

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

KARIN FABIANE FRITZEN VIANA

**A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO COMO GARANTIA DA
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2019

KARIN FABIANE FRITZEN VIANA

**A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO COMO GARANTIA DA
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Marcos Costa Salomão

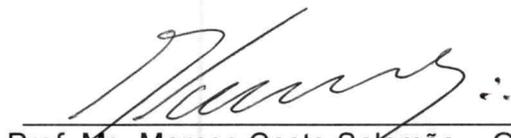
Santa Rosa
2019

KARIN FABIANE FRITZEN VIANA

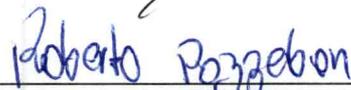
**A TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO COMO GARANTIA DA
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof. Ms. Marcos Costa Salomão – Orientador



Prof. Ms. Roberto Pozzebon



Prof.^a Ms. Rosmeri Radke

Santa Rosa, 19 de novembro de 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho de conclusão de curso à minha mãe Janete Fritzen, que não mediu esforços para que este sonho fosse realizado, e ao meu namorado João Arthur Simon, pelo carinho e compreensão ao longo dessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, pelo afago nas horas difíceis, por acreditar que eu seria capaz e pelo incentivo durante toda minha trajetória na graduação.

Agradeço ao meu namorado, que de forma carinhosa me deu coragem e acreditou na minha capacidade de vencer.

Agradeço aos meus amigos, por todas as vezes que me fiz ausente e continuaram ao meu lado me incentivando.

Agradeço à esta instituição e seus docentes, por compartilharem não só ensinamentos, mas lições de vida que com certeza fizeram toda diferença.

Agradeço ainda, ao meu orientador Marcos Costa Salomão, pela paciência e esforço desempenhados, e principalmente pelos ensinamentos que foram essenciais para a realização dessa monografia.

EPÍGRAFE

“Lembre-se desta verdade: o agora importa mais do que qualquer outro momento, pois é o que você está fazendo hoje que está determinando em quem você está se tornando, e quem você está se tornando, determinará a qualidade e a direção da sua vida” – O milagre da manhã.

RESUMO

O presente Trabalho de Curso versa sobre o mínimo existencial a ser resguardado em favor do fiador, no contrato de locação, com fundamento na Teoria do Patrimônio Mínimo. Como delimitação temática, estudou-se a Lei 8.009/90 (dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família) e da Lei 8.245/91 (dispõe sobre as locações de imóveis urbanos). Assim, buscou-se demonstrar a incoerência jurídica presente nestas leis, a fim de que possa se apontar o direito social à moradia, em especial à do fiador, como um direito fundamental a ser respeitado, baseando-se na Teoria do Patrimônio Mínimo e no mínimo existencial. O problema da presente pesquisa encontra-se na tentativa de demonstrar a medida em que o fiador pode ser privado do seu único imóvel, bem de família, para saldar dívidas do devedor principal em contrato de locação. O objetivo geral é demonstrar de que forma a aplicação da Teoria do Patrimônio Mínimo garantirá ao fiador o seu direito fundamental à moradia. Considera-se relevante este estudo por demonstrar que, mesmo com a livre iniciativa do fiador em dar seu bem como garantia em prol de outra pessoa, deve-se verificar que há limites na autonomia privada, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista que são irrenunciáveis. Para um melhor tratamento dos objetivos e melhor apreciação desta pesquisa, observa-se que ela é classificada como pesquisa exploratória. Detecta-se também a necessidade da pesquisa bibliográfica no momento em que se fez uso de materiais já elaborados: livros, artigos científicos, revistas e documentos eletrônicos, na busca e alocação de conhecimento sobre os ideais da Teoria do Patrimônio Mínimo como forma de sustentar sua aplicabilidade no cenário contemporâneo, correlacionando tal conhecimento com abordagens já trabalhadas por outros autores. A análise se deu em torno dos aspectos históricos do bem de família, da Teoria do Patrimônio Mínimo e do Mínimo existencial, e ainda, dos recentes julgados dos Tribunais acerca do tema. O presente trabalho está estruturado em dois capítulos. O primeiro capítulo versa sobre a origem e evolução do bem de família, bem como as suas espécies, possibilitando ao leitor compreender de que maneira surgiu e como foi o processo de evolução deste instituto no Brasil, e da sua importância, tendo em vista que se trata de um direito fundamental. O segundo capítulo trata acerca da Teoria do Patrimônio Mínimo, das possibilidades de penhora do bem de família previstos no ordenamento jurídico no que tange à fiança creditícia no âmbito da locação comercial e residencial. E, por fim, trata acerca do entendimento dos Tribunais quanto à (im)penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação. Desta forma, conclui-se que a jurisprudência dos Tribunais está em constante evolução. O que se pode dizer é que a penhora do bem de família deverá ser discutida caso a caso, não havendo ainda uma homogeneidade de decisões acerca da (in)constitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90.

Palavras-chave: contrato – fiança – penhora – bem de família – mínimo existencial.

ABSTRACT

The present Course Conclusion Paper deals with the existential minimum to be safeguarded in favor of the guarantor, in the lease agreement, based on the Minimum Equity Theory. As a thematic delimitation, was studied Law 8.009/90 (provides for the unenforceability of family property) and Law 8.245/91 (provides for the leasing of urban real estate). Thus, was sought to demonstrate the legal inconsistency present in these laws, so that the Social Right to housing, especially that of the guarantor, can be pointed out as a fundamental right to be respected, based on the Minimum Heritage Theory and the existential minimum. The problem with the present research lies in the attempt to demonstrate the extent to which the guarantor may be deprived of his sole property as a family property to pay off debts of the principal on a lease. The general objective is to demonstrate how the application of the Minimum Heritage Theory will assure the guarantor his fundamental right to housing. This study is considered relevant because it demonstrates that, even with the guarantor's free initiative to give his real state as a guarantee for someone else, it should be noted that there are limits to private autonomy, especially with regard to Fundamental Rights, since they are indispensable. For a better treatment of the objectives and better appreciation of this research, it was observed that it is classified as exploratory research. The need for bibliographic research was also detected at the moment when it was made use of already elaborated materials: books, scientific articles, magazines and electronic documents, in the search and allocation of knowledge about the ideals of Minimum Heritage Theory as a way to sustain its applicability in the contemporary scenario, correlating such knowledge with approaches already worked by other authors. The analysis was based on the historical aspects of the family real state, the Minimum Heritage Theory and the existential Minimum, as well as the recent judgments of the Courts on the subject. This paper is structured in two chapters. The first chapter deals with the origin and evolution of the family good, as well as the species of family good, enabling the reader to understand how the family good arose, how was the process of evolution of this institute in Brazil, and its importance as it is a fundamental right. The second chapter deals with the Minimum Equity Theory, the possibilities of seizure of family property provided for in our legal system with respect to credit under commercial and residential leasing. And finally, it deals with the Court's understanding of the unenforceability pledge of the guarantor's family property in lease agreements. It follows that the case law of the courts is constantly evolving. What can be said is that the attachment of the family good should be discussed on a case by case basis, and there is still no homogeneity of decisions regarding the (un) constitutionality of item VII, of article 3 of Law 8.009/90.

Keywords: contract - guarantee- attachment - family good - existential minimum.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

Art. – artigo

CF- Constituição Federal

CC- Código Civil

Inc. – Inciso

nº – número

p. – página

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal de Federal

TJ/RS - Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul

TJ/SP - Tribunal do Estado de São Paulo

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

§ – parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA	14
1.1 SURGIMENTO DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA – LEI DO <i>HOMESTEAD</i>	15
1.2 A EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA	20
1.3 ESPÉCIES DE BEM DE FAMÍLIA.....	25
2 TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO	32
2.1 POSSIBILIDADES DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA	39
2.2 O CONTRATO DE FIANÇA NA LOCAÇÃO COMERCIAL E RESIDENCIAL.....	42
2.3 O ENTENDIMENTO DO STJ E STF QUANTO À (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LOCAÇÃO COMERCIAL E RESIDENCIAL.	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Curso versa sobre o mínimo existencial a ser resguardado em favor do fiador, no contrato de locação, com fundamento na Teoria do Patrimônio Mínimo. Como delimitação temática, estuda-se a Lei 8.009/90 (dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família) e Lei 8.245/91 (dispõe sobre as locações de imóveis urbanos). Assim, busca-se demonstrar que com o advento destas leis, a proteção do bem de família e o direito à moradia intensificou-se em relação ao direito de crédito, e desta forma, busca-se demonstrar a incoerência jurídica presente nestas leis, a fim de que possa se apontar o Direito Social à moradia, em especial à do fiador, como um direito fundamental a ser respeitado, baseando-se na Teoria do Patrimônio Mínimo e no mínimo existencial.

O problema da presente pesquisa encontra-se na tentativa de demonstrar a medida em que o fiador pode ser privado do seu único imóvel, bem de família, para saldar dívidas do devedor principal em contrato de locação tendo em vista que as relações entre os sujeitos de direito geram obrigações, que tem no patrimônio do devedor e do fiador, uma garantia de cumprimento contratual em favor do credor.

O objetivo geral é demonstrar de que forma a aplicação da Teoria do Patrimônio Mínimo garantirá ao fiador o seu Direito Fundamental à moradia. Já os objetivos específicos, consistem em estudar o instituto do bem de família como um Direito Fundamental protegido pela Constituição Federal, bem como analisar o direito social à moradia e a lei de locações no instituto da fiança e, demonstrar os julgados do STF em relação ao conflito de moradia e bem de família no instituto da fiança residencial e comercial.

Ao longo dos anos, as relações privadas fizeram aumentar as relações de consumo, e desta forma o fornecimento de crédito ao consumidor tornou-se mais fácil, já que o mesmo passou a dar bens em garantia para que fosse possível adquirir outros bens, o que fez com que o mesmo se tornasse superendividado. Assim, a crença de um patrimônio mínimo que possibilitasse a inclusão pelo crédito, faz surgir uma realidade diversa àquela que se pretendia para a promoção da Dignidade da Pessoa Humana.

Considera-se relevante este estudo por demonstrar que, mesmo com a livre iniciativa do fiador em dar seu bem como garantia em prol de outra pessoa, deve-se verificar que há limites na autonomia privada, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista que são irrenunciáveis.

A pesquisa é viável, uma vez que o acesso de dados se encontra disponível em doutrinas e jurisprudências. Demonstra-se que o entendimento mais recente dos Tribunais é a favor da impenhorabilidade do bem de família do fiador, sendo assim, o trabalho tem o intuito de sustentar que a dignidade da pessoa humana é dever de proteção do Estado para com os indivíduos da sociedade, baseando-se na Teoria do Patrimônio Mínimo.

Assim, a repercussão esperada está voltada à análise do critério da proporcionalidade, já que se a restrição de algum direito se fundamenta na proteção de outro, deve-se optar pelo menos gravoso. Ou seja, antes de optar pela penhora de um bem de família, tem-se que analisar outras garantias para executar o débito.

Para um melhor tratamento dos objetivos e melhor apreciação desta pesquisa, observa-se que ela é classificada como pesquisa exploratória. Detecta-se também a necessidade da pesquisa bibliográfica no momento em que se faz uso de materiais já elaborados: livros, artigos científicos, revistas e documentos eletrônicos, na busca e alocação de conhecimento sobre os ideais da Teoria do Patrimônio Mínimo como forma de sustentar sua aplicabilidade no cenário contemporâneo, correlacionando tal conhecimento com abordagens já trabalhadas por outros autores. A análise se deu em torno dos aspectos históricos do bem de família, da Teoria do Patrimônio Mínimo e do Mínimo existencial, afirmando que o objetivo geral é apontar de que maneira o inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90 seria incompatível com direitos fundamentais sociais do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho está estruturado em dois capítulos. O primeiro capítulo versa sobre a origem e a evolução do bem de família, bem como as espécies de bem de família, possibilitando ao leitor compreender de que maneira surgiu o bem de família, como foi o processo de evolução deste instituto no Brasil, e da sua importância, tendo em vista que se trata de um direito fundamental.

O segundo capítulo trata acerca da Teoria do Patrimônio Mínimo, das possibilidades de penhora do bem de família previstos no ordenamento jurídico no que tange à fiança creditícia no âmbito da locação comercial e residencial. E, por fim,

trata acerca do entendimento dos Tribunais quanto à (im)penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA

O bem de família carrega uma importância social enorme, pelo fato de proteger a família e seu domicílio. A instituição do bem de família sempre foi um tema em pauta de discussão em nosso ordenamento jurídico, desde as normas constitucionais de proteção, bem como as infraconstitucionais. Essa instituição surgiu como uma das formas de atuação positiva do Estado perante os indivíduos, eis que tem o dever de protegê-los. O direito à moradia é um direito inerente a pessoa humana, um pressuposto para a integridade física, um elemento da estrutura moral da pessoa.

O ser humano é dotado de livre arbítrio, e cabe ao Estado salvaguardar um conjunto de direitos considerados naturais do homem, como o direito à liberdade, direito de defesa, e o direito à moradia. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “[...] a impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública, razão pela qual não admite renúncia pelo titular.” (BRASIL, 2015, n. 17). Ainda, Fachin salienta que:

Se, de um lado, o patrimônio não seria uma unidade abstrata, de outro, essa mirada mantém a ideia de unidade com o fundamento de que o patrimônio seria uma decorrência da personalidade, vinculado ao indivíduo. (FACHIN, 2006, p 40).

O bem de família é uma forma de afetar um bem imóvel que tenha como destino único de servir como moradia a determinado indivíduo. E enquanto perdurar esta finalidade, será impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição. Cabe ressaltar que o bem de família é um direito que não se confunde com o imóvel residencial a que incide, de forma a garantir uma moradia livre de execuções.

Mesmo que a Constituição assegure especial proteção à família, sua maior responsabilidade é com o cidadão. O enfoque central do ordenamento jurídico é o **ser humano**. Apesar de a expressão "bem de família" dar a entender que o instituto se destina à proteção da entidade familiar, passou a Justiça a reconhecer que é um instrumento de proteção à pessoa do devedor, tendo ele ou não família, ou morando sozinho. (DIAS, 2016, p. 613), [grifo do autor].

O grande objetivo de proteger o imóvel familiar é garantir que todos os indivíduos tenham um teto para morar, mesmo que em detrimento dos credores. Cabe ressaltar que a intitulação do bem de família não diz respeito à mais de um indivíduo, necessariamente. O conceito de entidade familiar abriga as mais diversas estruturas,

sendo um conceito muito amplo. A interpretação da norma teve que ir se adequando às transformações da sociedade, e considera as mais diversas formas de família, como exemplo o indivíduo que mora sozinho e mesmo assim, tem seu imóvel, bem de família, conforme prevê a súmula 364 do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.” (BRASIL, 2008)

Sua origem se deu nos Estados Unidos da América, não só como uma forma de incentivar o povoamento de determinado território, mas também de forma a proteger a moradia das famílias da abusividade dos credores, em especial aos bancos, que instituíam juros altíssimos sobre as dívidas.

No Brasil, a introdução da ideia de um bem imóvel afastado da penhora ocorreu de forma dificultosa, pelo fato da larga extensão territorial, que por consequência gerou grandes polêmicas e controvérsias entre quem defendia e quem se opusera a ideia.

1.1 SURGIMENTO DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA – LEI DO *HOMESTEAD*¹

No direito romano, a família era um núcleo político, econômico e religioso. E neste contexto, era uma desonra a alienação dos bens de seus antepassados. “Assim, no período da República, consagrou-se o princípio da inalienabilidade dos bens componentes do patrimônio familiar, que se reputavam sagrados.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 464).

O instituto do bem de família surgiu no início do século XIX, quando o Estado do Texas passava por uma grave crise econômica que atingiu os Estados Unidos da América do Norte. A partir da sua independência, muitos imigrantes obtiveram empréstimos bancários, e quando surgiu a forte crise econômica, inúmeros bancos fecharam, causando o empobrecimento da população e, por consequência, os devedores tiveram que entregar seus bens por valores irrisórios. (HORA NETO, 2011).

As razões históricas do instituto derivam, ainda que em apertada síntese, no fato de que, para fins de ocupação do imenso território americano, mormente a partir da independência dos Estados Unidos, inúmeras levas de imigrantes obtiveram empréstimos bancários às largas, especularam à vontade, mas em seguida vieram as crises econômicas, por volta de 1837 a 1939, com o fechamento de inúmeros bancos, ocasionando uma monumental derrocada econômica e o consequente empobrecimento da população; e, por

¹ A Lei do *Homestead* pode ser traduzida como a Lei do Bem de família.

consequente, as execuções se deram, tendo os devedores que entregarem, para a satisfação dos créditos, bens irrisoriamente avaliados, em detrimento dos altos valores por eles pagos antes da crise. (HORA NETO, 2011, p. 714).

Nesta época, a agricultura estava se desenvolvendo, e foi quando houve especulações sobre o açúcar, algodão e ferrovias nas terras do oeste, resultando nesta grave crise econômica. Por consequência, os indivíduos não conseguiram mais pagar suas dívidas, o que fez com que a penhora sobre os bens imóveis aumentasse drasticamente (HORA NETO, 2011).

Com a separação do Texas do território mexicano, e com as garantias e vantagens oferecidas pelo governo texano, muitos imigrantes americanos tentaram reconstruir seus lares neste território, de tal forma que a maior parte da população do Texas passou a ser de americanos. Antes mesmo da Lei do *Homestead*, a Constituição do Texas, de 1836, já previa a concessão de uma porção de terras aos chefes de família, para que nela se estabelecessem, trabalhassem e produzissem. Com a anexação do Texas aos Estados Unidos, em 1845, a Constituição Texana dispôs que o legislador deveria proteger determinada porção de terra, pertencente ao chefe de uma família, contra qualquer execução. (FACHIN, 2006, p. 156).

Em 26 de janeiro 1839 foi promulgada a Lei do *Homestead*, no Estado do México, que permitiu a isenção da penhora sobre as pequenas propriedades, com a condição de que essa se destinasse à residência do devedor. O *Homestead* tinha por objetivo não só a proteção à moradia, mas também, incentivar a povoação daquele território norte-americano em um momento de crise. Neste sentido, João Hora Neto aponta:

Em síntese, a referida Lei do *Homestead* buscou fixar o homem à terra, na medida em que decretou a impenhorabilidade dos bens móveis domésticos, além dos bens imóveis, visando, em suma, a proteção da família e seu imóvel de morar, haja vista que isentava de execução judicial por dívidas as áreas de terra de até 50 acres, bem como terrenos urbanos, objetivando fundamentalmente incentivar a colonização. (HORA NETO, 2011, p. 716 - 717).

Uma das condições para a concessão do terreno era de que o proprietário devia cultivar e extrair dela seu sustento e para sua família, bem como a fixação de residência neste solo por cinco anos, para então, obter o título dominial. Para que o

instituto ganhasse mais repercussão entre os indivíduos, o Estado teve que tomar certas medidas, como bem apontado por Arnaldo Marmitt:

Para o total êxito do instituto, eram expedidos *homestead exemption laws*, ou seja, atos legislativos cuja finalidade era incentivar a medida, impulsionar a colonização e proporcionar benefícios para que as famílias se sentissem atraídas pela oferta pioneira. Para tanto recebiam o amparo do Poder Público, com isenção de penhora sobre o bem, e garantias outras, a fim de que a família pudesse se dedicar aos trabalhos sem se preocupar com qualquer risco de desalojamento. (...) Resguardavam o imóvel residencial de qualquer penhora, para que a família pudesse viver em paz com sua prole e tornar produtiva a área de terras que para tal fim recebera. (MARMITT, 1995, p. 137).

Desta forma, fica claro que o objetivo era estimular a fixação do homem na terra, para que naquele território vazio e subdesenvolvido, passassem a sentir segurança em estabelecer sua moradia.

A ideia do *Homestead* vingou, e ele foi sendo incorporado pelos estados americanos, com características similares, ou seja, era exigido que o indivíduo possuísse um título sobre determinado imóvel, que fosse o titular da família, e que o terreno fosse efetivamente ocupado por ele. Em 1945 a República do Texas foi incorporada aos Estados Unidos, fazendo surgir assim, o *homestead* federal, com a Lei Federal de 20 de maio de 1862, com a finalidade de colonizar e povoar o território americano. O ponto comum em todos eles era, o fato de constituir exceção ao princípio do direito das obrigações, de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas perante os credores. (FACHIN, 2002).

No direito americano, surgiram duas formas de *homestead*, como bem explicado por João Hora Neto:

De sorte que, no direito americano surgiram duas formas de *homestead*, sendo que a *homestead* formal ou formalista, adotada por alguns Estados americanos, era aquela dependente de forma, segundo a qual fazia-se necessário uma declaração junto ao Registro de Imóveis (*Registrar of deeds*), dando conta que o bem estava sob o regime de *homestead* a fim de que fosse dado ciência aos credores, não podendo esses, doravante, alegarem prejuízos pela impossibilidade de execução. Já a *homestead* denominada de legal ou de direito, prescindia dessa formalidade junto ao Registro de Imóveis, bastando apenas a demonstração da mera ocupação efetiva do imóvel segundo as condições apontadas, sendo essa espécie adotada por outros tantos Estados. (HORA NETO, 2011, p. 715).

Na Alemanha, na Constituição de Weimar de 1919, estabeleceu-se que o Estado deveria evitar abusos, como uma forma de garantir ao povo alemão uma

habitação e um bem de família. Já na França, em 1909 surge a Lei do *bien de famille*, que constitui o bem de família na casa ou na parte habitada pela família, ou as terras cultivadas por ela. A lei estabeleceu que o ato constitutivo resultava da declaração ao notário, de uma doação por instrumento público ou testamento que constasse a discriminação do imóvel, para que assim fossem registrados, afastando qualquer possível imposição judiciária ou falência (FACHIN, 2002).

Desta forma, foi necessário que o Estado da Alemanha intervisse de maneira positiva, para que fosse possível contornar a situação gerada pela crise. Surgiu então a primeira lei que protege o imóvel residencial da entidade familiar, ficando este, livre de qualquer possível execução decorrente de dívidas contraídas após sua constituição.

No Brasil, o bem de família surgiu em 1916, no Código Civil, com a intitulação de “lar de família”. “O projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua não previa explicitamente o instituto jurídico do bem de família, embora várias tentativas tenham se sucedido para sua inclusão”. (FACHIN, 2006, p 133).

A Constituição Federal traz previsão expressa a respeito da importância da proteção da entidade familiar, veja:

[...] 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; [...] 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. [...] Art. 226. **A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**
(BRASIL, 1988). [grifo nosso].

Inicialmente, o bem de família foi incluído na Parte Geral, no Livro das Pessoas. Entretanto, por ser fortemente criticado, foi deslocado para o Livro dos Bens, onde está até hoje. O direito à moradia é considerado como um dos direitos da personalidade, inerente à pessoa humana, como um pressuposto ao seu direito à integridade física e moral de todos.

A constituição do bem de família tem por escopo a proteção da moradia utilizada como sede da família, que é o núcleo afetivo básico da sociedade

[...] Estas mesmas razões de ordem humanitária foram ponderadas pelo Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 5.869/73), ao considerar absolutamente impenhoráveis as provisões de alimentos e combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês (art. 649, inc. II) e o imóvel rural, de área de até um módulo, que se estabelece na forma do Estatuto da Terra, conquanto seja o único de que disponha o devedor. (MADALENO, 2011, p. 1.000).

Ou seja, tanto o imóvel urbano, como o imóvel rural podem ser objeto de constituição de bem de família. Para tanto, o simples registro imobiliário basta para a constituição do bem voluntário de família. Vale lembrar também que o imóvel de família é inalienável, necessitando da autorização de todos os membros para que seja considerada válida a alienação.

Quanto ao lapso temporal, o bem de família não prescreve, ou seja, é vitalício. Basta que no imóvel resida alguém, que tenha aquele bem como sua única moradia. Consideram-se impenhoráveis também todos os pertences e acessórios que abrangem o imóvel. A violação do lar é a quebra da última proteção humana.

A instituição do bem de família gera a **impenhorabilidade** de um bem determinado, que se transforma em verdadeiro patrimônio, num sentido protetivo do núcleo familiar. Trata-se de qualidade que se agrega a um bem **imóvel e seus móveis**, imunizando-os em relação a credores, como forma de proteger a família que nele reside. (DIAS, 2008, p. 534). [grifo do autor].

Mesmo que a Constituição assegure especial proteção à família, há que se destacar que a maior responsabilidade do Estado é com o cidadão, ou seja, o enfoque central do ordenamento jurídico é o ser humano. Como salienta Fachin: “A existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo.” (FACHIN, 2002, p. 01).

O objetivo do legislador foi o de garantir a todo indivíduo o mínimo para sua existência, ou seja, um teto onde morar, mesmo que em detrimento de credores. Assim, ninguém pode ser posto para a rua para satisfazer um crédito, isto é, sobrepor um interesse patrimonial de garantia de satisfação de crédito sobre um direito fundamental.

Considerando o patrimônio, por vezes dotado de um determinado fim, espera-se a compreensão de que o patrimônio individual não é apenas fruto das oportunidades individuais, mas algo que é antes definido pelo coletivo, **dotado de um sentido social**. (FACHIN, 2002, p. 39). [grifo nosso]

Todo indivíduo tem direito a um patrimônio uno e indivisível, e é neste sentido que graças a evolução humana e aos novos conceitos jurídicos, tem-se normas protetivas constitucionais e infraconstitucionais em benefício desta instituição, bem de família. Tal evolução demonstra a importância de preservar esta parte do patrimônio em detrimento da existência digna do ser.

Observamos que houve grande evolução, pois, enquanto o legislador de 1916 referia-se a chefe de família, o Código Civil de 2002 fala em cônjuge ou entidade familiar, o que abrange qualquer união estável, incluindo a união homossexual e, ainda, não há mais necessidade que os “chefes de família”, no ato da instituição, não tenham dívidas de qualquer espécie, cuja pagamento possa por ele ser prejudicado, mas, há, por exemplo, a necessidade de provar que não está de má fé, ao adquirir o imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. (D'ANGELO, 2010, p. 487).

Há que se falar que existe duas espécies de bem de família, com princípios semelhantes, porém com requisitos e efeitos diferentes: o voluntário, instituído pelo ato de declaração junto ao Registro de Imóveis para informar que o bem estava sob este regime, ou da abertura do testamento; e o legal, que necessita apenas da comprovação de uso do bem para fins de moradia da família, que prescinde apenas da vontade do titular (FACHIN, 2002).

1.2 A EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

No Brasil, a legislação infraconstitucional, no Código Civil de 1916 já vinha demonstrando a importância de preservar certa parte do patrimônio em favor da família:

Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio. Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade. (BRASIL, 1916).

Após a 2ª Guerra Mundial, as transformações sociais impulsionaram a intervenção estatal no sentido de que havia uma necessidade de proteger os indivíduos, assegurando uma maior autonomia privada sobre seus bens e serviços. Entretanto, ao longo dos anos foi possível verificar a necessidade de também limitar

essa autonomia, visto que não poderia se sobrepor aos direitos fundamentais, previstos a partir da Constituição Federal de 1988 (MELO FILHO, 2017). Em 1941 já era possível verificar a preocupação do Estado com a proteção de família, eis que em 19.04.1941 surge o Decreto Lei 3.200, que dispõe sobre a organização e proteção da família (BRASIL, 1941). Ainda, em 31.12.1973, a Lei 6.015, em seu artigo 167, inciso I, número 1, passou a estabelecer que a instituição do bem de família seria feito no Registro de Imóveis (BRASIL, 1973)

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, *caput*, assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito à propriedade. Em uma sociedade capitalista, é inegável a importância de possuir uma propriedade como garantia de uma série de direitos fundamentais, como o direito à moradia, que remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Artigo 1º, inciso III, da Constituição. Tal princípio está postulado no mais alto relevo da proteção estatal, e põe o indivíduo no centro do ordenamento jurídico, assegurando absoluta prioridade às situações existenciais ou extrapatrimoniais (ARAÚJO, 2017).

Ao colocar em destaque tal princípio, a Constituição Federal fez com que as relações patrimoniais, antes individualistas, adquirissem uma concepção social, estendendo o conteúdo unicamente patrimonial das normas de direito privado, a uma das dimensões da dignidade humana. E nesta vinculação do princípio da dignidade humana com um direito a condições materiais mínimas para uma existência digna, é possível verificar os dispositivos Constitucionais consagrados expressamente:

Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua **função social**; 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; 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. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família **com moradia**, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (BRASIL, 1988), [grifo nosso].

Pela necessidade de legislar acerca do direito fundamental à moradia, em 29 de março de 1990 surgiu a Lei 8.009, trazendo uma nova modalidade de bem de família, imposto pelo Estado.

Art. 1º. O imóvel residencial do próprio 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 em lei (BRASIL, 1990).

Após, surge a Emenda Constitucional de nº 26 de 2000, que trata do reconhecimento do direito à moradia e sua introdução no rol dos Direitos Sociais, sendo considerada como uma política pública criada para que o Estado diminua a desigualdade social no país. Deste modo, a obrigação assumida pelo indivíduo em decorrência de um contrato, deve ser repensada, visto que o patrimônio não é mais um valor em si, mas sim, um instrumento essencial para a concretização do princípio da dignidade humana (PAIVA, 2013).

Destarte, o Código Civil de 2002 propõe que a interpretação das normas de direito privado esteja em consonância com a Constituição e seus princípios. Isso decorre do fato de que o ordenamento jurídico brasileiro está diretamente vinculado ao texto constitucional, com o objetivo de superar a lógica patrimonial em detrimento dos valores existenciais do indivíduo.

No tocante ao direito de moradia, a sua vinculação com a dignidade da pessoa humana é uma garantia a condições mínimas para uma existência digna, na medida em que a moradia cumpre com esta função. Como bem explica o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger 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, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. **Não é por outra razão que o direito à moradia, também entre nós – e de modo incensurável – tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida** e, nesta perspectiva (bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana) é sustentada a sua inclusão no rol dos direitos de personalidade (SARLET, 2015, p. 467, 468). [grifo nosso]

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo a

pretensão ao respeito pelas demais pessoas, constituindo um mínimo que todo dispositivo legal deve assegurar, de modo que, somente em situações excepcionais possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais. (PAIVA, 2013).

Nesta seara, Gilmar Mendes alerta sob a nova perspectiva da propriedade privada e de outras relações de caráter patrimonial:

Já sob o império da Constituição de Weimar, passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações privadas ou não. [...] Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas, etc (MENDES, 2008, p. 42 - 43).

Em uma sociedade de consumo, a ordem econômica foi se adequando pela necessidade de circulação de crédito, de modo a promover o acesso a bens e serviços mais facilmente. A aquisição não refletida desses bens, resultou em um *status* de superendividamento, com a inversão da ordem de valores, onde a aquisição de bens pelo fácil acesso de crédito, tornou-se mais importante que a garantia de valores fundamentais.

O incentivo ao crédito impensado, resulta em indivíduos dependentes que procuram a efetivação de um suposto bem-estar e inserção social, fundamentada no pleno exercício da autonomia da vontade. Ocorre que o indivíduo, em sua plenitude ao exercer a vontade de aquisição de bens, acaba por deixar de lado a preocupação com seus bens jurídicos, dando-os em garantia, com a intenção de acúmulo de bens (POMPEU, 2017).

Ao promover o crédito desenfreado sem antes traçar uma perspectiva individual, que procurasse prever se o indivíduo terá condições de quitar o débito, é dizer que a defesa da circulação de riquezas e a proteção das relações privadas, está acima da proteção da dignidade do indivíduo, que por vezes se mostra incapaz de se autolimitar. Nesta seara, Baumann afirma que:

Para manter vivo o capitalismo, não era mais necessário “remercadorizar” o capital e o trabalho, viabilizando assim, a transação de compra e venda deste último: bastavam subvenções estatais para permitir que o capital vendesse mercadorias e os consumidores as comprassem. O crédito era dispositivo mágico para desempenhar essa dupla tarefa. (BAUMANN, 2010, p. 29).

Desta forma, pode-se dizer que a inserção do crédito sem a devida regulamentação, parece muito mais prejudicial do que efetivamente contributiva, uma vez que tal fato gera indivíduos inadimplentes, agravando o problema econômico. Assim, pode-se dizer que esse endividamento acaba comprometendo o mínimo existencial, que por sua vez, é garantia constitucional.

O valor da pessoa abarca a possibilidade de garantir um mínimo existencial, a fim de que seja resguardada a dignidade em razão da qual os indivíduos merecem devida proteção e amparo por parte do Estado. Neste sentido, a apropriação de bens deve ser vista e protegida no sentido de garantir a existência como pessoas. Trata-se de uma titularidade funcional, que se dirige à manutenção da dignidade humana.

Bodin, faz uma interpretação das relações privadas:

No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada do sujeito – como, por exemplo, à liberdade de crença, de associação, de profissão, de pensamento – considera-se haver uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. (DE MORAES, 2010, p. 190).

Neste contexto, os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal (LOPES, 2001).

Com o passar dos anos, foi necessário fixar um lugar onde o indivíduo e sua família pudessem se estabelecer, e então passassem a ter suas necessidades básicas garantidas. Deste modo, a moradia tornou-se um bem inerente a pessoa, independentemente de suas condições financeiras, como uma forma de efetivar sua existência e proteção, e assim, é possível reconhecer o direito à moradia como uma forma de regulação, a nível constitucional, das esferas da vida onde o sujeito se movimenta.

O Código Civil de 2002 preceitua em seu artigo 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 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. (BRASIL, 2002).

Surgiu ainda, o bem de família obrigatório, involuntário ou legal, por ser obrigação do Estado proteger o bem de família dos cidadãos, e em se tratando de um direito irrenunciável e indisponível em relação à outras obrigações. Com esta lei, a família não fica mais à mercê de proteção por seus integrantes, e sim, defendida pelo próprio Estado. Cabe destacar também que “[...] o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.’ (BRASIL, 2008).

Sérgio Iglesias Nunes de Souza conceitua moradia como:

Bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais da vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido (SOUZA, 2013, p. 44).

Desta forma, pressupõe-se que todo indivíduo possui patrimônio, e é justamente a partir desta ideia que se constrói a Teoria do Patrimônio Mínimo, sendo de extrema relevância para o Direito Civil, por ser responsável por remodelar a visão dos bens jurídicos na seara do Direito. A partir disso, pode-se analisar a importância do indivíduo enquanto ser humano, ou seja, espera-se que o Estado passe a atuar de forma mais protetora.

1.3 ESPÉCIES DE BEM DE FAMÍLIA

Segundo a doutrina, há duas espécies de bem de família, que possuem princípios semelhantes, mesmo tendo requisitos e efeitos diversos. A semelhança de princípios entre as duas espécies ocorre, tendo em vista que o bem de família é um meio de proteção, ou seja, o objetivo principal de proteger a entidade familiar é a mesma, sendo que o que difere são os meios de alcançar tal objetivo.

O *Homestead* formal deu origem ao bem de família voluntário ou convencional, que parte da vontade de seu instituidor. Essa espécie de bem de família é regulamentado pelo Código Civil de 2002, entre os seus artigos 1.711 e 1.722. O Código Civil regula tão somente a constituição voluntária de um bem como de família,

autorizando cônjuges e companheiros a destinarem um imóvel para servir de moradia, ficando este bem isento de execução por dívidas posteriores à sua constituição.

Essa espécie de bem de família era prevista pelo Código Civil de 1916, nos artigos 70 a 73. Posteriormente, com o Dec. Lei 3.200 de 1941, foram estabelecidos valores máximos dos imóveis classificados como de família, sendo que tal limitação foi afastada posteriormente pela Lei 6.742/79, possibilitando a isenção da penhora sobre imóveis de qualquer valor (HORA NETO, 2011).

O bem de família voluntário ou convencional é aquele instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, pela vontade expressa do instituidor, mediante escritura pública ou testamento devidamente registrado na matrícula do imóvel, conforme prevê a Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973):

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - O registro: 1) **da instituição de bem de família**. [...] Art. 260. A instituição do bem de família far-se-á por **escritura pública**, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicílio de sua família e ficará **isento de execução por dívida**. Art. 261. Para a inscrição do bem de família, o instituidor apresentará ao oficial do registro a escritura pública de instituição, para que mande publicá-la na imprensa local e, à falta, na da Capital do Estado ou do Território. [...] Art. 265. Quando o bem de família for instituído juntamente com a transmissão da propriedade, a inscrição far-se-á imediatamente após o registro da transmissão ou, se for o caso, com a matrícula (BRASIL, 1973). [grifo nosso]

Ainda, o Código Civil, em seu artigo 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. (BRASIL, 2002).

O principal requisito é que o instituidor seja proprietário, com o título devidamente registrado no serviço registral imobiliário competente, e que o prédio seja destinado à residência da família, seja urbano ou rural (PIRES NETO). Deve-se ter atenção especial quanto ao limite de um terço do patrimônio líquido dos membros instituidores, que visa a proteção dos credores das partes envolvidas, bem como da manutenção e conservação do bem, visando que haja recursos suficientes para a sobrevivência da família.

O legislador optou por limitar a instituição do bem de família a um terço do patrimônio líquido de seu instituidor, por critério eminentemente relativo, porque o montante irá depender das condições econômico-financeiras deste, considerando a relatividade de um terço do patrimônio de um instituidor de classe baixa representar muito pouco, enquanto o proveniente de um instituidor de classe média ou alta representar valores muito mais significativos. [...] pode acontecer de as pessoas sem patrimônio suficiente ficarem impedidas de constituir o bem de família convencional pelo fato de ultrapassar o limite da terça parte do seu patrimônio líquido. (MADALENO, 2011, p. 1006).

No tocante ao parágrafo único do artigo 1.711, que diz respeito à possibilidade de um terceiro instituir o bem de família por meio de testamento ou doação, que para ter eficácia os beneficiários deverão aceitar expressamente a instituição, não podendo se falar em aceitação tácita, eis que para ter validade há a necessidade de virem a residir no imóvel.

O testamento que venha a instituir o bem de família pode ser público ou particular, eis que, tanto o particular, assim como o público – para sua efetiva regularidade – dependerão de procedimento de inventário judicial, com o consequente formal de partilha (título público) para acesso ao registro de imóveis, gerando a necessária autenticidade, segurança e eficácia da instituição. (PIRES NETO, p. 10).

Instituído o bem de família, o imóvel deixará de responder por dívidas posteriores à sua constituição, conforme prevê o artigo 1.715 do Código Civil: “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.” (BRASIL, 2002).

A impenhorabilidade não dispõe de efeito retroativo, visando evitar a tentativa de fraude. Como exemplo, após concedido empréstimo com garantia patrimonial, fica descabido que posterior instituição de bem de família venha a afastar a garantia do credor. O referido dispositivo trata também de outras duas exceções quanto à modalidade convencional, que decorrem de tributos relativos ao próprio imóvel, ou de suas despesas de condomínio (DIAS, 2016).

A regra da impenhorabilidade decorre do artigo 1.717 do Código Civil, que também reconhece a sua inalienabilidade (BRASIL, 2002). Ou seja, eventual venda do bem somente poderá ocorrer por meio de autorização judicial, sendo necessária a concordância de todos os membros da entidade familiar e ouvido o Ministério Público.

Como forma de pôr ao alcance de todos a informação da instituição de um imóvel como bem de família, a publicidade se dará por meio de uma escritura pública transcrita no registro imobiliário, gerando efeitos desde então, no qual deverá constar a destinação do imóvel como domicílio da família e a consequente isenção à execução de dívidas. (DIAS, 2016). Ou seja, para produzir efeitos, não basta que o bem de família tenha a escritura pública, sendo necessária sua inscrição no Registro de Imóveis, salienta Ari Álvares Pires Neto:

A instituição do bem de família quer pelos cônjuges, quer pela entidade familiar ou por terceiros, somente se constitui pelo registro de seu título no Registro de Imóveis competente. Por força de lei, **somente por meio de escritura pública ou por testamento e consequente registro no Cartório de Imóveis, estará legalmente constituído o bem de família** (PIRES NETO, 2008, p.11). [grifo nosso]

Como ordenado pelo artigo 1.712 do Código Civil, o bem de família pode ainda, ser sobre um prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, podendo abranger os valores mobiliários, cuja renda será aplicada para a conservação do imóvel, bem como no sustento da família. Cabe ressaltar, que os valores mobiliários não poderão exceder o valor do prédio instituído como bem de família, à época de sua constituição, conforme disposto no artigo 1.713 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Os efeitos do bem de família voluntário perduram enquanto não se produza uma de suas causas de extinção, dentre as quais não está previsto o mero transcurso do tempo, bem como a dissolução da sociedade conjugal, que também não extingue o bem de família. Conforme artigo 1.722 do Código Civil: “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.” (BRASIL, 2002).

A cláusula do bem de família pode ser eliminada por mandado do juiz e a requerimento do instituidor, ou nos casos de morte do instituidor e seu cônjuge, maioria dos filhos ou se o prédio deixar de ser domicílio da família, ou, ainda, por motivo relevante plenamente comprovado pelo Judiciário. O novo Código Civil inova ainda ao determinar que não há a extinção no caso de filhos sujeitos à curatela. Isso se aplica também à união estável, obviamente (PIRES NETO, 2008, p. 14).

Cumprido salientar que o indivíduo sozinho também constitui bem de família, conforme prevê a Súmula 364 do STJ: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e

viúvas” (BRASIL, 2008), cabendo de igual forma as causas de extinção previstas no dispositivo citado anteriormente.

Já o *Homestead legal* é aquele que não depende da manifestação de vontade de seu instituidor, e não possui formalidades para sua constituição, diferindo também da primeira modalidade pelo fato dela ser apenas impenhorável e não inalienável (HORA NETO, 2011). Esta modalidade de bem de família foi instituída pelo próprio Estado, regulamentada com o surgimento da Lei 8.009/90, tendo notório caráter de norma cogente ou de ordem pública. Referida lei traz regras voltadas à sua efetivação, prevendo em seu artigo 1º, *caput*:

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 (BRASIL, 1990).

Assim, o bem de família legal goza de proteção em decorrência da lei, ou seja, independe de qualquer ato jurídico para a sua existência. Seus efeitos operam-se de imediato, pelo simples fato de o imóvel servir como residência da família, não havendo limite no valor do único imóvel residencial, nem se extinguindo com a dissolução da sociedade conjugal.

O bem de família legal, também denominado como obrigatório ou involuntário, surgiu com a Medida Provisória 143/90, editada pelo então Presidente da República José Sarney, e em seguida aprovada pelo Congresso Nacional, convertida na Lei 8.009/90. Neste sentido, o doutrinador Lenio Streck explica:

A Lei 8.009/90, fruto da Medida Provisória 143/90, editada pelo então Presidente da República, José Sarney, representou um considerável avanço no tocante à tutela da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à moradia, na medida em que alargou os limites políticos da atividade jurisdicional executiva, estabelecendo a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar (STRECK, 2018, p. 46).

Com esta lei, o instituidor do bem de família que antes poderia ser apenas o indivíduo mediante a expressão da vontade por meio do registro do imóvel como tal, agora passa a ser também o próprio Estado, caracterizando-se como uma norma em defesa do núcleo familiar, que independe de ato constitutivo. Esta lei tem por objetivo a garantia de um mínimo necessário à sobrevivência da família.

O Estado passa a chamar para si o dever de proteção que antes era deixado ao arbítrio do chefe de família, a quem incumbia a instituição voluntária do bem. Com esta lei emergencial, a família não fica mais à mercê de proteção por seus integrantes, sendo defendida pelo próprio Estado (DIAS, 2008).

Diante da iminente necessidade de proteção do núcleo familiar, a lei dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, sendo que a proteção assegura ao devedor que, residindo em um imóvel (urbano ou rural), faz com que o bem seja preservado, tornando-o impenhorável. Além do imóvel, a lei assegura a proteção aos bens móveis, mesmo sendo o imóvel locado, excluindo-se da proteção os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, conforme disposto no artigo 2º da Lei 8.009/90 (BRASIL, 1990).

O bem de família não responde por nenhum tipo de dívida, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Se o devedor possuir mais de uma residência, apenas uma não se sujeitará à penhora, ou seja, a de menor valor. Ademais, em relação à possibilidade de limitação do valor do bem de família, a jurisprudência tem concluído pela inexistência de um teto para o montante do bem protegido, cabendo seu eventual desmembramento para penhora parcial, se for possível.

A Lei 8.009/90 concedeu também uma nova dimensão de impenhorabilidade ao imóvel rural, desde que este seja utilizado em regime de economia familiar, ou seja, que a entidade familiar trabalhe no campo e de lá tire o necessário para sua subsistência (BRASIL, 1990). Há uma discussão em torno da identificação do que se poderia chamar de "pequena propriedade rural", análise que pode ser feita por analogia ao Estatuto da Terra, que identifica o que é chamado de Módulo Rural, conforme o artigo 4º, incisos II e III da Lei 4.504/64:

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; III - "Módulo Rural", a área fixada nos termos do inciso anterior; (BRASIL, 1964).

Previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 186, a pequena propriedade rural que cumpra com a sua função social, fica isenta da penhora. Trata-se de impenhorabilidade relativa, condicionada a três pressupostos cumulativos, quais sejam: o bem deve ser identificado como pequena propriedade rural, indispensável

que seja trabalhado pela família e a dívida deve ter sido contraída em razão da atividade produtiva.

Assim, fica também assegurado ao pequeno produtor rural uma segurança jurídica no que concerne ao seu direito de moradia, eis que a propriedade onde trabalha e tira o sustento para si e sua família, fica livre da possibilidade de vir a ser penhorada em razão da execução de possíveis dívidas.

O direito à moradia é um direito social, e os direitos sociais são direitos fundamentais, instituídos a partir da Constituição Federal de 1988. Tais direitos asseguram aos indivíduos uma garantia de que o Estado irá proteger o mínimo para sua existência digna, como veremos mais a fundo no próximo capítulo.

2 TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

Os direitos sociais na condição de direitos fundamentais, são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. O Estado, na sua tarefa de concretização desses direitos, deve garantir o mínimo existencial. Considera-se como mínimo existencial o grupo de prestações essenciais que deve ser fornecido ao ser humano, para que este tenha uma existência digna. Conforme o Ministro Luiz Edson Fachin, autor da Teoria do Patrimônio Mínimo:

A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores (FACHIN, 2006).

O princípio do mínimo existencial é compatível e deve conviver com a cláusula da reserva do possível. O Estado, na busca da promoção do bem-estar dos indivíduos, deve proteger os direitos individuais e, além disso, garantir condições materiais mínimas de existência aos indivíduos. Ainda, pode-se considerar o mínimo existencial como uma limitação à cláusula da reserva do possível, pois esta só poderá ser alegada pelo Poder Público como argumento para a não concretização de direitos sociais, uma vez que tenha sido assegurado o mínimo existencial ao indivíduo, pois esta é uma obrigação inafastável do Estado (ÁVILA, 2013).

É importante esclarecer que a teoria da reserva do possível consiste na ideia de que cabe ao Estado efetivar direitos sociais, mas apenas na medida do financeiramente possível. Ou seja, esta teoria serve para determinar os limites em que o Estado deixa de ser obrigado a dar efetividade aos direitos sociais. Entretanto, o Estado, para alegar esta teoria, deve demonstrar objetivamente a inexistência de recursos públicos e a falta de previsão orçamentária da respectiva despesa (ÁVILA, 2013).

O marco filosófico ocorreu com o pós-positivismo, que reconheceu a centralidade dos direitos fundamentais e reaproximação do Direito da ética e da Justiça. O princípio da dignidade da pessoa humana ganhou relevância, e passou-se a buscar a concretização dos direitos fundamentais e a garantia de condições mínimas de existência aos indivíduos (mínimo existencial). Os princípios passaram a ser encarados como verdadeiras normas jurídicas (LOPES, 2010).

É possível observar que a partir do Código Civil de 2002 houve uma mudança de paradigma ao efetivar valores constitucionais, levando ao centro das normas jurídicas a pessoa humana e seus direitos fundamentais. A personalização do Direito Privado, que protege os direitos existenciais, assegura um patrimônio mínimo aos indivíduos. É possível observar também a proteção ao patrimônio mínimo consoante a impenhorabilidade do bem de família no que dispõe o artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra (BRASIL, 2015).
[grifo nosso]

Ao tratar de bem de família, constata-se a efetivação do direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição. Com o advento da Lei 8.009/90 (Lei do Bem de Família), esse direito ganhou mais força, assegurando à entidade familiar que o bem de família não possa ser penhorado. Ainda, a impenhorabilidade se estende ao indivíduo solteiro, ou seja, a proteção está ligada à pessoa em si, e não a um grupo familiar (BRASIL, 1990).

Tais premissas ainda são reforçadas por meio da Teoria do Patrimônio Mínimo e do Mínimo Existencial, onde o patrimônio antes tratado como um instituto em prol de si mesmo, passa a ser positivado como uma conotação voltada para a promoção e garantia da existência humana de uma forma digna. Tem-se como exemplos já positivados da referida teoria, a proibição da doação universal, conforme prevê o

Código Civil em seu art. 548: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador” (BRASIL, 2002).

Neste sentido, Fachin afirma:

A nulidade da doação universal dos bens sem reserva de usufruto insere-se no quadro de normas que, a despeito do caráter acentuadamente patrimonialista da doutrina civilista consubstanciada no Código Civil de 1916, já tutelavam, de algum modo, topicamente, direitos fundamentais da pessoa. Em razão do Direito Civil clássico fornece a estrutura e a legitimação para o modelo liberal, fundado nos princípios da propriedade privada, da autonomia privada e da liberdade formal, essas normas de caráter humanitário permaneceram ofuscadas, podendo renascer, reconstruídas dialeticamente, na tensão contemporânea entre o “mundo da vida” e a racionalidade excludente do mercado globalizante (FACHIN, 2002, p. 100).

Na vedação da doação integral dos bens, tem-se um meio de proteger a própria pessoa, pois os negócios jurídicos originados em um momento de fraqueza não podem gerar efeitos que arruinem sua própria vida e existência.

O Código Civil de 1916 previa o bem de família convencional, pactuado entre as partes, que não geraria a proteção pretendida pela Teoria do Patrimônio Mínimo. Já com a promulgação da Lei 8.009/90, o bem de família foi desvinculado deste consenso, configurando assim, o bem de família legal, conferindo a proteção pretendida pela teoria. A partir disso, consagra-se a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou entidade familiar, permitindo uma ampla proteção a um mínimo de patrimônio aos sujeitos (BRASIL, 1916).

A aplicação da lei do bem de família demonstra uma contínua preocupação dos juristas com os valores sociais. Importante salientar que, a impenhorabilidade a que a lei se refere é automática, bastando que a pessoa ou grupo familiar utilize o imóvel para residir. Ainda, é impenhorável o único imóvel do devedor que esteja locado, desde que os rendimentos sejam destinados para a locação de outro bem, este sim, destinado para a sua moradia.

A ordem jurídica, ao proteger a mínima condição de existência das pessoas, que presume um lugar para residir, garantindo a impenhorabilidade do imóvel que serve de residência da família, impõe uma limitação da circulação do bem. É na casa da família que se reconhece um bem que importa pelo uso, e não pelo seu valor no mercado imobiliário. Ou seja, é uma forma de tornar o bem como coisa fora do comércio, em que são combinadas a lei e a vontade da pessoa humana.

Sendo assim, o bem de família fica isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, não podendo ser penhorado em favor aos credores. O benefício perdurará enquanto residir um dos cônjuges ou filhos no imóvel.

Quanto à possibilidade de estabelecer limites em relação ao valor do bem de família, pode ser citado o Agravo Regimental no Agravo nº 1.406.830/SC:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - **FRACIONAMENTO DE IMÓVEL GRAVADO COMO BEM DE FAMÍLIA** - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. A orientação desta Corte de Justiça firma-se no sentido de **que é viável a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família, quando desmembrável**. 2. Alegada violação ao art. 620 do Código de Processo Civil. Parte que, nas razões do apelo extremo, deixou de suscitar afronta ao art. 535 do CPC. Falta de prequestionamento. Incidência da súmula n. 211 do STJ. 3. Decisão da corte de origem que, com base nas provas constantes, **firmou a possibilidade de fracionamento do imóvel objeto da lide**. Pretensão que exige o reexame do contexto fático-probatório, encontrando vedação na súmula 7 do STJ. 4. Agravo desprovido, com aplicação de multa (BRASIL, 2012). [grifo nosso]

Ou seja, a jurisprudência tem concluído pela inexistência de um teto para o montante do bem protegido, cabendo apenas eventual desmembramento, se possível, para a penhora parcial. Tal situação deverá ser analisada conforme o caso em questão, e se for viável, será penhorado parte do imóvel, bem de família.

Quanto às exceções a impenhorabilidade, dispõe a Lei 8.009/90:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - ~~Revogado~~; 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. **VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação**. (BRASIL, 1990). [grifo nosso]

Ao abordar a exceção do inciso VII, do art. 3º (incluída pela Lei 8.245/91, conhecida como Lei de Locação Imobiliária ou do Inquilinato), sempre houve divergências entre a doutrina e jurisprudência em relação a sua constitucionalidade. O STJ, na maioria de seus julgados, acolheu a possibilidade de penhora neste caso.

O doutrinador Lenio Luiz Steck faz uma análise acerca do referido dispositivo incluído pela Lei de Locações:

A medida legislativa em questão, apesar de atender os desígnios do mercado imobiliário, veio a gerar uma série de discussões, pois gerava uma situação que, para muitos, era alvo de perplexidade: o único beneficiado com a dívida decorrente do contrato de locação, ou seja, o locatário, não poderia ter seu imóvel residencial penhorado; já o fiador, que nenhum benefício teve ao conceder a fiança, responderia pela obrigação com seu bem de família. **Esse cenário gerou uma série de controvérsias teóricas. Parcela da doutrina e da jurisprudência passou a sustentar a inconstitucionalidade da regra que permitia a penhora do bem de família do fiador, tendo em vista que referida regra estaria em desconformidade com os direitos fundamentais à igualdade e moradia** (STRECK, 2018, p. 46). [grifo nosso]

O instituto da fiança é definido pelo art. 818 do Código Civil, o qual prevê que “[...] pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra” (BRASIL, 2002). Desta forma, quando uma pessoa assume a qualidade de fiadora, a partir deste momento garante com o seu patrimônio, o cumprimento do contrato de locação, conforme prevê o art. 37 da Lei 8.245/91: “No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: II – fiança” (BRASIL, 1991).

Ocorre que a Constituição Federal, em consonância com o princípio da dignidade humana e em conjunto da Lei 8.009/90, protegeu o único imóvel destinado a moradia da entidade familiar. Ou seja, o bem imóvel do fiador não deve ser passível de penhora, uma vez que tal previsão é flagrantemente inconstitucional, ferindo a isonomia e a razoabilidade. Um direito fundamental não pode ser ferido em detrimento do cumprimento de um contrato de locação, pois a fiança é contrato acessório, e como tal, não pode gerar mais obrigações que o contrato principal (BRASIL, 1990).

Como elucida Gilmar Mendes: “A Constituição, como lei maior e força vinculativa máxima resguarda os direitos humanos, como os valores de maior importância, com proteção contra momentos flutuantes sociais, que de certa forma poderiam prejudicar os direitos humanos” (MENDES, 2008).

A pessoa natural, ao lado de direitos inerentes à sua condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, deve ter direito a um patrimônio mínimo que lhe possibilite ser detentor de uma vida digna da qual não possa ser desapossada. Por este motivo, o patrimônio, bem de família, estaria acima dos interesses dos credores, não podendo ser considerado como garantia do adimplemento do crédito do credor.

O inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90 apresenta um confronto de direitos entre o locador, de receber seu crédito, e o direito de moradia do fiador. Nestes casos, tem-se de analisar o meio menos gravoso ao promover a execução do débito, quando puder ser feito por outros meios. Tal fato decorre da necessidade de preservar tanto os direitos do devedor, quanto do credor, dando assim uma ideia de equilíbrio (BRASIL, 1990).

O motivo da admissão da penhora do único imóvel do fiador é o incentivo ao mercado imobiliário e econômico. Assim, mostra-se evidente a falta de razoabilidade na execução locatícia. Muitas vezes, por ser único imóvel, o mesmo fora adquirido com dificuldades, o que impossibilite a aquisição de outro, caso recaia a penhora sobre este. “A exceção do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, teria validade constitucional condicionada se incidisse sobre qualquer bem excedente do fiador que não fosse seu bem de família.” (CARLI, 2009, p. 194).

Há quem defenda o posicionamento da possibilidade da penhora do bem de família do fiador, tendo em vista que o mesmo abdicou seu direito, renunciando-o no momento do contrato da fiança. Neste sentido, deve-se analisar que por ser um direito fundamental, não é admitida a renúncia, conforme jurisprudência (BRASIL, 2015):

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL. LEI 8.009/1990. DIREITO À MORADIA. RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PRECEITO DE ORDEM PÚBLICA. IRRENUNCIABILIDADE. 1. O art. 1º da Lei 8.009/1990 estabelece que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas no próprio diploma legal. **O preceito é de ordem pública e deve ser interpretado de modo a conferir máxima efetividade ao direito social à moradia (art. 6º da CF/1988) e à norma que impõe ao Estado o dever de proteger a família, base da sociedade** (art. 226 da CF/1988). 2. In casu, ao analisar as circunstâncias fáticas dos autos, o Tribunal a quo concluiu ser "inquestionável que o imóvel penhorado constitui 'bem de família'" e que, nos Embargos de Terceiro, os autores buscam proteger a própria moradia, e não apenas o direito à propriedade (fls. 124-125). 3. Conforme já assentado pelo STJ, **a proteção conferida pela Lei 8.009/1990 não admite renúncia pelo proprietário** (REsp 1.200.112/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21/8/2012; REsp 828.375/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/2/2009). 4. A jurisprudência do STJ admite a condenação do exequente em honorários advocatícios, com base nos critérios de sucumbência e de causalidade, quando procedentes os Embargos de Terceiro. Avaliar a ocorrência de possível omissão dos autores quanto à situação registral do imóvel é tarefa que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (BRASIL, 2015). [grifo nosso]

A irrenunciabilidade determina que o detentor de um direito fundamental não pode dispor desse direito ou titularidade. Como exemplo, José Afonso da Silva diz

que: “Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.” (SILVA, 2005).

De outra sorte, o Estado tem o dever de proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, seja de forma positiva, ativa, ou pela não interferência. No caso em tela, a postura do dever de agir toma a forma positiva, tornando sem efeito as normas que possam ferir os direitos fundamentais do indivíduo, como é o caso do inciso VII, do artigo 3º da Lei 8.009/90 (BRASIL, 1990).

Em contrapartida, em cumprimento da tutela da dignidade humana, observa-se um processo de despatrimonialização das relações jurídicas, com o intuito de funcionar como um instrumento de cidadania. A defesa de um patrimônio mínimo significa colocar em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais, também denominado Mínimo Existencial. Acerca da Lei 8.009/90 e do artigo 833 do Código Civil, que trata acerca da impenhorabilidade de certos bens, é importante mencionar que:

Sua designação e sua delimitação dependerá de análise de caso concreto, devendo ser observados os valores patrimoniais destinados à garantia do crédito e valores patrimoniais vocacionados à proteção das situações existenciais. Isso variará de acordo com as circunstâncias pessoais de cada titular, devendo para tanto buscar a harmonização entre da regra da responsabilidade patrimonial do devedor com a garantia de um patrimônio mínimo como materialização do direito à vida digna (PINTO, 2018, p. 167).

O autor defende a ideia de que há a possibilidade de ser analisada a penhora de um imóvel de vultoso valor, não atentando ao seu patrimônio mínimo, garantindo ainda, a possibilidade de se manter uma vida digna com um padrão médio de vida. Levando em conta que a impenhorabilidade deste bem iria contra a dignidade do credor, não sendo razoável que o devedor exiba um alto padrão de vida em detrimento deste. Ou seja, esta seria a solução para ambos os lados, assegurando ao credor o seu direito de recebimento de crédito, e ao fiador, o seu direito a um mínimo existencial.

Trata-se de uma nova visão do patrimônio, colocando a proteção como forma de proteger e garantir a dignidade da vida humana. Como regra base do direito privado, a garantia ao direito de propriedade não se torna incoerente, pois é nele que se manifesta o direito a um mínimo existencial, como forma de defesa dos bens indispensáveis à sobrevivência.

A ausência de previsão legal específica para esses casos, não deve ser motivo para a não admissão da tutela especial a um patrimônio mínimo, essencial à vida digna. A existência de um mínimo possível, concretiza a visão da desigualdade, e assegura, de algum modo, a aplicação da razoabilidade da vida daqueles que menos têm e mais necessitam. Importante destacar que este mínimo é um valor e não uma metrificação, apto à construção razoável do justo no caso concreto.

2.1 POSSIBILIDADES DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA

Com o advento da Lei 8.009/90, Lei do Bem de Família, o ordenamento jurídico passou a ter previsão legal expressa acerca da impenhorabilidade do bem de família, garantindo assim, uma maior segurança jurídica ao cidadão (BRASIL, 1990). O imóvel residencial da entidade familiar passou a ter maior proteção estatal, proibindo a sua penhora em detrimento da garantia fundamental à um mínimo existencial. Entretanto, a Lei 8.245/91 alterou o artigo 3º da referida lei, modificando o rol de exceções à esta impenhorabilidade (BRASIL, 1991).

Através do advento da EC 26 de 14 de fevereiro de 2000, ampliou-se o rol dos direitos sociais, incluindo a eles, o direito à moradia. Referida emenda entrou em vigor na data de 15 de fevereiro de 2000, data de sua publicação com o texto promulgado nos seguintes termos:

Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 6º **São direitos sociais** a educação, a saúde, o trabalho, a **moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2000). [grifo nosso]

A partir daí, passou-se a questionar a validade das exceções à impenhorabilidade do bem de família, rol este previsto no artigo 3º da Lei 8.009/90.

I - Em razão de créditos de trabalhadores da própria residência (trabalhadores domésticos ou contratados diretamente para pequenas reformas pelo dono do imóvel) e das respectivas contribuições previdenciárias; 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 de pensão alimentícia; IV - Para a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - Para a 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 a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII - Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (BRASIL, 1990).

Como natural, o impasse gerado acerca das exceções à impenhorabilidade fez surgir duas correntes doutrinárias, com teses jurídicas bem distintas, valendo-se da interpretação da constituição. O direito à moradia introduzido pela emenda seria uma norma de eficácia plena ou limitada? Acerca da discussão, João Hora Neto aponta:

Na hipótese de considerar-se uma norma constitucional de eficácia plena, logicamente e por imperativo hierárquico, a exceção prevista no inciso VII do art. 3.º da Lei 8.009/90, que dispõe sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, estaria de plano revogada, implicando na sua não recepção pela Carta Magna. De outro modo, na hipótese de considerar-se uma norma constitucional de eficácia limitada ou programática, a exceção do art. 3.º, VII da Lei 8.009/90 permaneceria em plena vigência e, portanto, plenamente recepcionada pela Constituição Federal. (HORA NETO, 2011).

Cumprе salientar que normas constitucionais de eficácia plena, são aquelas que têm a sua aplicabilidade imediata, ou seja, independem de legislação posterior para a sua plena execução, produzindo seus efeitos desde a entrada em vigor. E as normas constitucionais de eficácia limitada, são aquelas que dependem de uma regulamentação futura, onde só então, o legislador dá eficácia à vontade do constituinte. Portanto, não produzem seus efeitos de imediato com a simples entrada em vigor.

Acerca das possibilidades que afastam a impenhorabilidade do bem de família, que dependem da natureza da dívida, verifica-se que há situações as quais descabe invocar a condição de bem de família para livrar-se da execução. A questão ganha uma enorme relevância quando se trata de penhora por dívida alimentar. Conforme leciona Maria Berenice Dias:

A obrigação alimentícia é reconhecida constitucionalmente como merecedora de exigibilidade mais efetiva, superior até ao direito de liberdade, pois é autorizada a prisão do devedor (CF 5º. LXVII). Como as impenhorabilidades elencadas no CPC visam a proteger o devedor, não pode prevalecer seu interesse, deixando à míngua o alimentando. Também merece ser invocada a determinação de que a execução seja feita do modo menos gravoso ao devedor (CPC 620). Ora, entre a penhora dos bens tidos como impenhoráveis e a liberdade do alimentante, certamente a forma menos gravosa é fazer com que seu patrimônio garanta o pagamento de dívida alimentar. (DIAS, 2009, p. 544).

Nesse sentido, é possível verificar que há uma suposta hierarquia no caso concreto, no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Ora, o alimentando não poderá ficar sem alimentos, em detrimento da impenhorabilidade do bem de família do alimentante. Assim, conforme entendimento do STJ, é possível dizer que “[...] a impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, III, da Lei n. 8.009/90 não pode ser oposta ao credor de pensão alimentícia decorrente de vínculo familiar ou de ato ilícito” (BRASIL, 2008).

Ainda conforme entendimento do STJ, “[...] os integrantes da entidade familiar residentes no imóvel protegido pela Lei n. 8.009/90 possuem legitimidade para se insurgirem contra a penhora do bem de família.” (BRASIL, 2008). Ou seja, qualquer pessoa que faz parte da entidade familiar e que também resida no imóvel, tem o direito de tomar as medidas cabíveis para proteger o seu direito à moradia.

Acerca dos bens que guarnecem o imóvel da entidade familiar, há uma corrente que sustenta que poderiam ser penhorados apenas aqueles denominados como vultuosos, ou seja, de elevado valor patrimonial. Eis que os bens indispensáveis à habitabilidade de uma residência e os usualmente mantidos em um lar comum não podem ser penhorados (PINTO, 2018, p. 166). Ou seja, conforme o entendimento dessa corrente, o imóvel de elevado valor poderia ser penhorado para satisfazer o débito, e com o restante, o devedor poderia adquirir um novo imóvel para residir.

Colaborando com esse entendimento, embora não seja o Tribunal da presente pesquisa, mas por se tratar de um acórdão muito interessante no que tange ao tema acima mencionado, vale a pena colacionar aqui, conforme segue:

AGRAVO DE PETIÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA. **O bem de família goza de uma proteção especial no direito, não sendo permitido, por força dos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, que uma família perca o seu lar para o adimplemento de créditos trabalhistas** na forma da Lei, o que seria medida de discutível equidade (BRASIL, 2018). [grifo nosso]

Conforme analisa-se no presente julgado, os Tribunais ainda têm optado pela impenhorabilidade do bem de família, independentemente do valor elevado do bem em relação à dívida constituída, mesmo que a dívida seja proveniente de débitos trabalhistas. Ou seja, pode-se perceber que o objetivo central é proteger o bem de família, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

2.2 O CONTRATO DE FIANÇA NA LOCAÇÃO COMERCIAL E RESIDENCIAL

O contrato surgiu como uma forma de satisfação dos interesses econômicos dos indivíduos, sem qualquer preocupação com seu bem-estar social, e com os limites de sua autonomia privada, no sentido de proteção aos seus bens indispensáveis à vida digna. Desta forma, o acesso a bens e serviços se tornou mais fácil. O objetivo do Estado era fazer com que os indivíduos adquirissem mais, sem pensar na consequência do não adimplemento da obrigação ali gerada.

Era necessário que o crédito circulasse pela aquisição não refletida, em nome de um suposto bem-estar social. Tal fato gerou indivíduos dependentes do Estado, eis que adquiriam bens impensadamente, e após, tornavam-se inadimplentes e devedores do Estado.

Para facilitar a circulação de bens, foi necessário introduzir garantias que assegurassem que a dívida seria quitada. Neste sentido, na Lei de Locações: “Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I - caução; **II - fiança**; III - seguro de fiança locatícia. IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento” (BRASIL, 1991). [grifo nosso]

O artigo supramencionado é um exemplo da facilitação do crédito. Pois bem, se o indivíduo não tem condições de pagar suas dívidas, esta recairá sobre um terceiro, que se obriga voluntariamente, em detrimento do primeiro. Ou seja, o legislador dá soluções na hipótese do não adimplemento da obrigação.

Para conceituar o contrato de fiança, cabe identificar o que dispõe o Código Civil de 2002: “Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.” (BRASIL, 2002).

O contrato de fiança nada mais é do que um contrato subsidiário, por ter sua execução condicionada à inexecução da obrigação principal. Ou seja, ela só se torna exigível se a obrigação principal não for cumprida.

A fiança é um contrato unilateral por gerar obrigações somente ao fiador, dependendo de forma escrita e imposta por lei. Em regra, é um contrato gratuito, pois o fiador ajuda o afiançado, com característica acessória e subsidiária, como já citado.

Com o advento da Lei do Bem de Família (Lei 8.009/90), o Estado passou a agir positivamente, impondo limites em sua atuação, bem como na autonomia privada

do indivíduo. A referida lei impede a execução de dívidas de qualquer natureza sobre o imóvel da entidade familiar, salvo nas hipóteses nela previstas.

Até a vigência dessa lei, o mercado imobiliário fluía normalmente. Entretanto, com o surgimento da hipótese da exceção da impenhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação comercial, passou-se a exigir fiadores que possuíssem mais de um imóvel no nome, como garantia de satisfação do débito em caso da inadimplência do locatário.

Devido à dificuldade em encontrar um fiador, a Lei de Locações, que acrescentou o inciso VII ao art 3º da Lei 8.009/90, passou a ser mais amplo o rol de exceções à impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou entidade familiar.

Entretanto, correlacionando a Lei de Locações com a Lei do Bem de Família, é possível perceber que mais uma vez, o legislador deixou uma lacuna desprotegida, no que tange ao direito constitucional à moradia. O fiador, que se obrigou voluntariamente em um contrato de locação, ao ver o devedor principal inadimplente, pode ter seu único imóvel, bem de família, penhorado.

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. **VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação;** e VIII - para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos (BRASIL, 1990). [grifo nosso]

O referido inciso nada mais é do que uma maneira de incentivar a locação. O fiador não poderá beneficiar-se então da impenhorabilidade do imóvel onde reside com sua família.

Como natural, há controvérsias sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Ao entrar em vigor a EC 26/2000 que alterou artigo 6º da Constituição, que dispõe acerca da moradia como um direito social passou-se a questionar a

validade dos incisos do artigo 3º da Lei 8.009/90, que trata das exceções à impenhorabilidade (BRASIL, 2000).

Basicamente, foram lançadas duas teses distintas acerca desse assunto: o direito à moradia introduzido pela EC 26/2000 seria uma norma constitucional de eficácia plena ou de eficácia limitada? Na primeira hipótese, a exceção prevista na Lei 8.009/90 seria nula por afrontar os direitos previstos na Carta Magna de 1988. De outro modo, na hipótese de considerar uma norma constitucional de eficácia limitada, a exceção permaneceria em plena vigência, sendo uma norma infraconstitucional que possibilitaria o exercício da norma constitucional (HORA NETO, 2011).

A tensão existente entre a facilitação do acesso ao crédito e a garantia de um patrimônio mínimo, tem demonstrado a realidade de uma proteção, por vezes falha, por parte do Estado. Com a expansão do superendividamento e a aceitação de contratos em que o indivíduo renuncia seu próprio direito à moradia, percebe-se que esta proteção se revela como mais um passo na construção jurídica-econômica, como forma de assegurar o valor da dignidade humana (POMPEU, 2017).

A Constitucionalização do Direito Civil reflete a influência de normas cidadãs sobre o direito privado, ficando claro que os valores pessoais devem ser objeto de tutela nas relações particulares. Tal influência não busca desconstituir a legitimidade dos contratos e relações privadas, mas sim, deixar claro que o patrimônio deve cumprir com sua função social em detrimento de uma obrigação contratual. Desta forma, ao regular os interesses fundamentais do Estado por meio dos princípios constitucionais na autonomia privada, passa-se a constituir a ordem pública, pelas bases jurídicas da ordem econômica e moral da sociedade.

A propriedade passa a ter função social, conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, e artigo 170, III, deixando de ser um direito absoluto em detrimento de uma exigência de destinação social, ou seja, um aproveitamento comum dos recursos e riquezas.

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; XXIII - **a propriedade atenderá a sua função social**; (...) 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: III - **função social da propriedade** (BRASIL, 1988). [grifo nosso]

Assim, a propriedade deixa de ocupar a posição central que possuía nos Códigos Civis anteriores, de modo coerente com a evolução econômico-social, considerando ainda, que atualmente o interesse social supera o interesse individual. Referida evolução reflete também no entendimento dos tribunais, que ao passar dos anos vem adequando seu entendimento conforme a necessidade da sociedade como um todo.

2.3 O ENTENDIMENTO DO STJ E STF QUANTO À (IM)PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LOCAÇÃO COMERCIAL E RESIDENCIAL.

Não há dúvidas de que a família é o cerne da sociedade, base de extrema importância para o Estado. Ao tratar da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador, houve um período de insegurança jurídica, visto que os Tribunais por muito tempo adotaram o entendimento majoritário de posição favorável à penhora do bem.

A característica fundamental do bem de família é a impenhorabilidade, salvo se provenientes de impostos relativos ao mesmo prédio. Neste sentido, já decidiram os Tribunais:

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, de acordo com o voto do Relator. EMENTA: Apelação Cível. Embargos de terceiro. Bem de família. Impenhorabilidade. **É impenhorável o imóvel residencial próprio utilizado pela entidade familiar por dívida contraída por um dos cônjuges**, nos termos do art. 1º da Lei nº. 8.009/90, quando não corresponda a nenhuma das exceções previstas na mesma lei. Apelação não provida. (TJPR – APC 0321991-2 – 15º Câmara Cível, Rel. Hamilton Mussi 47 Correa, j. 16/08/2006, DJ 7196). BEM DE FAMÍLIA. Impenhorabilidade. Execução de título comercial. Arrematação pela CEF, credora hipotecária. **É impenhorável, na execução de nota de crédito comercial, o imóvel que serve de residência à família dos executados**, sendo nula a penhora e a posterior arrematação efetuada pela credora hipotecária, que havia financiado a aquisição do imóvel. Não aplicação do disposto no art. 3º, II e V, da Lei 8009/90. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp 412834 / RS – 4º Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 03/09/2002, DJ 07.10.2002 p. 265). BEM DE FAMÍLIA. Lei 8009/90. Usufruto. **Está excluído da penhora o imóvel que serve de moradia ao titular** da propriedade. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, 2002). [grifo nosso]

Não prevalece, no entanto, a impenhorabilidade no caso de fraude contra credores ou em detrimento de débito anterior.

Em 08.02.2006, o STF julgou, em sede de RE 407.688, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, negando provimento ao recurso extraordinário, mantendo a decisão do Tribunal de São Paulo, que havia determinado a penhora do bem de família do fiador, nos termos seguintes:

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.** (BRASIL, 2006). [grifo nosso]

Em síntese, o STF decidiu que o único imóvel, bem de família, de um indivíduo que assume a condição de fiador em um contrato de locação, pode ser penhorado em caso de inadimplência do inquilino, sem que esta penhora afronte o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. João Hora Neto faz uma análise:

Conforme extrato de notícia produzida pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento pelo plenário do STF, os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência. Isso implicaria dizer se o art. 3.º, VII da Lei 8.009/90 estaria ou não em confronto com o texto constitucional, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, para o pagamento de dívidas decorrentes de aluguel (HORA NETO, 2011, p. 734).

No caso concreto, o Ministro Peluso não viu incompatibilidade entre o dispositivo da Lei 8.009/90 e a Constituição, no que tange ao direito social de moradia. No julgamento do recurso, o Ministro foi acompanhado por outros seis, prevalecendo, portanto, este entendimento por sete votos a três.

Ademais, sem adentrar nas possíveis distinções entre os institutos da proibição de excesso e de proteção insuficiente, o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet aduz que:

Se de fato é plausível aceitar, a exemplo do que argumentou o Ministro-Relator, que a possibilidade da penhora do imóvel do fiador, por constituir garantia do contrato de locação, acaba também sendo um meio de assegurar o acesso à locação e, portanto, à moradia para quem não é proprietário, já com o que diz com o critério da necessidade as coisas não parecem tão

simples, pois, **em havendo outros meios disponíveis, a opção deveria recair no meio menos gravoso, considerando como tal o que menos restringe o direito fundamental colidente, no caso, o direito à moradia do fiador e de sua família**, pois sequer está aqui argumentando com a tutela da propriedade na sua dimensão meramente patrimonial (SARLET, 2008, p. 483). [grifo nosso]

O autor sustenta a tese de que o argumento de não existirem outras garantias para quitar o débito em execução é falho, tendo em vista que não foram examinados outros meios, como exemplo, a exigência de o fiador ser proprietário de outro imóvel que não seja residencial, ou a utilização de seguro fiança. (SARLET, 2008, p. 484).

Ainda, conforme prevê a Súmula 549 do STJ: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação” (BRASIL, 2015). Com isto, pode-se analisar que a penhora do bem de família do fiador tem sido considerada válida há muito tempo.

Agora, tome-se como exemplo o julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial de número 848.498 do STJ, tendo sido recentemente publicado o acórdão, em 15 de outubro de 2018:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DADO EM GARANTIA. **IMPENHORABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. DÍVIDA CONSTITUÍDA EM FAVOR DA PRÓPRIA FAMÍLIA.** ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA. 1. **O art. 3º, V, da Lei 8.009/90 prevê que, sobre o imóvel dado em garantia hipotecária, não incide o benefício da impenhorabilidade do bem de família no caso de dívida constituída em favor da entidade familiar.** 2. Ademais, a Segunda Seção desta Corte, no julgamento do AREsp 848.498/PR, concluiu que o **bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos.** 3. Nesse contexto, considerando que a Corte local foi clara ao afirmar que não há dúvidas de que o negócio jurídico tenha se revertido em proveito da própria família, qualquer conclusão em sentido contrário ao que foi decidido pelo Tribunal a quo demandaria, necessariamente, novo exame do conjunto fático-probatório acostado aos autos, providência incompatível com a via estreita do recurso especial. Incidência, portanto, da Súmula 7 do STJ. 4. A incidência da Súmula 7/STJ prejudica o exame do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. Precedentes. 5. De qualquer forma, observa-se que a parte agravante não cumpriu com o disposto no §2º do art. 255 do RISTJ, pois a demonstração da divergência não se satisfaz com a simples transcrição de ementas ou de acórdãos, mas com o confronto entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. 6. Agravo Interno não provido. (BRASIL, 2018). [grifo nosso]

Neste sentido, é possível a penhora do bem de família dado em garantia hipotecária pelo casal, quando estes forem os únicos sócios da pessoa jurídica devedora.

Após ser reconhecido o direito à moradia como um direito social, compondo espaço existencial da vida humana, pode-se dizer que a impenhorabilidade é um instrumento de proteção do indivíduo e de sua família e suas necessidades materiais, de forma que possa ser provida sua subsistência (SARLET, 2018). Ainda, não se pode beneficiar antes o afiançado que não pagou os aluguéis, em detrimento do fiador.

A dignidade humana não pode ser funcionalizada em prol do interesse público, devendo respeitar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Em havendo outros meios disponíveis, a constrição deverá recair sobre o menos gravoso. Destarte, poderiam ser exigidas outras garantias no contrato de locação, como exemplo, o fiador possuir imóvel que não seja residencial.

Entretanto, neste ano, mais precisamente no dia 18 de fevereiro de 2019, foi publicado o acórdão da decisão do recurso que ocorreu em 12 de junho de 2018, onde a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria dos votos pela impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial, no julgamento do Recurso Especial de número 605.709, conforme segue:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS 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. 3. Premissas fáticas distintas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de

locação residencial. 4. **Recurso extraordinário conhecido e provido.** (BRASIL, 2019). [grifo nosso]

A decisão também tem seus efeitos recaídos no mercado imobiliário, em especial quanto aos requisitos impostos para a celebração de um contrato. No caso concreto, o recorrente pleiteava a nulidade da arrematação de sua casa por se tratar de sua única propriedade e ser ele o responsável pelo sustento da família. Com a prevalência da maioria dos ministros, haverá uma revisão da jurisprudência que até então considerava constitucional essa penhora do bem de família do fiador advinda de contrato de locação.

Cabe ressaltar que, a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel residencial permanece, ou seja, apenas nos casos de contrato de locação comercial há que se arguir a inconstitucionalidade por meio do acórdão recentemente publicado. E ainda assim há divergências, tendo em vista que posições contrárias ainda são majoritárias.

A jurisprudência dos Tribunais está em constante evolução, portanto, ainda há que se falar na penhora do bem de família em determinados casos. O recente julgado que protegeu o fiador da penhora do seu imóvel, bem de família, em contrato de locação comercial, já demonstra grande avanço neste campo do direito. Assim, o que se pode dizer é que a penhora do bem de família deverá ser discutido caso a caso, não havendo ainda uma homogeneidade de decisões no sentido de solucionar a dúvida quanto a inconstitucionalidade do inciso VII, do art 3º da Lei 8.009/90.

CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, as relações privadas fizeram aumentar as relações de consumo, e desta forma o fornecimento de crédito ao consumidor tornou-se mais fácil, já que o mesmo passou a dar bens em garantia para que fosse possível adquirir outros bens, o que fez com que o mesmo se tornasse superendividado. Assim, a crença de um patrimônio mínimo que possibilitasse a inclusão pelo crédito, faz surgir uma realidade diversa àquela que se pretendia para a promoção da Dignidade da Pessoa Humana.

O credor tem no patrimônio do fiador uma garantia do cumprimento da obrigação assumida por outra pessoa. Esta garantia pode afetar determinados bens. Ocorre que o indivíduo não pode ter todo o seu patrimônio a disposição do credor como garantia das obrigações assumidas. O credor tem direito de receber, porém, não pode o devedor ser privado do seu bem de família, de forma que não lhe sobre um mínimo essencial para viver com dignidade. Neste sentido, para evitar esse tipo de situação que deve ser garantido um patrimônio mínimo.

A impenhorabilidade do bem de família, sob a ótica do patrimônio mínimo, foi analisada ao longo do trabalho. Ressalte-se que o direito do credor de ter seu crédito garantido não deve ser prejudicado, porém, a aplicação deste direito está condicionada à análise de cada caso concreto, sendo levado em conta o critério da proporcionalidade, já que se a restrição de algum direito se fundamenta na proteção de outro, deve-se optar pelo menos gravoso. Ou seja, antes de optar pela penhora de um bem de família, tem-se que analisar outras garantias para executar o débito, e a necessidade de cada indivíduo em relação aos bens que possui.

Já no que tange à repersonalização do Direito Civil, contexto no qual se insere o direito ao patrimônio mínimo, com fundamento na dignidade da pessoa humana, e analisando as premissas básicas desta ideia, o presente trabalho, com ajuda da doutrina, legislação e jurisprudência, demonstrou que pode ser possível a concretização desta garantia.

As hipóteses que basearam a presente pesquisa foram: de que o inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90 pode ser considerado inconstitucional, tendo em vista que fere

os princípios e garantias fundamentais sociais elencados a partir da Constituição Federal de 1988, pois o Mínimo Existencial e a Teoria do Patrimônio Mínimo são instrumentos de efetivação da garantia constitucional de que o Estado deve proteger o Bem de Família dos indivíduos; e a segunda no sentido de que não deve haver proteção, pois o fiador assumiu o risco e vale o princípio da autonomia das partes. Já o problema proposto foi de verificar em que medida o fiador pode ser privado do seu único imóvel, bem de família, para saldar dívidas do devedor principal em contrato de locação.

Sobre as hipóteses, e ao estudar o tema, verificou-se que ainda não há uma homogeneidade de decisões no que tange à constitucionalidade do referido dispositivo legal. O entendimento dos Tribunais, em especial ao RE 407.688, julgado no ano de 2006 pelo Ministro Relator Cezar Peluso, considerou válida a penhora do bem de família do fiador no contrato de locação, fundamentando que esta penhora não afronta o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, demonstrando que ainda há que se falar na penhora do bem de família em determinados casos.

Já no acórdão da decisão do RE 605.709, publicado neste ano de 2019, ficou decidido pela impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial. Com a recente decisão, estima-se que deverá haver uma revisão da jurisprudência que até então considerava constitucional essa penhora do bem de família do fiador advinda de contrato de locação. Cabe ressaltar que a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel residencial permanece, ou seja, apenas nos casos de contrato de locação comercial há que se arguir a inconstitucionalidade por meio do acórdão recentemente publicado.

Pretende-se dar continuidade na pesquisa acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador, não apenas nos casos de contrato de locação comercial, mas também nos casos de locação residencial. Esta continuidade tem como premissa, uma análise futura acerca da evolução e da constante modificação do entendimento dos Tribunais, tendo em vista que as decisões se adequam ao longo dos anos, conforme a necessidade da sociedade.

A presente pesquisa tem como objetivo, auxiliar na compreensão acerca do que trata a Teoria do Patrimônio Mínimo, escrita pelo Ministro Luiz Edson Fachin, no ano de 2002, correlacionando ainda, com o princípio do mínimo existencial, trazendo para a academia, a visão de um Direito Civil constitucionalizado, em que as garantias

individuais passam a ter mais valorização frente às relações comerciais, como era no antigo Código Civil de 1916. Ainda, buscou-se contribuir para o melhor entendimento acerca do surgimento do instituto do Bem de Família, de sua evolução num sentido global, e mais precisamente, na legislação brasileira. Buscou-se também, explicar acerca das espécies de bem de família, trazendo suas distinções, bem como a sua previsão na legislação.

A presente pesquisa abordou as possibilidades de penhora do bem de família, previstas no artigo 3º da Lei 8.009/90 (Lei do Bem de Família), com ênfase no inciso VII do referido dispositivo, que foi incluído pela Lei 8.245/91 (Lei de Locações). Buscou-se fazer também, uma análise acerca do contrato de fiança na locação comercial e residencial, trazendo as decisões mais importantes dos Tribunais sobre o tema.

Para a acadêmica, a exceção prevista no referido dispositivo é inconstitucional. Esse posicionamento tem como base o instituto da vedação da penhora integral dos bens, tendo em vista que se o fiador possui apenas um patrimônio em seu nome, e este é seu bem de família, este indivíduo não poderá renunciar ao seu direito fundamental de moradia, pois os direitos e garantias fundamentais são irrenunciáveis. Fundamenta-se também, pela Teoria do Patrimônio Mínimo, que faz uma correlação com os direitos fundamentais.

O ideal é que se o fiador possuir mais de um bem em seu nome, seja bem móvel ou imóvel, deve-se optar pela penhora daquele que não seja seu bem de família. Outra cautela é no sentido de que os contratos de locação deveriam exigir fiadores que possuíssem mais de um bem em seu nome, a fim de evitar que uma possível penhora recaia sobre o bem de família, garantindo assim, a satisfação do crédito, e o direito fundamental de moradia do fiador.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Arthur Régis Frota Carneiro. **Direito Civil Constitucional: análise crítica sobre a aplicação da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo no Código Civil de 2002.** 21 jul. 2017. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-civil-constitucional-analise-critica-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-estatuto-juridico-do-patrimonio-mi,589509.html>>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

ÁVILA. Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da Reserva do Possível.** Março de 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneo.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

_____. **Lei 3.071/1916.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 jan 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 07 de junho de 2019.

_____. **Lei 4.504/1964.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 nov 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm>. Acesso em 24 de agosto de 2019.

_____. **Lei 6.015/1973.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 dez 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 06 de setembro de 2019.

_____. **Lei 8.009/1990.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

_____. **Lei 8.245/1991.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 out. 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2019

_____. **Emenda Complementar 26.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 fev. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

_____. **Lei 10.406/2002.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 04 de junho de 2019.

_____. **Lei 13.105/2015.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

_____. **Súmula 364.** Superior Tribunal de Justiça. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Família.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

_____. **Súmula 549.** Superior Tribunal de Justiça. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Família.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 mai. 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=13288&num_registro=200100739775&data=20020520&formato=HTML. Acesso em 04 de maio de 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 ago. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23157866&num_registro=201100487743&data=20120801&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 nov. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52686278&num_registro=201401622700&data=20151118&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 15 dez. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 06 out. 2006. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+605709%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+605709%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9adrdq>>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 fev. 2019. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+605709%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+605709%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d9adrdq>>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região**. Diário da Justiça Eletrônico, 05 nov. 2018. Disponível em: <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/650222772/agravo-de-peticao-ap-9008120145170005/inteiro-teor-650222883?ref=serp>>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.

CAHALI, Yussef Said; **CAHALI**, Francisco José; **Doutrinas Essenciais. Família e Sucessões**. Vol. V. Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o Direito Humano Fundamental à Moradia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

D'ANGELO, Suzi; **D'ANGELO**, Élcio. **Teoria e prática. Direito de Família**. Anhanguera Editora Jurídica. Leme, São Paulo. 2010.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Editora Renovar. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 1ª ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ª ed. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **PAMPLONA FILHO**, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 7ª ed. Editora Saraiva. 2017.

LAKATOS, Eva Maria; **MARCONI**, Marina de Andrade; **HORA NETO**, João Hora. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LOPES, Nairo José Borges. **Constitucionalismo no Brasil em tempos de pós-positivismo**. Julho de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15130/constitucionalismo-no-brasil-em-tempos-de-pos-positivismo>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2011.

MARMITT, Arnaldo. **Bem de Família**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MELO FILHO, Alberto Mendonça. **Ao equalizar execuções, Estatuto do Patrimônio Mínimo protege dignidade. Consultor Jurídico. 08 de fev. de 2017. Disponível em:** <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/alberto-mendonca-estatuto-patrimonio-minimo-protege-dignidade>>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocência Mártires; **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Pulo: Saraiva, 2008.

PAIVA. Daniel Souza. **Direito Fundamental à Moradia e sua Conectividade com a Dignidade da Pessoa Humana**. Conpedi. 2013. <Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0de109fef33cf60a>>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

PEREZ, Pablo Luis Barros. **O bem de família versus a fiança locatícia**. Jus Navegandi. Teresina, ano 7, n 97, 8 out. 2003.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 9ª ed. Editora JusPodivm, 2018.

PIRES NETO, Ari Álvares. **Bem de Família (Voluntário)**. Coleção Cadernos. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. 2ª ed. 2008.

POMPEU, Ivan Guimarães. **POMPEU**, Renata Guimarães. **A Teoria do Patrimônio Mínimo Versus o Superendividamento: análise jurídico-econômica sobre o acesso a bens e serviços no mercado**. Conpedi. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Ingo Wolfgang. **STF, o direito à moradia e a discussão em torno da penhorabilidade do bem de família**. ConJur. 30 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-30/observatorio-constitucional-stf-direito-moradia-penhorabilidade-bem-familia>>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

_____, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. Direitos Fundamentais Revistados. 1ª ed. Curitiba. Editora Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em Julgamentos: uma radiografia do STF**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.