação e consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

A garantia de acesso e proteção à moradia, e ao bem de família, é consagrado efetivamente através do status jurídico permanente que somente pode ser conferido pelo domínio pleno, através da propriedade. É indispensável para consagração e efetivação dos objetivos perseguido pela norma constitucional mencionado no art. 6.º da CF/88, bem como aquele definido na Lei Federal n.º 8.009/1990, a obtenção da propriedade do imóvel residencial pelo indivíduo e sua família, pois não existe consagração e efetivação do bem de família através de imóvel a qual se tem posse a título precário, não atinge a finalidade do instituto legal de índole constitucional.

As novas tecnologias de armazenamento de dados e informações como a blockchain irão, em um futuro próximo, substituir os cartórios extrajudiciais como os tabeliões de notas bem como os cartórios de registro de imóveis, fazendo com que os custo da regularização da propriedade sejam menos onerosos aos indivíduos, o que propicia uma melhor proteção ao bem de família regularmente constituído e regularizado.

Temos ainda a tecnologia da jurimetria que irá ajudar e colaborar para com a defesa do bem de família e assim do direito constitucional do acesso à moradia, na medida em que, tendo a tecnologia a finalidade de aglutinar jurisprudência e oferecer estatísticas de decisões judiciais sobre determinado tema e assunto, irá fortalecer o instituto do bem de família, na medida em que irá proporcionar o acesso aos profissionais da área jurídica que advogam na

proteção desse legado constitucional o melhor conhecimento sobre os precedentes sobre a matéria e análise de dados e estatísticas sobre o assunto dentro do Poder Judiciário.

Por fim, cabe mencionar que, com exceção, a hipótese da exceção legal prevista no art. 3.º inciso II, da Lei Federal n.º 8.099/1990, em que prevê a penhora do bem de família decorrente de contrato de mútuo feneraticio destinado exclusivamente (financiamento) para aquisição do imóvel residencial familiar, que requer uma maior reflexão e estudo, todas as demais exceções a impenhorabilidade ao bem de família prevista na legislação específica e nas demais legislações especiais, são incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, seja pela não recepção, em caso de legislações anteriores a vigência do texto constitucional, ou mesmo inconstitucionais por expressa violações aos princípios constitucionais de ordem social previstos no art. 6.º e art. 226, ambos da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ADENA, Luíza. **Jurimetria para controlar a eficiência dos serviços jurídicos**. 2019. Disponível em ab2l.org.br/jurimetria-para-controlar-a-eficiencia-dos-servicos-juridicos/. Acesso em 10 nov. 2020.
- ANDRADE, Mariana Dionísio de; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Legal Tech: analytics, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada**. Revista Direito GV, v. 16, n. 1, São Paulo, 2020. Disponível em <http://doi.org/10.1590/2317-6172201951>. Acesso em 10 nov..2020
- AMORIM, Benjamin Siqueira de; JACOMINI, Alessandro. **Arbitragem como meio de solução de conflitos envolvendo a tecnologia blockchain e smart contracts**. Vertentes do Direito, v. 6, n. 1, 2019, p. 279-294.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família Com comentários à Lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BAIÃO, Renata Barros Souto Maior. **Lei Geral de Proteção de Dados, direito ao apagamento, correção dos dados e blockchain: análise de pertinência tecnológica**. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_5_lgpd_e_blockchain.pdf?d=637250347220014079 >. Acesso em: 18 de nov. 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASSOTTO, Lucas, 2018 – **O que é Blockchain ? Como Funciona a Tecnologia ?** - > disponível em: <https://cointimes.com.br/o-que-e-blockchain-como-funciona/> - acessado em 12 nov. 2020
- BENCKE, Fernando Fantoni. GILIOLI, Rosecler Maschio. ROYER, Alexandre. **Inovação Disruptiva: Uma Análise das Pesquisas Empíricas Publicadas no Brasil**. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/RBGI/article/view/5334/3110>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995.
- Blockmaster, 2018, **Conheça os Cinco Principais Benéficos dos Contratos Inteligentes**, > Disponível em: <https://www.blockmaster.com.br/noticias/conheca-os-cinco-principais-beneficios-dos-contratos-inteligentes/>, > Acesso em 14 nov. 2020
- BRAGA, Alexandre Melo. **Tecnologia Blockchain: Fundamentos, Tecnologias de Segurança e Desenvolvimento de Software**. Disponível em: https://www.cpqd.com.br/wp-content/uploads/2017/09/whitepaper_blockchain_fundamentos_tecnologias_de_seguranca_e_desenvolvimento_de_softwar_FINAL.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5, de outubro de 1988. 2019, Editora do Senado Federal

BRASIL. **Lei Federal n.º 8.009/1990, de 29 de março de 1990**, Dispõe sobre a Impenhorabilidade do Bem de Família, Vade Mecum Acadêmico de Direito, 23.º Edição, 2016, Editora Rideel.

BRASIL. **Lei Federal n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964**, Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm - Acesso em 07/07/2020

BRASIL. Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm - Acesso em 07/07/2020

BRASIL. Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm - Acesso em 07/07/2020

BRASIL. Lei Federal n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916, Dispõe sobre o **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**.

BRASIL. **Lei Federal n.º 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm - acesso em 27/07/2020

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe Esta Lei dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm - acesso em 27/07/2020

BRASIL. **Lei Federal n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**, Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm – acesso em 27/07/2020

BRASIL. Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, **Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências**. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm – acesso em 27/07/2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ - **Provimento de n.º 100, de 26 de maio 2020** - Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notaria..., cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. – Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334> - acessado em 27/07/2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ - **Provimento de n.º 89, de 18 de dezembro de 2019** - Regulamenta o Código Nacional de Matrículas - CNM, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado – SAEC, o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI e estabelece diretrizes para o estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico – ONR- Disponível

em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/12/Provimento-n%C2%BA89.pdf> -
acessado em 27/07/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **RE 267.612/RS – Min. Rel. Celso de Mello** – DJU: 23/08/2000

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **RE 436.996/SP – Min. Rel. Celso de Mello** – DJU: 07/11/2005

BRASIL. STF. **ADI n.º 2.925/DF – Min. Rel. Ellen Graice** – DJU 19/12/2003

BRASIL. STF - **ADI 4048 MC/DF. Min. Rel. Gilmar Mendes.** DJU 14/05/2008

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – STF – **ADI n.º 4277. Min. Relator Carlos Ayres Brito.** DJe 14/10/2011

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – STF – **RE n.º 605.709 - SP. Min. Relatora Min(a) Rosa Weber.** DJe 18/02/2019

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – STF – **RE n.º 407.688 - SP. Min. Relator Cezar Peluso.** DJU 06/10/2006

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – STF – **RE n.º 612.360 - SP. Min. Relatora Min(a) Ellen Gracie.** DJe 22/09/2010

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.559.348 - DF. Min. Rel. Luis Felipe Salomão.** DJe 05/08/2019

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.141.732-SP. Min. Relatora Fátima Nancy Andrichi.** DJe 22/11/2010

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.200.112 -SP. Min. Castro Meira.** DJe 21/08/2012

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.559.348 -DF. Min. Relator Luis Felipe Salomão.** DJe 05/08/2019

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.765.656 - SP. Min. Relator Marco Aurélio Bellizze.** DJe 07/12/2018

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.357.413 - SP. Min. Relator Raul Araújo.** DJe 25/10/2018

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 997.261 - SC. Min. Relator Luis Filipe Salomão.** DJe 26/04/2012

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.115.265 - RS. Min. Relator Sidnei Beneti.** DJe 22/06/2012

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.677.079 - SP. Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva.** DJe 01/10/2018

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.466.650 - SP. Min. Relator Antonio Carlos Ferreira.** DJe 22/02/2017

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 875.687 - RS. Min. Relator Luis Filipe Salomão.** DJe 26/08/2011

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – STJ – **REsp. n.º 1.413.717- PR. Min. Relatora Fátima Nancy Andrichi.** DJe 19/12/2013

CAMARGOS, Rafael Coutinho e outros. **Blockchain, smart contracts e ‘judge as a service’ no direito brasileiro.** In: II Seminário Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: globalização, tecnologias e conectividade, 2., 2016, Belo Horizonte. Anais eletrônicos [...]. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2017. Disponível em irisbh.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Anais-do-II-Seminário-Governança-das-Redes.pdf. Acesso em 11 nov. 2020.

CARDOSO, Bruno, 2018 – **Contratos Inteligentes: Descubra o Que São e Como Funcionam**, > Disponível em: <https://brunonc.jusbrasil.com.br/artigos/569694569/contratos-inteligentes-descubra-o-que-sao-e-como-funcionam> - Acesso em 11 nov. 2020

CARVALHO, E. **Seguros SURA adota Blockchain para Smart Contracts.** 2017. Disponível em: <https://www.segs.com.br/seguros/90683-seguros-sura-adota-blockchain-para-smart-contracts>. Acesso em: 14 nov. 2020.

COSTA RICA – Corte Interamericana de Direitos Humanos – **Caso Yarce y Outras Vs. Colombia** – 22. nov 2016

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família - teoria e prática.** São Paulo, Editora Saraiva, 2004, pág. 51

CZANOWSKI, Raizer – **A Impenhorabilidade do Bem de Família** – Juruá 3ª edição, São Paulo 1998

DANTAS, Henrique, 2019 – **O Que São Contratos Inteligentes**, > Disponível: <https://www.advogatech.com.br/blog/@HenriqueDantas/o-que-sao-os-contratos-inteligentes-guia-completo-ag5dywo> - > Acesso em 17 nov.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Ed. Moderna, 2005.

DELBER. Pinto Gomes. **Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts.** Revista eletrônica de direito – outubro 2018 – N.º 3 (V. 17).

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 2.

ESTELLITA, H. **Bitcoin e lavagem de dinheiro: uma aproximação.** Disponível em: <https://jotainfo.jusbrasil.com.br/artigos/766252459/bitcoin-e-lavagem-de-dinheiro-uma-aproximacao>. Acesso em: 15 nov. 2020.

FRNÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. "Nações Unidas", 1948, Paris, art. XXV, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> . Acessado em 09 de janeiro de 2016.

FIUZA, C. A. C. . **Limites à hermenêutica civil-constitucional**. In: MACIEL, Adhem Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Mônica Aragã Martiniano Ferreira e. (Org.). Estudos de Direito Constitucional. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 325-336.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 6 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**. Parte Geral, 5 ed. São Paulo (SP): Saraiva: 2007, v. 1.

GONÇALVES, Denise Willhelm. **Bem de família e o novo código civil brasileiro**. Revista de Direito Privado nº 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Pedro Vilela Resende. **Blockchain, smart contracts e “Judge as a Service” no Direito Brasileiro**. Disponível em <http://irisbh.com.br/blockchain-smart-contracts-e-judge-as-a-service-no-direito-brasileiro/>. Acesso em 05 maio. 2020.

JESUS, Adriana Dias de. **Órgãos reguladores e inovação tecnológica: a transformação digital das instituições financeiras como desafio ao direito**. Disponível em: <<http://dspace.insper.edu.br/xmlui/handle/11224/1661>>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa, **Direito à Moradia**, Editora Juruá, - Curitiba – ano 2014, 1.º Edição.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: um novo campo de trabalho**. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Ilgu, 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAEMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo – SP, Saraiva, 2013.

MCGINNIS, John; PEARCE, Russel. **The Great Disruption: how machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services**. *Fordham Law Review*, v. 82, n. 6, 2014. Disponível em fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/assets/pdfs/Vol_82/No_6/McGinnisPearce_May.pdf. Acesso em 13 nov. 2020.

MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional**, Editora Atlas – São Paulo – ano 2006, 19.º Edição

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, **A Cidadania Social na Constituição de 1988**, Edito Verbatim - São Paulo – SP – Ano 2009, 1.º Edição

NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. **Jurimetria e Tecnologia: diálogos essenciais com o direito processual**. Revista de Processo, v. 45, n. 299, jan. 2020, p. 407/450.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro – RJ, Editora Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualizadores: Maria Celina Bodin de Moraes (v.1) e Tania da Silva Pereira (v.5). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Editora Malheiros, - São Paulo - ano 2019, 42.º Edição

SARLET, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o Direito à Moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. In: FACHIN, Zulmar (coord.). 20 Anos de Constituição Cidadã. São Paulo: Método, 2008. pp. 41-66.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.**, 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Curso de Direito Constitucional**, 2017, pag. 642 – Editora Saraiva Jur, - São Paulo – SP – 6.º Edição

SERRANO, Paulo Henrique Souto Maior. BALDANZA, Renata Francisco. **Tecnologias Disruptivas: o caso uber**. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/pca/article/view/11319>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SILVA, Alyne Rayanna de Souza Salvador; SOUZA, Iarley Pereira, 2019, **Blockchain e Smart Contracts: Os Impactos das Novas Tecnologias no Direito, Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública**, > Disponível em: <https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/7341>, > Acesso em 18 nov. 2020

SZABO, Nick, 1997, **Formalizing na Securing Relationships on Public Networks**. > Disponível em: <<http://dailycoin.info/relax-lawyers-nick-szabo-says-smart-contracts-wont-kill-jobs/>>. Acesso em: 15 nov. 2020

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Guilherme, 2019 –**Blockchain e Smart Contracts: Como Novas Tecnologias podem gerar Confiança** > Disponível em: <https://wiki.redejuntos.org.br/busca/novas-tecnologias-para-gerar-confianca> - Acesso em 14 nov. 2020

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte; Del Rey; Mandamentos, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. [s.l.]: Renovar, 2009.

VASCONCELO, Rita . **Impenhorabilidade do Bem de Família**. Revista dos Tribunais – São Paulo 2015

VENOSA. Salvo da Silva. **Direito de Família**. 9. Ed. São Paulo; Atlas, 2009. 6 v.

SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de Família: voluntário e legal** São Paulo: Saraiva; 2003.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

THEODORO, Marcelo Antonio. FANAIA, Fernando Flores, **A aplicação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy na decisão do cumprimento antecipado da pena pelo Supremo Tribunal Federal**, Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 1, pp. 155-170, Jan.-Abr. 2018.

ZIMMERMANN, Gustavo - **Empresas Analites e Jurimetria** – disponível em: <http://www.lex-net.com/new/empresas-analites-e-jurimetria/> - Acesso em 12 nov.2020

Links da Internet

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-impenhorabilidade-relativa-bem-familia-detrimento-ao-direito-moradia.htm> - Acessado em 09/07/2020

<https://www.conjur.com.br/2018-jun-30/observatorio-constitucional-stf-direito-moradia-penhorabilidade-bem-familia> - Acessado em 09/07/2020 - Acessado em 09/07/2020

<https://www.migalhas.com.br/depeso/32903/penhora-do-bem-de-familia-cabimento-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-do-artigo-3-da-lei-8009> - Acessado em 09/07/2020[^]

<https://www.migalhas.com.br/depeso/302483/inovacao-inconstitucional-da-mp-871-15-referente-a-possibilidade-de-penhora-do-bem-de-familia> - Acessado em 09/07/2020

<https://jus.com.br/artigos/74617/impenhorabilidade-do-bem-de-familia-suas-excecoes-e-o-direito-a-moradia-garantido-constitucionalmente> - Acessado em 09/07/2020

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-163/impenhorabilidade-do-bem-de-familia/> - Acessado em 10/07/2020

<https://www.migalhas.com.br/depeso/261274/impenhorabilidade-do-bem-de-familia-uma-regra-que-comporta-excecoes> - Acessado em 10/07/2020