

Bem de família

NÍLSON REIS

Papa Paulo VI - Encíclica Populorum Progressio

“O imóvel residencial, a casa, é o lugar de encontro de várias gerações que, reciprocamente, se ajudam a alcançar uma sabedoria mais plena e a conciliar os direitos pessoais com outras exigências da vida social”

Mensagem do Papa João Paulo II para a América Latina:

“A casa é um bem que constitui uma verdadeira hipoteca social aos destinos, que Deus lhe deu”.

No Livro dos Gênesis, encontramos a palavra bíblica, segundo a qual Deus dissera ao homem: “Não é bom que o homem esteja só”. “Vou dar-lhe a companheira” (Gênesis 2, 18). “Crescei e multiplicai-vos e dominai a Terra” (Gênesis, 1, 28).

Encontramos aí a primeira palavra da mulher como companheira.

No mundo contemporâneo, estamos a assistir transformações dinâmicas no direito de família, na evolução histórica da legislação civil, especialmente no direito privado, com existência de norma de conotação pública.

Em nosso Código Civil, as regras pertinentes à família deixam entendimento de que há preocupação com o direito subjetivo do marido, da mulher, dos filhos, diante do direito patrimonial e obrigacional, haja vista, por exemplo, a disposição do artigo 226 e seguintes da Constituição Federal, definindo a família como base da sociedade, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e princípio de dignidade humana reconhecido nos princípios fundamentais da Carta política. Neles também está a casa como asilo inviolável, a propriedade atendendo à sua função social, a pequena propriedade rural, trabalhada pela família como imune à penhora.

Estamos em que a primeira célula básica do Estado, diante do mundo moderno, vem sofrendo, por causa da dinamicidade do direito, que influi concretamente na vida das pessoas, as repercussões da vida moderna.

Natural, então, a intangibilidade familiar merecer proteção do Estado, pois ela é união, solidariedade, sofrimento, alegria, dor, esperança, afirmação, enfim, na família está a manifestação da vontade, do espírito, da alma e do amor.

A etiologia histórica demonstra a influência da concretude dos fatos sociais, que estão a recomendar a correspondência da lei ao tempo, que realiza o fenômeno indesmentível da publicização do direito de família, embora ainda encrustado no direito civil.

Se olharmos atentamente no mundo jurídico da pessoa humana, vamos encontrar reações e transformações que se despregnaram diante da dinâmica do direito, das influências primeira de Savigny em nosso Código Civil, relativamente à família, pelo aparecimento do referido fenômeno da publicização engolindo instituições, que continuam substantivamente privadas

É que o avanço industrial após a Segunda Grande Guerra proporcionou grandes transformações na sociedade e na economia, e assistimos, plasmados e admirados, mas também preocupados, com a tecnologia afastando o homem, o ser humano, da sociedade.

Criar barreira, obstáculo e desprezo ao avanço inexorável da tecnologia? Não. Desprezam também o homem, o ser humano, de modo a torná-lo, crescentemente, marginalizado das conquistas sociais? Igualmente não. E a família, o homem e a mulher e os descendentes?

O Estado, criação do direito e, portanto, do homem, deve buscar a sua felicidade mas, para tanto, tem de criar situações para que, alimentado e educado, recolhido ao lar, possa entrar e ser introduzido também no mundo do trabalho.

A preocupação do Estado tem raízes na função social exercida pela família.

Estatuto jurídico da mulher casada.

Emenda constitucional criando o divórcio.

Os regimes jurídicos quanto aos bens.

As regras sobre filiação, extirpando discriminações, inclusive quanto ao direito sucessório.

O reconhecimento da união estável.

O concubinato.

Os benefício previdenciários.

As regras sobre legitimação.

Adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente.

A sociedade de fato, com a lei do divórcio, permitindo a contratação do regime de comunhão de bens, mesmo quando fosse obrigatório o de separação.

Com esta digressão, natural também que o Estado passasse a preocupar-se com a moradia, guardando o princípio fundamental da dignidade humana, protegendo sua célula básica.

Criação legal - e não expressão de vontade da família - é barreira intransponível à voracidade de terceiros

inescrupulosos, para tirar-lhe aquele lugar no qual se recolhem e vivem membros da família.

Apelidada de “lei do calote”, na realidade e na “ratio legis”, não o é, pois o Estado concebe a casa como base de sustentação da família, dando-lhe função social dentro do quadro humano oferecido pela desumanidade da falta de habitação e do despreparo do Estado também no planejamento familiar, agora transformado em lei, recentemente.

Assiste-se, hoje, ao quadro da falta de habitação e o Estado, por causa de sua ineficiência e deficiência também no sistema habitacional, encontrou, na sua competência constitucional, o caminho para evitar o grassar e o disseminar do único bem familiar, por causa de investida de terceiros, repetimos, inescrupulosos.

Já no artigo 70 e seguintes do CC temos o bem de família convencional, que somente pode ser instituído pelo chefe de família.

É o bem de família convencional, dizendo a festejada professora Maria Helena Diniz, em sua obra Código Civil Anotado, 3ª edição, página 9; “o bem de família é um prédio que o chefe de família destina para abrigo e domicílio desta, com a cláusula de ficar isento por dívidas futuras”.

O bem de família legal tem a destinação do domicílio da família, não sofre constrição, exceto as relativas a impostos. Provém de norma legal, sendo, portanto, um benefício obrigatório, que independe de qualquer manifestação volitiva.

Repete-se, é da família o benefício legal. A impenhorabilidade é coativa, pois não depende a vontade humana.

O professor Caio Mário, em sua obra Instituições de Direito Civil, volume I, página 270, doutrina que a instituição do bem de família é a fetação de bens a um destino especial, que é a residência familiar, impenhorável por dívidas anteriores a sua constituição, salvo as provenientes de imposto devidas pelo próprio prédio (Bem de Família, Arnaldo Marmith, página 19).

Comentário sobre o bem de família convencional, através do qual não há transferência de domínio que continua com o instituidor. Porém, este comentário estende-se ao bem de família legal, em nosso entender.

Na pesquisa histórica, vamos encontrar as suas raízes na legislação do Texas, Estado Unidos, através de lei de 16 de janeiro de 1.939, tornando lei de vigência federal em 20 de maio de 1.862. Objetivava a povoação de territórios desabitados, à cultura da terra, de modo a permitir-lhe o sustento familiar e tornando-a produtiva. Enfim, ensinava a colonização e resultava benefício à família. Era impenhorável, revelando a proteção estatal para que todos os membros da família vivessem em paz”. “Homestead exemption laws”, ato legislativo, afastava a penhora.

A lei 8009/90, de forma imperativa, dispõe sobre a impenhorabilidade de bens: casa de morada e móveis que a guarnecem. A sua aplicação é restrita, diante dos seus termos. Evidente que não há de servir ao aparecimento de novos maus pagadores. Este não é objetivo da lei, que é o de proteção da família: social e humana. Não se afronta a honestidade e a intenção sadia da lei. Despreza-se, então, o espírito emulativo e a má intenção. Protegem-se bens essenciais à vida familiar, inclusive os de trabalho.

É de meu entendimento, na doutrina e na jurisprudência, que se não concebe a interpretação ampliativa de oferecimento de bem de família à penhora pelo próprio devedor, provocando a invalidade do ato, exatamente porque, embora um benefício legal, a manifestação do executado pode representar uma renúncia abdicativa. Há existência de opiniões doutrinárias contrárias.

Arnaldo Marmith, em Bem de Família, página 20, assim doutrina: “a nova lei implantou em nosso direito a impenhorabilidade coativa, sem reduzir a disponibilidade do proprietário, sem nada alterar em relação a ele, inobstante ter dado maior amplitude ao instituto do bem de família”. E acrescenta: “A Lei 8009/90 deu prevalência à proteção familiar e não ao direito creditício. Outrossim, ao dispor que o imóvel não responde por qualquer dívida, o artigo 1º envolve a matéria de direito civil, material e substantivo. A inalienabilidade, que cria, não é de cunho meramente instrumental. O conceito de inalienabilidade é pré-elaborado pelo direito substantivo, assim passando para o CPC. Nesta concepção, o artigo 1º tem comando de direito privado, quando estabelece o bem de família (Bem de Família, página 75, JS, Fagundes Cunha).

Então, ao contrário do bem de família convencional, o legal dispensa escritura pública, diante da preponderância da ordem pública no direito privado.

Temos, então, que às disposições dos artigos 649 e 650 do CPC, somou-se o do bem de família legal e o mestre Carlos Alberto Bittar, sempre ilustrado, faz a seguinte diferença entre o bem de família convencional e legal: “O primeiro é o imóvel destinado pelo chefe de família à moradia de seus componentes: este fica isento de penhora por dívidas posteriores e insuscetível de alheação. Já o bem de residência é o imóvel em que a família reside ou a entidade familiar, independentemente de vinculação específica ou afetação própria. É este tipo de imóvel que a lei isentou de penhora”.

A impenhorabilidade do bem de família legal é de ordem pública, “atingindo compulsoriamente todos os cidadãos”.

É norma cogente, que declara intangível o bem de família, diante do interesse geral que revela o Estado ao instituí-la.

Convivem, pois, em nosso sistema legal o bem de família convencional, de direito privado, e o legal, de direito público, ambos destinando-se à entidade familiar, na sua conceituação constitucional e infraconstitucional (art 70 a 73 do CCB, art 649 e 640 do CPC, art 1.676 e 1.677 do CCB e Lei 8;009/90).

O artigo 5º da Lei 8009/90 dispõe:

“Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo Único: na hipótese de o casal ou entidade familiar ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no registro de imóveis e na forma do artigo 70 do Código Civil”.

Então, convivendo os dois institutos, e já existindo o bem de família instituído, é de evidência lógica que este será considerado como o bem de família frente às normas da Lei 8009/90.

Contudo, José Stabili Filho, em seu trabalho sobre Bem de Família e Execução, “RT 669”, entende que a Lei 8009/90 revogou todas as disposições legais vigentes até 30/03/90, por causa da disposição de seu artigo 8º e do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução do Código Civil e, conseqüentemente, os artigos 647 a 651 do CPC de 1.939, em face do artigo 1.218, VI, do CPC Buzaid e o inciso II do artigo 776 do CCB.

Por outro lado, o Doutrino Carlos Callage, em trabalho publicado na “RT 662”, baseando-se em Planiol e Ripert na obra Tratado Elemental de Derecho Civil, para os quais “quem se obriga, obriga o que é seu”, considera a lei 8.009/90 inconstitucional, com sedimentação de seu entendimento no artigo 5º, LIV da Constituição Federal, entendendo, ainda, que atinge o regime econômico da própria Lei Fundamental.

A respeito da irretroatividade da lei, em face do artigo 6º, contendo natureza processual, por causa do artigo 1.211 do CPC, e mesmo diante da Lei de Introdução do Código Civil, artigo 6º, a lei tem efeito imediato, mas respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada e o próprio artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Porém, o legislador ordinário, no artigo 6º da lei 8.009, com redação técnica imperfeita, concedeu retroatividade, evidente que, modestamente, entendemos que teria havido afronta à disposição do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal. Este artigo seria inconstitucional.

Contudo, tanto na doutrina, como na jurisprudência, em razão da interpretação finalística do artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal, há o entendimento de que ocorre a impenhorabilidade de efeitos retroativos, porque aí está o interesse social e o bem comum, de modo que trata-se de uma exegese também merecedora do respeito e acatamento.

Passemos agora a breves pontos.

O bem de família legal, ainda que exclusivo de um dos cônjuges, mas desde que nele resida com a esposa e os filhos, é impenhorável, em face da destinação legal.

A impenhorabilidade existe em função da família. Mesmo com o falecimento do cônjuge proprietário, o sobrevivente, mesmo não tendo descendente, ficará no seu gozo até a morte, passando posteriormente ao regime sucessório. Igualmente se há um bem exclusivo e nele reside o devedor com a esposa ou companheira e filhas, a penhora não se poderá fazer.

Da mesma forma, como diz Arnald Marmitt, a impenhorabilidade cobre situação em que um dos ascendentes seja proprietário e devedor, que convide num imóvel residencial com sua prole, bem como aquelas em que o filho seja devedor e proprietário resida no imóvel com seus genitores.

Não há necessidade do filho devedor ser casado ou concubinado, sendo impenhorável o bem por causa da família do devedor.

A concubina pode ser pessoa legítima para descontinuação da penhora, pois o Estado reconhece a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar (Constituição Federal, artigo 226, § 3º). RJE-SP-2/387.

Também o artigo 41 da Lei Falencial dispõe que “não se compreendem na falência os bens absolutamente impenhoráveis”.

E gostaríamos de salientar esta disposição em face do Código de Defesa do Consumidor, como indagação, em face do artigo 28 da Lei 8.078/90, que trata da desconsideração da personalidade jurídica, atingindo o sócio e, conseqüentemente, os seus bens.

Situação também merecedora de atenção é a do artigo 82 da Lei de Locações, nº 8.245, de 18/10/91, que deu nova redação ao inciso 7º do artigo 3º da Lei 8.009, por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Por esta disposição, o fiador não poderá opor a impenhorabilidade do imóvel residencial, se o locatário não cumprir suas obrigações.

Feitas as referências sobre a residência familiar, a pequena propriedade, os móveis que a guarnecem e que constituem instrumento de trabalho, vale acrescentar, a respeito do artigo 30 da Lei 6.830/80, que a doutrina e jurisprudência, mesmo em execução da Fazenda Pública, o imóvel residencial é impenhorável exatamente porque a família recebe proteção do Estado (RE 6.708, PR, 1ª Turma do STJ).

Há exceções à impenhorabilidade, como a do crédito trabalhista de empregado no imóvel residencial, do financiamento para construção e aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro Habitacional.

De quem é credor por pensão alimentícia, inclusive aquele decorrente da prática de ato ilícito.

Cobrança de impostos, predial ou territorial, taxa e contribuições, que são devidas em função do imóvel familiar, porquanto são de natureza pública, conforme Código Tributário Nacional e artigo 145 da Constituição Federal. São tributos vinculados ao imóvel.

Também não há impenhorabilidade em face de despesas de condomínio de edifícios de apartamentos.

Não se argüi impenhorabilidade do bem de família em execução de hipoteca.

Também não é argüível a impenhorabilidade do bem que tenha a sua origem ilícita, ou seja, produto de crime.

Também em caso de sentença penal condenatória, que é título executivo judicial nominativo à vítima e seus herdeiros.

Também decorrente de dano moral, mormente provindo dos crimes contra a honra.

Por último, gostaríamos de acrescentar que cada caso é cada caso e deve ser analisado de modo que a aplicação da lei não seja desvirtuada e não seja meio para uso de má-fé.

A Lei 8.009/90 é argüível no 2º Grau de Jurisdição, nada impedindo que seja declarada em qualquer fase do processo, pois seria inadmissível a ilegalidade da penhora possibilitar ato judicial contrário à “mens legis”.

Cabe ao Julgador a apreciação detida e escorreita de que o benefício da impenhorabilidade não sirva a atos fraudulentos.

Mas, antes de finalizar, como o direito brasileiro não adotou o direito real de superfície, seria impossível que fosse penhorável o terreno, sem qualquer construção nele edificada, pois a lei visa o abrigo, sem se afastar a pequena propriedade rural nos termos constitucionais, mas diante do artigo 1º da Lei, a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, plantações e benfeitorias, etc.

Para a prova da residência do devedor, a análise do Julgador deve ser sempre aquela que nos inspira de modo a repudiar a litigância de má-fé, o espírito emulativo, a má-fé, a malícia, pois aí estão atentados contra os princípios sadios do direito e da moral. Da justiça.

(in Encarte do Informativo “THEMA”, da Hélio Barbosa & Associados - Advocacia Empresarial e Societária, maio/setembro 2001, e também na Revista de Direito da Universidade de Alfenas, nº 2, 1998, junho/dezembro, p.p. 185 a 194.)