

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

volume 61

242

p. 1-234

abril a junho de 2024

SENADO FEDERAL



A proteção dos vulneráveis no programa Minha casa, minha vida: uma análise do artigo 35-A da Lei nº 11.977/2009

The protection of equals in the *My house, my life* program:
an analysis of article 35-A of Law 11.977/2009

Antonio Oliveira Lima Neto¹

Marcos Ehrhardt Júnior²

Resumo

Proteger e fomentar o direito à moradia é uma das estipulações da Constituição de 1988. Assim, cabe ao Estado facilitar o acesso e a manutenção da moradia às pessoas que não tenham condições de fazê-lo sem o auxílio estatal e, em maior medida, proteger o direito à moradia dos vulneráveis. Com o objetivo de proteger a mulher e os filhos menores em caso de dissolução da união conjugal foi criado o art. 35-A da Lei nº 11.977/2009. Todavia, essa norma é uma exceção a princípios jurídicos, o que a torna, em algumas situações, inoportuna e injusta para com um dos cônjuges. Este artigo trata de aspectos do direito à moradia, da proteção aos vulneráveis e da aplicabilidade da legislação comentada e analisa se ela seria, em alguma medida, inconstitucional. De caráter descritivo, a pesquisa desenvolve-se pelos métodos dedutivo e comparativo, em suas vertentes bibliográfica e documental. A análise dos possíveis problemas e soluções da aplicação do art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 compreende a pesquisa doutrinária e desenvolve-se do geral para o específico.

Palavras-chave: direito à moradia; programa Minha casa, minha vida; divórcio; regime de comunhão de bens; família.

Abstract

Protecting and promoting the right to housing is one of the stipulations of the Brazilian Federal Constitution of 1988. Thus, the State must create ways to facilitate access and

¹ Antonio Oliveira Lima Neto é doutorando em Direito na Universidade do Minho, Braga, Portugal; mestre em Direito pelo Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil; advogado. E-mail: antoniooliveira2802@gmail.com

² Marcos Ehrhardt Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação em Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil; advogado. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

maintenance of housing by people who are unable to do so without state aid. It is also up to the state, to a greater extent, to promote and protect the right to housing for vulnerable people or people who are in an unequal situation. In this light, article 35-A of Law 11.977/2009 was created, which aims to protect women or minor children in the event of marital dissolution. However, the legislative form presents itself as an exception to some legal principles, making it, at times, inopportune and unfair to one of the spouses. Thus, in this article, we deal with some aspects of the right to housing, the protection of the vulnerable and the practical applicability of the commented legislation, in order to analyze whether this would be, to some degree, unconstitutional. The research is developed at a descriptive level, through the deductive and comparative method, in its bibliographical, virtual and documental aspects. Thus, it understands the doctrinal bibliographical research with the objective of verifying the hypothesis. The analysis proposed here is developed with the predominance of the deductive method, as it departs from the general study to the specific one, aiming to present possible problems and solutions for the application of article 35-A of Law 11.977/2009.

Keywords: right to housing; My house, my life program; divorce; common property regime; family.

Recebido em 19/9/23

Aprovado em 27/2/24

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Considerações iniciais

No início do terceiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva descontinuou-se o programa habitacional social criado pelo seu antecessor, o Casa verde e amarela. Com a Medida Provisória (MP) nº 1.162/2023, o governo retomou o programa de facilitação do acesso à habitação, o programa Minha casa, minha vida (PMCMV), cujo objetivo é ampliar a oferta de moradias, sobretudo para a população de baixa renda, estimular a modernização

³ LIMA NETO, Antonio Oliveira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A proteção dos vulneráveis no programa Minha casa, minha vida: uma análise do artigo 35-A da Lei nº 11.977/2009. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 179-193, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p179

⁴ Lima, A. O., Neto, & Ehrhardt, M., Jr. (2024). A proteção dos vulneráveis no programa Minha casa, minha vida: uma análise do artigo 35-A da Lei nº 11.977/2009. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 179-193. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p179

do setor habitacional, fomentar a melhoria das moradias existentes, aprimorar e fortalecer a atuação dos agentes públicos e privados na promoção do programa.

O programa habitacional permite que a população busque o auxílio do Estado para adquirir moradia própria por meio de financiamento bancário: o Estado concede subsídios a quem se amolda às regras do programa, e o agente financeiro administrador do programa, a Caixa Econômica Federal, fornece os financiamentos, que se baseiam em contratos de longo prazo, com a divisão do saldo devedor em parcelas a serem pagas ao longo dos anos (por períodos entre vinte e trinta e cinco anos), cabendo ao mutuário escolher o lapso temporal de sua vigência. Isso significa que os consumidores passam de um terço até metade da sua vida (Abdala, 2021) a pagar as parcelas do financiamento e, obviamente, situações inusitadas e impensáveis podem influenciar o cumprimento de suas obrigações para com o agente financeiro.

Segundo a MP nº 1.162/2023 (Brasil, 2023d), o PMCMV compreende três faixas: a faixa 1 atende a beneficiários que recebem até R\$ 2.640,00; a 2 alcança pessoas com renda familiar de R\$ 2.640,01 até R\$ 4.400,00; por fim, a faixa 3 beneficia famílias com renda de R\$ 4.400,01 até R\$ 8.000,00.

Neste trabalho analisa-se especificamente a proteção dos vulneráveis segundo determina o art. 35-A da Lei nº 11.977/2009, a *Lei do programa Minha casa, minha vida* (ou *Lei do PMCMV*). Ela estabelece que – nos casos de dissolução da união estável, separação ou divórcio – o imóvel adquirido no PMCMV que tenha obtido auxílio financeiro da União, Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) ou Fundo de Desenvolvimento Social (FDS) será transferido exclusivamente para a mulher, independentemente do regime de comunhão aplicado ao caso (Brasil, [2023c]). No parágrafo único do art. 35-A, ressalva-se que, caso seja estipulada a guarda dos filhos em favor do marido, o título de propriedade do imóvel será registrado em nome dele (Brasil, [2023c]). Com efeito, é necessário considerar o objetivo protecionista da *Lei do PMCMV*, pois estipula uma exceção ao regime de partilha de bens escolhido pelos cônjuges, além de apresentar uma exceção a essa exceção, o que a torna controversa e requer uma análise aprofundada do tema.

Este estudo, de caráter descritivo, utiliza predominantemente o método dedutivo: parte de pesquisa bibliográfica documental (doutrinária, estatística e legislativa) e jurisprudencial, ou seja, do estudo geral do tema para a análise prática da matéria, com o objetivo de avaliar a necessidade de proteção dos vulneráveis no programa de facilitação do acesso à moradia, bem como a adequação da atual forma protetiva às necessidades sociais.

2 O direito à moradia como instrumento de proteção na Constituição

Antes de analisar o art. 35-A da *Lei do PMCMV*, é preciso discorrer sobre o direito à moradia como forma de proteção social.

A Emenda Constitucional (EC) nº 26, de 14/2/2000, estabeleceu o direito à moradia de maneira genérica, desacompanhado de qualquer adjetivo ou complementação textual. Sarlet (2021, p. 17) defende a forma como esse direito social foi estipulado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), pois, segundo o autor, qualquer adjetivação poderia ser utilizada tanto para reduzir esse direito por meio de interpretações restritivas quanto para vincular esse direito à necessidade de legislações infraconstitucionais.

Estabelecida no Título II da CRFB, a expressão *direitos fundamentais* abrange os direitos e deveres individuais (Capítulo I); os direitos sociais (Capítulo II); a nacionalidade (Capítulo III); os direitos políticos (Capítulo IV); e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V) (Brasil, [2023a]; Scarpa, 2021, p. 26). Esses direitos são de titularidade do ser humano, uma vez que ele é o beneficiário. Em lado oposto está o Estado, que deve observar os direitos fundamentais sociais na criação de normas, para que elas tenham seus efeitos na sociedade de acordo com os preceitos estabelecidos na CRFB (Nolasco, 2008, p. 212). Ao conceituar os direitos fundamentais, Rosa (2018, p. 264) afirma:

Nesse contexto, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como direitos a serem exercidos frente ao Estado, como limitadores da atuação estatal perante aos cidadãos (direitos de defesa), bem como direitos de prestação positiva por parte do estado frente ao cidadão, e ainda como direitos a serem tutelados nas relações entre particulares.

Os direitos de defesa têm a função de proteger a sociedade mediante a limitação dos poderes do Estado, ao passo que os direitos sociais, como direitos a prestação, reclamam uma posição ativa do Estado, que deve intervir nas esferas econômicas e sociais com o objetivo de fomentar a igualdade material (Sarlet, 2021, p. 291). Alexy (2017, p. 499) destaca que os direitos à prestação são “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

Sobre o direito à moradia, considerado um dos direitos humanos, Neves (2005, p. 8) salienta que, “[d]o ponto de vista pragmático dos portadores ou destinatários, os direitos humanos têm a pretensão de validade universal”. Scarpa (2021, p. 25) diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais: estes são previstos na Constituição de certo Estado, ao passo que os direitos humanos se relacionam ao Direito Internacional e são reconhecidos como posições jurídicas inerentes ao ser humano.

Uma habitação adequada é um dos pilares da concretização da dignidade humana. No passado, concebia-se a dignidade como a liberdade de escolher o que se desejava ser (Pico, 2015, p. 65); hoje, a dignidade é considerada algo absoluto e inerente a todo ser humano (Pele, 2015, p. 8). O direito à moradia consiste em habitar um local indispensável à vida humana, onde uma família pode viver em condições básicas de salubridade, intimidade e

proteção (Scarpa, 2021, p. 254). Assegurado como norma jurídica estatal, cabe ao Estado a proteção, a promoção e a regulação (Menezes, 2017, p. 48) desse direito. Em relação a ele, Sarlet (2009-2010, p. 15) ressalta:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Trata-se de um direito composto, cuja violação afeta outros direitos fundamentais como o direito à saúde, à educação (Pisarello, 2016) e, até mesmo, à vida (Souza, 2013, p. 96). Ou seja, um de seus objetivos é a proteção dos direitos de primeira dimensão (Bucci, 2006, p. 3).

O art. 3º da CRFB estabelece que os objetivos fundamentais da República são: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização”; e “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Brasil, [2023a]). Percebe-se, assim, a necessidade de o Estado ser prestador de condições mínimas para a dignidade da população. Contudo, a efetivação desses direitos pelo Estado dificilmente será plena de maneira a satisfazer aos anseios e necessidades de todos. Scarpa (2021, p. 53) afirma que “seria utópico, inviável, e representaria, em princípio, violação da liberdade daqueles que seriam chamados para custear esse nível excelente de serviços. Afinal, o Estado só pode distribuir aquilo que arrecada por meio de tributos”. Todavia, cabe ao Estado tentar cumprir esses objetivos na maior escala possível e com a melhor qualidade disponível – uma residência adequada é indispensável para a proteção das garantias fundamentais, pois com ela é possível o descanso digno após o trabalho, a recuperação de enfermidades e o convívio familiar. Não pode ser apenas um teto ou abrigo; a moradia assegurada na CRFB há de ser adequada, na busca pela promoção do bem dos seus habitantes e pela redução das desigualdades sociais (Lima, 2020, p. 6).

Sobre a adequação do direito à moradia, o *Comentário geral nº 4* do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU estabelece alguns pontos como requisitos primordiais da moradia adequada: a) “Segurança jurídica da posse”; b) “Disponibilidade de serviços, materiais, benefícios e infraestrutura”; c) “Custo acessível”; d) “Habitabilidade”; e) “Acessibilidade”; f) “Localização”; e g) “Adequação cultural” (Comentários [...], 2018, p. 258-260). Dessa maneira, segundo o *Comentário*, para uma residência ser caracterizada como adequada necessita ter estabilidade da posse, ou seja, os residentes não podem sofrer com o risco de perder o imóvel de forma abrupta. Os imóveis não podem estar isolados da sociedade; devem ter acesso a bens e serviços essenciais, como transporte público, escolas, hospitais e infraestrutura social (Comentários [...], 2018, p. 258-259).

O custo do acesso à habitação tem que ser razoável, de forma a beneficiar a parcela mais carente da sociedade, mesmo que dependa de subsídios econômicos do Estado. Por sua vez, a habitabilidade está diretamente ligada à segurança e higiene do local. O imóvel não pode estar localizado num ambiente hostil, insalubre e com riscos à segurança dos habitantes (Comentários [...], 2018, p. 259). A acessibilidade visa proteger aquela parcela da população que se encontra em situação de desvantagem social, ou seja, pessoas que por alguma questão física ou psicológica estão com algum grau de vulnerabilidade em comparação ao ser humano médio. Assim, caberia ao Estado regular formas de agraciar em maior medida essa parcela da população (Comentários [...], 2018, p. 259). A localização do imóvel relaciona-se diretamente aos itens *b* e *d* do *Comentário* uma vez que, se o imóvel foi construído em local de difícil acesso, certamente não será dotado dos demais requisitos de adequação do bem (Comentários [...], 2018, p. 260).

Por fim, a adequação cultural objetiva evitar que determinada dimensão cultural da sociedade seja prejudicada em detrimento do direito à moradia. Não se pode assegurar um direito fundamental social quando este prejudica outro direito fundamental – ambos devem coexistir. De acordo com o *Comentário geral nº 4*, não se devem destruir bens culturais e sociais para construir habitações; elas devem situar-se em locais que não prejudiquem esses bens (Comentários [...], 2018, p. 260). Outro ponto de destaque para a análise do conteúdo da norma jurídica do direito à moradia é a distinção entre o direito à moradia e o direito de propriedade previsto no art. 5º, XXII, da CRFB (Brasil, [2023a]). Trata-se de direitos fundamentais autônomos. Embora a propriedade possa servir de moradia, seu conceito é mais amplo e abrange uma garantia individual. É uma combinação de direitos e deveres conferidos a determinada pessoa em relação a um bem material, podendo ser oponível a terceiros (Lôbo, 2020a). Contudo, não se trata de um direito absoluto, pois deve ao mesmo tempo atender ao interesse do proprietário e desempenhar uma função social (Chamoun, 2019, p. 227). Essa situação resulta na posição preferencial do direito à moradia em relação ao direito de propriedade (Sarlet, 2021, p. 18).

A garantia constitucional à moradia pode ser compreendida como um dos pilares da concretização da dignidade humana; cabe ao Estado sua proteção, promoção e regulação (Menezes, 2017, p. 48). Protegido pela Constituição, o direito à moradia mantém uma relação complexa com os direitos fundamentais sociais: pode ser visto tanto como um direito de defesa, já que a moradia não pode sofrer interferência do Estado e dos particulares, quanto como um direito à prestação, na medida em que compete ao Estado utilizar meios legais para fomentar a efetivação desse direito (Sarlet, 2021, p. 345).

Na CRFB, o direito à moradia é um direito aberto, que envolve situações diversas e não implica imposição ou sanção específica em caso de não observação. Por isso, com o objetivo de proteger e melhorar a qualidade de vida dos beneficiários, a norma do direito à moradia pode ser considerada um princípio jurídico a ser observado na máxima medida possível.

3 Os vulneráveis e o programa Minha casa, minha vida

Conforme o art. 8º da MP nº 1.162/2023 (Brasil, 2023d), que reativou e imprimiu modificações ao PMCMV, têm prioridade – “para fins de atendimento, com o emprego de dotação orçamentária da União e com recursos do FNHIS, do FAR ou do FDS, as famílias [...] que tenham a mulher como responsável pela unidade familiar”, famílias que incluam “pessoas com deficiência, idosas, crianças ou adolescentes”; famílias “em situação de risco e vulnerabilidade”; famílias “em situação de emergência ou calamidade”; famílias que foram deslocadas involuntariamente “em razão de obras públicas federais”; ou famílias “em situação de rua”. Há, portanto, um objetivo protecionista de facilitar o acesso à habitação pela parcela da população em situação de vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade. Segundo Malagón Oviedo e Czeresnia (2015, p. 242),

[a] vulnerabilidade é uma marca fundamental que não pode ser superada; uma realidade manifesta e atualizada permanentemente em toda ordem biológica e simbólica da vida humana, que se exprime como uma inquietação permanente na existência, por vezes mais sutil, por vezes mais evidente e incontestável, que notifica nossa finitude.

Marques (2019, p. 352) afirma que hipervulnerável é quem está numa situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade, peculiar de menores, idosos e enfermos. Ao julgar o Recurso Especial nº 586.316/MG, em 2007 o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “[a]o Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna” (Brasil, 2007, p. 3). A hipervulnerabilidade ocorre quando a vulnerabilidade atinge um grau excepcional (Carvalho; Ávila, 2016, p. 119), ou seja, quando, por alguma razão específica, ela é aumentada a ponto de gerar evidente desproporção entre o ser humano médio e o vulnerável.

No Direito, a ideia de vulnerabilidade é diametralmente oposta ao princípio constitucional da igualdade em seu aspecto material, o qual visa proibir qualquer discriminação ao mesmo tempo que exige a adoção de medidas protetivas que objetivam a diminuição da diferença social em relação aos não vulneráveis (Carvalho; Ávila, 2016, p. 114). Segundo Marques e Miragem (2014, p. 164), a existência de vulneráveis impõe a necessidade de criar normas específicas para diminuir a disparidade entre os inseridos nesse grupo – que têm dificuldade de acesso a bens e serviços essenciais – e os que não estão em situações de vulnerabilidade. Cabe ao Estado proteger, de maneira cuidadosa e na maior medida possível, o acesso dessa parcela da sociedade a direitos fundamentais. Ao longo dos anos, foram desenvolvidas e inseridas no ordenamento jurídico leis protetivas dos que se encontram em desvantagem social, como a Lei nº 8.069/1990 (*Estatuto da criança e do adolescente*), a Lei nº 10.741/2003 (*Estatuto do idoso*) e a Lei nº 13.146/2015 (*Estatuto da pessoa com deficiência*).

Ao priorizar a concessão de financiamentos com subsídios governamentais para pessoas em situação de vulnerabilidade, a medida provisória que estabeleceu novas regras para o PMCMV objetivou proteger e beneficiar essa parcela da população. Essa prioridade relaciona-se diretamente ao protecionismo expresso no art. 35-A, o qual define que, nos casos de dissolução da união estável, separação ou divórcio, o imóvel adquirido no PMCMV que tenha obtido auxílio financeiro da União, do FAR ou do FDS será transferido exclusivamente para a mulher, independentemente do regime de comunhão aplicado ao caso (Brasil, [2023c]).

O primeiro ponto a ser observado diz respeito à delimitação dos casos. O art. 35-A da *Lei do PMCMV* determina que somente os imóveis cujos financiamentos tenham sido beneficiados com recursos do orçamento geral da União, do FAR ou do FDS serão partilhados de forma excepcional, ou seja, nos termos do art. 35-A. Deve-se, pois, observar a estreita relação do art. 35-A da *Lei do PMCMV* com o art. 8º da MP nº 1.162/2023, que estabelece a prioridade da concessão de subsídios da União, do FAR ou do FDS a famílias em que a mulher é responsável pela unidade familiar ou por pessoas em vulnerabilidade social ou biológica.

Assim, há relação direta entre as famílias priorizadas pelos subsídios governamentais e a sua proteção durante a execução e após o fim do contrato, uma vez que a *Lei do PMCMV* tem o propósito de protegê-las em casos de rompimento da relação familiar. Essa determinação é produtora, pois os financiamentos são contratos vigentes por longos períodos, o que justifica a proteção dos vulneráveis – e sobretudo dos hipervulneráveis – não só no momento da contratação do financiamento como também durante a execução do contrato ou até mesmo após o fim do pacto de vontades.

O art. 35-A apresenta duas exceções: a primeira estabelece que os imóveis adquiridos com a utilização de recursos do FGTS não ficam somente no nome da mulher: devem ser partilhados de acordo com o regime de comunhão vigente no casamento (Brasil, [2023c]). A segunda exceção relaciona-se à guarda dos filhos. O parágrafo único do art. 35-A determina que, caso a guarda dos filhos menores seja atribuída ao pai, a ele deverá ser transferido o bem financiado (Brasil, [2023c]). O modelo delimitado pela segunda exceção deixa de proteger a mulher, para proteger crianças e adolescentes. Trata-se de uma exceção significativa, já que filhos menores de idade, por sua condição natural, em regra estão em situação de vulnerabilidade superior à de uma mulher física e psicologicamente capaz.

Todavia, peca a lei ao não definir um tipo específico de partilha para as situações em que o núcleo familiar é composto por idosos ou deficientes. É contraproducente, nos casos de dissolução familiar, não estabelecer um modelo protetivo para as pessoas com deficiência ou em idade avançada. Assim, por exemplo, no caso de um núcleo familiar composto por um homem, seu pai deficiente físico e sua esposa, se houver a dissolução da relação do casal e o contrato tiver sido firmado sob os parâmetros estabelecidos pelo art. 35-A, o imóvel será transferido unicamente para a mulher ou registrado em nome dela.

Outro ponto a ser considerado é o fato de os núcleos familiares não serem todos compostos apenas por um homem e uma mulher. Caso haja a dissolução de um núcleo familiar

constituído por dois homens, em que um trabalhe e o outro permaneça na residência cuidando dos filhos e em dependência financeira, poderia o imóvel ser transferido somente para o que detém a guarda dos filhos, ou essa regra não seria aplicável em caso de união homoafetiva?

Esses exemplos evidenciam o descompasso da norma vigente com a melhor compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a evolução da proteção das pessoas que compõem as entidades familiares. Portanto, a *Lei do PMCMV* deve ser alterada para adaptar-se à nova realidade social e abarcar tanto a proteção da mulher ou das crianças e adolescentes em caso de dissolução da família quanto a de outros vulneráveis que componham núcleos familiares não enquadrados no modelo tradicional de família.

4 Aspectos controversos do art. 35-A da *Lei do PMCMV*

O regime de comunhão parcial de bens é o mais usual no País, e todo casamento não realizado com pacto antenupcial é regido por essa forma de comunhão (Lôbo, 2020b).

Segundo Lôbo (2020b), o que singulariza o regime é a coexistência de bens comunicáveis e não comunicáveis. A linha de separação está na data da celebração do casamento. Até ela, os bens adquiridos por um dos cônjuges permanecem particulares, inclusive os adquiridos posteriormente com valores derivados da alienação dos bens particulares; após a celebração, as aquisições de bens realizadas por ambos ou por apenas um dos cônjuges, mediante negócio jurídico oneroso, são consideradas comunicáveis, ou seja, o bem adquirido pertence a ambos os cônjuges (Lôbo, 2020b). Nos termos do art. 1.639 do *Código civil* (Brasil, [2023b]), aos cônjuges resta o direito de estipular regime de comunhão de bens distinto da comunhão parcial antes da celebração do matrimônio ou realizar a modificação durante o matrimônio, desde que haja autorização judicial com base em requerimento motivado por ambos os cônjuges e haja a apuração da procedência das razões, sendo protegidos os direitos de possíveis beneficiados ou prejudicados por terem interesses diretos nos efeitos da relação conjugal.

Com base na verificação do regime de casamento é determinada a forma de partilha de bens no momento da separação do casal. No entanto, o art. 35-A da *Lei do PMCMV* estabeleceu uma exceção que modifica a forma de divisão de bens em casos de separação. Com essa exceção, sob o argumento de promoção da igualdade material mediante a discriminação positiva das mulheres, a lei não observa a determinação do art. 226, § 5º, da CRFB (Diniz, 2018, p. 364): na sociedade conjugal, tanto os direitos quanto os deveres devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (Brasil, [2023a]). Além disso, o *caput* do art. 5º da CRFB estabelece que todos são iguais perante a lei e, de forma complementar, o inciso I firma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Numa primeira análise, percebe-se que, sem um forte fundamento para justificar a exceção à regra de comunhão de bens, a prescrição do art. 35-A da *Lei do PMCMV* fere a

CRFB. Ao realizarem o financiamento imobiliário sob as regras do PMCMV, os contratantes apresentam suas rendas e, com base na renda de cada um, determina-se um percentual de comprometimento no contrato. Assim, se a renda de um dos cônjuges é maior que a do outro, um percentual maior é estabelecido a quem auferir maior rendimento mensal. O percentual de renda serve não apenas para delimitar as obrigações dos contratantes mas também para determinar o percentual do seguro obrigatório por morte ou invalidez permanente de cada um deles e, conseqüentemente, o percentual de liquidação do contrato em caso de sinistro.

Outra utilidade dessa determinação em casos de separação é facilitar a estipulação da parcela do financiamento com a qual cada um terá de arcar, com base no entendimento de que não se deve comprometer um percentual considerável dos rendimentos mensais individuais. Contudo, essa divisão não obriga individualmente um dos cônjuges a pagar apenas o percentual exposto no contrato; ambos devem arcar com o pagamento integral das prestações.

Ao determinar que o imóvel, independentemente do regime de comunhão de bens, será transferido apenas para a mulher no momento do divórcio, separação ou fim da união estável, o art. 35-A da *Lei do MCMV* não contempla os direitos de propriedade do cônjuge que ficará sem o bem, pois não estabelece forma alguma de compensação, nem desobriga quem ficará sem o imóvel de pagar as parcelas do financiamento.

Dessa forma, a lei relativiza a força vinculante do contrato, pois exclui o direito de propriedade de um dos membros e, ao mesmo tempo, promove o enriquecimento sem causa do cônjuge beneficiário, que ficará com a totalidade do imóvel, mesmo tendo pago apenas parte do financiamento (Leardini, 2023, p. 1.691). Porém, esse não parece ser o melhor caminho interpretativo: não é possível aplicar o dispositivo sem considerar todo o ordenamento jurídico e a necessidade de coerência do sistema, que veda o enriquecimento sem causa. Não é razoável impor a um dos cônjuges a perda de seus direitos sobre o bem, mas manter a exigibilidade das parcelas do financiamento. Além disso, segundo as regras do programa, é vedado o financiamento de mais de um imóvel; assim, de acordo com o § 8º do art. 6º-A (Brasil, [2023c]), ele não poderá ser beneficiado com novas subvenções econômicas, uma vez que já foi beneficiário.

Todavia, como observa Mello (2000, p. 18), determinadas situações tornam possível a relativização do princípio da igualdade que visa evitar desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para realizar desequiparações, a lei necessita compatibilizar as exceções com os princípios do ordenamento jurídico, de forma a fundamentar a criação de uma alternativa ao modelo vigente. De acordo com a fundamentação da MP nº 561/2012 (Brasil, 2012), a opção pela medida legislativa seria um sinal de que o governo estaria priorizando as mulheres nos programas sociais. De fato, situações, como a disparidade salarial e a agressão doméstica, justificam a manutenção da exceção ao sistema regular de divisão de bens – fatores que pesam no momento da análise legislativa.

Segundo o IBGE, as mulheres recebem em média 76,5% do rendimento dos homens (Peret, 2019), o que as deixa em inferioridade financeira em relação a seus maridos. Quanto à violência doméstica, segundo dados divulgados pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, no primeiro semestre de 2022 foram registradas 31.398 denúncias e 169.676 delitos envolvendo a violência doméstica contra mulheres (Brasil [...], 2022). Assim, a exceção à regra da partilha de bem é justificável, pois numa moradia adequada a mulher teria segurança para separar-se do agressor e desvincular-se da relação abusiva (Diniz, 2018, p. 371).

Contudo, apesar dos números expressivos, nem sempre a mulher se encontra em situação de vulnerabilidade ou de hipervulnerabilidade na relação conjugal, de modo que o elemento justificador da desequiparação de igualdade perde força: não é razoável a transferência de propriedade de forma exclusiva para a mulher, muito menos sem qualquer compensação financeira, sob pena de se caracterizar o seu enriquecimento sem causa. Ela ficará com o imóvel em detrimento dos direitos do homem, que terá que deixar o bem e continuar a pagar mensalmente o financiamento.

Por outro lado, há uma exceção à regra estipulada pelo art. 35-A da *Lei do MCMV*: caso o homem fique com a guarda dos filhos, em seu nome deverá ser transferida ou registrada a propriedade do imóvel objeto do financiamento habitacional em nome do casal (Brasil, [2023c]). Com essa estipulação, o legislador optou por proteger os filhos menores de 18 anos, pois em regra não têm capacidade civil completa e necessitam de proteção. Logo, a troca situacional protetiva é produtiva e justificável: quem fica com a guarda dos filhos deve ter facilitado o processo de criação, educação e estabilidade das crianças e adolescentes.

A *Lei do PMCMV* apenas estabelece que a propriedade deve ser transferida ao marido ou registrada em favor dele caso ele tenha a guarda dos filhos; o fato gerador dessa proteção é o interesse do menor. Entretanto, a menoridade é passageira: no decorrer do tempo ela será superada, de modo que o fato ensejador da transferência de propriedade perderá o sentido; resta apenas o prejuízo ao cônjuge que perdeu o direito sobre o imóvel, pois a lei não prevê a compensação, nem mesmo a partilha após a superação do fato gerador da divisão excepcional.

Outro ponto a considerar é que a guarda pode ser alterada. Nesse caso, deve-se alterar a titularidade da propriedade? Sobre o tema, Tartuce (2021) afirma que a propriedade ganharia uma natureza ambulatória, uma vez que seguiria a guarda dos filhos, e reconhece a dificuldade de efetivação da forma de propriedade, dado que não haveria a estabilização necessária e esperada do domínio.

Diante disso, em que pesem os pontos acertados da legislação, ainda há lacunas a serem superadas e espaço para o aperfeiçoamento da norma, de forma a adaptar às tendências sociais, legislativas e jurisprudenciais da contemporaneidade uma lei que, por seu forte aspecto protecionista, mostra-se produtora no cenário jurídico.

5 Considerações finais

Como um princípio constitucional, o direito à moradia necessita ser protegido e efetivado o melhor possível no ordenamento jurídico. Para isso, deve o Estado buscar formas para regular e fomentar esse direito. Uma das políticas mais usuais tem sido a aquisição de moradia por meio dos financiamentos imobiliários que utilizam subsídios ofertados pelo Estado. Como forma de proteger determinados setores da sociedade, no programa de facilitação do acesso à moradia o Estado intenta criar mecanismos de proteção para pessoas em situação de hipervulnerabilidade, vulnerabilidade ou desvantagem social. Em virtude disso, criou-se em 2009 a regra do art. 35-A da *Lei do PMCMV*, a qual estabeleceu outra forma de divisão de bens, com o fim de proteger a mulher ou os filhos menores.

Apesar de haver motivos razoáveis para a manutenção dessa exceção ao regime de comunhão de bens, não parece o melhor caminho utilizar a norma do art. 35-A da *Lei do MCMV* ou seu parágrafo único como regra geral, aplicável sem verificação do caso concreto e sem um diálogo coerente com outras fontes normativas. A lei precisa ser aperfeiçoada para adequar-se às situações cotidianas, como o atual modelo de guarda compartilhada entre os pais. Na busca pela proteção dos vulneráveis, o Poder Legislativo criou um mecanismo controverso, que merece atenção e maiores reflexões sobre sua aplicabilidade, pois a lei não prevê situações como casamentos entre pessoas do mesmo sexo nem a proteção a deficientes físicos, mentais ou idosos sob a guarda de um dos cônjuges. Nesses casos, ao desconsiderar aspectos práticos e situacionais mercedores de proteção, o legislador deixou de proteger pessoas vulneráveis por razões físicas, etárias ou mentais.

Referências

ABDALA, Vitor. Expectativa de vida no Brasil sobe para 76,8 anos. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 25 nov. 2021. Geral. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2021-11/expectativa-de-vida-no-brasil-sobe-para-768-anos>. Acesso em: 29 fev. 2024.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. (Teoria & Direito Público).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. *Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. *Medida Provisória nº 561, de 8 de março de 2012*. Altera as Leis nº 12.409, de 25 de maio de 2011, nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4456331&ts=1630422491668&disposition=inline>. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. *Medida Provisória nº 1.162, de 14 de fevereiro de 2023*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2023d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1162.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 586.316/MG*. Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - Abia. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de abril de 2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022. *MDHC Notícias*, [Brasília, DF], 31 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de. A hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da Comunidade Carrilho, município de Itabaiana/SE. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 110-129, jul./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2016.v2i2.1422>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1422>. Acesso em: 29 fev. 2024.

CHAMOUN, Ebert. Exposição de motivos do esboço do Anteprojeto do Código Civil – direito das coisas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, n. 2, p. 225-239, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/420>. Acesso em: 29 fev. 2024.

COMENTÁRIOS gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU: Comitê de Direitos Humanos, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [S. l.]: Núcleo de Estudos Internacionais: Defensoria Pública do Estado de São Paulo: Ministério Público Federal, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/44631261/Coment%C3%A1rios_gerais_dos_Comit%C3%AAs_de_Tratados_de_Direitos_Humanos_da_ONU. Acesso em: 29 fev. 2024.

DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. O novo regime de partilha de bens imóveis instituído pela Lei 11.977/2009 e seus aspectos polêmicos. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (coord.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Pílares, 2018. v. 3, p. 353-377.

LEARDINI, Andréia Susi. O impacto do artigo 35-A da Lei 11.977/2009 e artigo 14 da Lei 14.118/2021 nos contratos de mútuo habitacional. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 1.681-1.698, jan. 2023. DOI: <https://doi.org/10.34117/bjdv9n1-116>. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/56104>. Acesso em: 29 fev. 2024.

LIMA, Mateus Fernandes Vilela. O direito à moradia e as políticas públicas habitacionais brasileiras da segunda década do século XXI. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 1-19, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/geouerj.2020.48406>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/geouerj/article/view/48406>. Acesso em: 29 fev. 2024.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a. v. 4. E-book.

_____. *Direito civil: famílias*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020b. v. 5. E-book.

MALAGÓN OVIEDO, Rafael Antônio; CZERESNIA, Dina. O conceito de vulnerabilidade e seu caráter biossocial. *Interface – Comunicação, Saúde e Educação*, Botucatu, v. 19, n. 53, p. 237-249, abr./jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-57622014.0436>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/5BDdb5z4hWMNn58drsSzktF/?lang=pt>. Acesso em: 29 fev. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. *Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE*, Salvador, n. 4, p. 1-35, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=63>. Acesso em: 29 fev. 2024.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Pillares, 2008.

PELE, Antonio. La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 7-17, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/892>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PERET, Eduardo. Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. *Agência IBGE Notícias*, [s. l.], 28 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PICO, Giovanni. *Discurso pela dignidade do homem*. Tradução de Antonio A. Minghetti. Porto Alegre: Ed. Fi, 2015. (Série Filosofia & Interdisciplinaridade, 36). Disponível em: <https://www.editorafi.org/81antonio>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PISARELLO, Gerardo. Vivienda para todos: derecho en construcción. In: SOTO FLORES, Armando (coord.). *Derecho procesal constitucional*. México, DF: Secretaría de Gobernación: Secretaría de Cultura: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. p. 259-282. (Biblioteca Constitucional. Serie Grandes Temas Constitucionales). Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4556/12.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2024.

ROSA, Tais Hemann da. Aspectos teóricos sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 260-286, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6006>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado: RERE*, Salvador, n. 20, p. 1-46, dez./fev. 2009-2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SCARPA, Antonio Oswaldo. *Direitos fundamentais sociais: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie*. Salvador: JusPODIVM, 2021.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. A Lei 14.118-21 e suas repercussões para o direito de família. Breves anotações. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1632/A+lei+14.118-21+e+suas+repercuss%C3%B5es+para+o+Direito+de+Fam%C3%ADlia.+Breves+anota%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 29 fev. 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>