

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

GUSTAVO DOS SANTOS CORDEIRO

**PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR:
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688 À LUZ DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA E DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO**

BRASÍLIA

2013

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

GUSTAVO DOS SANTOS CORDEIRO

**PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR:
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688 À LUZ DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA E DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão.

BRASÍLIA

2013

GUSTAVO DOS SANTOS CORDEIRO

**PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR:
ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688 À LUZ DO DIREITO
FUNDAMENTAL À MORADIA E DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão
Universidade de Brasília

Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima
Universidade de Brasília

Professor Mestre Alex Lobato Potiguar
Universidade de Brasília

Brasília, 7 de março de 2013.

Aos meus queridos pais – Julio e Lindinalva – e aos meus estimados irmãos – Marcondes, Giuliana, Beatriz, Julinho, Thais e Carolina.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmãos, por serem a motivação primeira de todas as minhas conquistas pessoais.

Aos amigos de ontem e de hoje, pelo carinho e paciência de sempre.

À professora Ana Frazão, pela cordialidade e disposição em partilhar um pouco de sua experiência e sabedoria.

Aos colegas de graduação, pelos inesquecíveis semestres de companheirismo e parceria.

“(...)

Eis meu pobre elefante
pronto para sair
à procura de amigos
num mundo enfastiado
que já não crê nos bichos
e duvida das coisas.

(...)”

O elefante. Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a examinar a plausibilidade da inserção do inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/1990, que excepcionou a regra da impenhorabilidade do bem de família por força de obrigação decorrente de contrato de fiança locatícia. Embora não se pretenda esgotar o tema, a análise proposta envolverá a fundamentalidade do direito à moradia e a necessidade de se garantir às pessoas um mínimo patrimonial, com vistas a resguardar o mínimo existencial devido a todas as pessoas, notadamente àquelas afastadas das grandes realizações materiais. Por fim, será analisado o RE 407.688, em que o STF considerou que o referido inciso VII é constitucional e não contrasta com o direito social à moradia, oportunidade em que serão problematizadas algumas questões que parecem ter escapado à percepção dos ministros e que objetivam harmonizar a norma do inciso VII à regra geral da impenhorabilidade do bem de família, sem descaracterizar as razões que justificam a própria proteção do bem de família

Palavras-chave: Direito à moradia. Mínimo existencial. Patrimônio mínimo. Bem de família. Lei 8.009/1990. Contrato de fiança. Fiador. RE 407688.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	13
1.1. Reconhecimento no plano internacional e no plano constitucional	14
1.2. Conteúdo do direito à moradia	17
1.3. Dupla dimensão do direito à moradia.....	20
1.3.1. <i>Possíveis manifestações</i>	22
CAPÍTULO II – DO BEM DE FAMÍLIA E DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	25
2.1. Direito ao mínimo existencial	26
2.1.1. <i>Alguns aspectos do mínimo existencial</i>	28
2.2. Teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo.....	30
2.2.1. <i>Direito de crédito vs. patrimônio mínimo</i>	33
2.3. O bem de família como consubstanciador do patrimônio mínimo	35
2.3.1. <i>Alargamento do objeto e extensão da impenhorabilidade</i>	37
2.3.2. <i>Exceções à impenhorabilidade do bem de família</i>	39
CAPÍTULO III – DA ANÁLISE DO RE 407.688 E DAS POSSÍVEIS PONDERAÇÕES ...	41
3.1. Descrição do caso	41
3.1.1. <i>Argumentos da maioria</i>	42
3.1.2. <i>Argumentos dissidentes</i>	44
3.2. Questões suscitadas com base nos argumentos dos ministros do STF.....	45
3.2.1. <i>A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990: o princípio da solidariedade</i>	45
3.2.2. <i>Limites à exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador</i>	50
3.2.3. <i>O patrimônio mínimo como limite ao limite</i>	53
3.3. Possíveis soluções para evitar a frustração do credor	55
3.3.1. <i>Da capacidade de ser fiador</i>	55
3.3.2. <i>Da diminuição patrimonial superveniente</i>	57

3.3.3. <i>Das formas alternativas de caução</i>	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

A questão da possibilidade ou não de se penhorar o bem de família do fiador gerou maiores repercussões no mundo jurídico pátrio em dois momentos: quando da inclusão do inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/1990, que passou a excepcionar a regra da impenhorabilidade do bem de família também nos casos de garantia assumida em contrato de fiança locatícia; e quando da inserção do direito à moradia, pela Emenda Constitucional 26/2000 (EC 26/2000), no rol dos direitos sociais expressos no artigo 6º da Constituição Federal.

Como contextualiza Clito Fornaciari Júnior, com a edição da Lei 8.009/1990 e a previsão da impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor, por qualquer tipo de dívida, houve uma automática e forte retração no mercado de locação¹. Passou-se a não aceitar como fiador todo aquele que não fosse proprietário de, no mínimo, dois imóveis, uma vez que seria um garantidor inidôneo do ponto de vista econômico, podendo apresentar a exceção da impenhorabilidade e isentar-se da satisfação do crédito do locador. Na tentativa de eliminar esse entrave, a Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) acrescentou ao rol do artigo 3º da Lei 8.009/1990 o inciso VII, contendo mais uma exceção à regra da impenhorabilidade: passou a ser possível a penhora do bem de família do fiador de contratos de locação.

Quando da superveniência da EC 26/2000, a questão da possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador assumiu novos contornos, segmentando a jurisprudência e a doutrina em dois sentidos.

No primeiro, situavam-se os que defendiam que o inciso VII não havia sido recepcionado pela EC 26/2000, haja vista o elevado papel do bem de família para o materialização do direito à moradia. Para essa vertente, tal direito constitui pressuposto para a realização de outros valores igualmente fundamentais e necessários ao resguardo das condições mínimas de existência, como, por exemplo, a vida, a privacidade, a intimidade, a família, a saúde e o livre desenvolvimento da personalidade. Sustentam, também, que a proteção do bem de família está afinada à nova concepção do Direito Civil, centrado primordialmente na dignidade da pessoa humana e não mais na proteção prioritária do patrimônio e do crédito.

¹ FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **Penhora sobre bem do fiador de locação**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.) A penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 101.

No segundo grupo, estavam aqueles que consideravam que não havia choque entre o inciso VII e a EC 26/2000. Para eles, a possibilidade da penhora do bem de família do fiador confere maior segurança ao mercado de locações, permitindo, por consequência, que grande parte das pessoas tenham acesso à moradia. Conforme defendem, o direito à moradia não diz respeito apenas aos detentores de imóvel residencial, mas também àqueles que, constituindo a maior parcela dos brasileiros, não possuem condições de possuírem seu próprio teto.

Essa divergência de entendimentos levou o Supremo Tribunal a Federal (STF) a se posicionar diante da matéria, inclusive pelo fato de essa divergência também ter repercutido internamente². No RE 407.688 (DJ 6.10.2006), a maioria do Tribunal acompanhou o voto do ministro relator Cezar Peluso para firmar a compreensão de que a penhora do bem de família do fiador não se choca com a nova redação do artigo 6º da Constituição.

Diante desse contexto, o presente trabalho propõe-se a analisar os elementos da decisão do STF, no intuito de levantar subsídios voltados a conciliar a exceção contida no referido inciso VII e a própria teleologia da impenhorabilidade do bem de família, enquanto instituto protetor da família e da moradia. Para tanto, este trabalho estruturar-se-á em três capítulos.

No primeiro, trabalhar-se-á com a fundamentalidade do direito à moradia. Far-se-á um breve percurso pelo seu reconhecimento enquanto direito social tanto na esfera internacional, quanto na constitucional, com a promulgação da EC 26/2000. Mais à frente, buscar-se-ão elementos para formatar o conteúdo e a natureza jurídica do já identificado direito fundamental social à moradia, para, ao fim, fazer-se um levantamento dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico pátrio para a realização da moradia, com ênfase na dissociação entre direito à moradia e direito à propriedade.

No segundo capítulo, o foco recairá sobre o bem de família. Partindo da ideia de que o Estado deve garantir a todas as pessoas um mínimo existencial, abordar-se-á a teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, que, embasada nos estudos do professor Luiz Edson Fachin, encontra no bem de família exemplo de sua materialização. Com suporte no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, inaugurado no Brasil com a Constituição

² Nos REs 352.940 (DJ 9.5.2005), 449.657 (DJ 9.5.2005), 415.563 (DJ 30.5.2005), 349.370 (DJ 13.5.2005), o ministro Carlos Velloso, monocraticamente, decidiu pela não recepção do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990.

Federal de 1988, buscar-se-á identificar quais valores a regra da impenhorabilidade do bem de família visa a proteger.

Finalmente, o terceiro capítulo analisará a decisão do STF no RE 407.688. Analisando-a sobre o enfoque do caráter não absoluto dos direitos fundamentais, lançar-se-á mão da teoria dos *limites dos limites*, segunda a qual a restrição a direitos fundamentais só é constitucionalmente válida se os núcleos essenciais desses direitos forem preservados. Propondo uma interpretação conforme do mencionado inciso VII, buscar-se-á uma afinação entre o objetivo global dessa regra e a situação concreta do fiador, notadamente daqueles que encontram no seu bem de família a sua única expressão patrimonial.

Sem a pretensão de se esgotarem todos os desdobramentos do tema aqui proposto, serão pontuadas, brevemente, algumas alternativas de satisfação do crédito do locador, diante da percepção de que o credor, tal qual o fiador, também precisa ter protegido seu patrimônio mínimo e, portanto, sua dignidade.

CAPÍTULO I

DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Antes de alinhar o direito à moradia à categoria de direito fundamental, convém traçar um breve esboço acerca do que se entende por direito fundamental. É certo que a doutrina utiliza uma variada gama de terminologias para representar, grosso modo, as diversas esferas de direitos e de liberdades. Essa variedade, em certa medida, também aparece no texto da Constituição Federal, quando, por exemplo, utiliza direitos humanos (art. 4º, inciso II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV). Também é certo que essa variedade de termos guarda, em si, distinções de cunho conceitual, embora, alguns deles sejam empregados como sinônimos. Contudo, como foge ao escopo deste trabalho explorar cada uma dessas expressões, as análises seguintes concentrar-se-ão em torno de duas delas: *direito fundamental* e *direito humano*.

Como dito, a Constituição Federal traz várias expressões em diversos momentos do seu texto; contudo, optou por denominar um título inteiro de “Direitos e garantias fundamentais”, já antecipando a distinção que aqui se quer trabalhar. Aplica-se o termo *direitos fundamentais* àqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado; ao passo que a expressão *direitos humanos* guarda relação com os documentos de direito internacional que aspiram à consideração de um sujeito de direito internacional, não circunscritos a uma ordem constitucional específica³.

Conforme salienta Ingo W. Sarlet, essa distinção é importante para destacar a relevância das posições jurídicas tanto no âmbito interno de um Estado, quanto na esfera internacional. Com isso, não se quer dizer que os direitos humanos não sejam fundamentais – ou, numa reciprocidade literal, que os direitos fundamentais não sejam humanos –, mas quer-se, apenas, dar relevo à especial proteção das posições jurídicas da pessoa humana, quer na ordem jurídica internacional, quer na interna⁴.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009, p. 29.

⁴ Idem. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 46, abril-junho de 2003, p. 195.

Essa distinção, reforça-se, não trata essas duas categorias como incompatíveis. Convém lembrar que os diplomas de direito internacional podem ser incorporados ao direito interno, muitas vezes, com hierarquia constitucional. Como aponta Ingo W. Sarlet, há uma tendência de as constituições modernas trazerem uma cláusula geral de abertura aos direitos garantidos no âmbito internacional. No caso do Brasil, essa cláusula está contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição⁵ e tem no direito à moradia manifestação desse processo, haja vista que, antes de constituir um direito fundamental expresso (constitucionalmente assegurado), já integrava a categoria de direito humano (reconhecido e protegido pelo direito internacional), como será tratado no tópico seguinte.

1.1.Reconhecimento no plano internacional e no plano constitucional

Na busca de um reconhecimento expresso no ordenamento jurídico positivo de um direito fundamental à moradia, verifica-se que foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, em que pela primeira vez se reconheceram, no plano internacional, os denominados direitos econômicos, sociais e culturais, entre eles o direito à moradia, embora sob o termo *habitação*. Essa declaração, ratificada pelo Brasil no mesmo ano de sua edição, dispõe, no artigo XXV, item 1, que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Foi-se reconhecendo, taxativamente, o direito à habitação como um dos elementos capazes de assegurar um padrão de vida adequado com a dignidade do ser humano, que se pode elevá-lo à categoria de direito humano, sendo ele, sucessivamente, reconhecido por diversos tratados e documentos internacionais.

Em 1966, no processo de reforço dos direitos humanos no período pós-guerra, veio o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que, também ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro, passou a prever expressamente o direito à moradia:

⁵ Artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

A partir de então, restou estabelecida a importância dos direitos sociais, econômicos e culturais na ordem internacional, com o surgimento do compromisso dos Estados signatários dos referidos tratados de viabilizarem medidas econômicas ou técnicas para assegurarem, progressivamente, o pleno exercício dos direitos reconhecidos em cada diploma internacional, como prevê, por exemplo, o artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Ainda no plano internacional, cumpre assinalar outros dois documentos que exerceram especial importância no reconhecimento e na proteção do direito à moradia, sobretudo na ordem jurídica pátria. Trata-se de duas grandes conferências promovidas pela ONU sobre a problemática dos assentamentos humanos. A primeira ocorreu em 1976 e ficou conhecida como a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, ou Habitat I, momento em que restou consignado que uma moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. A segunda, ocorrida em 1996, em Istambul, ficou designada como Declaração de Istambul ou Agenda Habitat II. Reconhecido como o documento mais completo sobre a matéria, trouxe minucioso detalhamento sobre o conteúdo e a extensão do direito à moradia, assim como a especificação das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários – entre eles o Brasil – para a realização desse direito⁶.

Para além dos tratados internacionais, de perspectiva universal, é possível fazer referência a alguns documentos regionais dos quais o Brasil também é signatário. O primeiro deles é a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada em 1969 no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Constituindo um dos documentos de maior relevância no sistema interamericano, não traz nenhum elenco de quais seriam os direitos reconhecidos como econômicos, sociais e culturais, mas prevê, no artigo 26, a determinação genérica de que os Estados alcancem, de forma progressiva, a plena realização dos direitos assim considerados, mediante a adoção de medidas legislativas e de outras que se mostrarem adequadas:

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**, p. 204.

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O direito de habitação também foi reconhecido pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, assinada em 1948, anterior ao Pacto de São José. No artigo 11, a previsão à habitação é feita interligando esse direito a medidas voltadas ao resguardo da saúde da pessoa humana:

Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

Feito esse breve panorama acerca do reconhecimento e da proteção do direito à moradia no âmbito do direito internacional, partir-se-á, agora, para o reconhecimento desse direito na esfera constitucional. Antes de fazer referência, especificamente, à ordem jurídica interna, vale o destaque de que há notícia de que mais de cinquenta Constituições reconhecem expressamente um direito fundamental à moradia⁷. É certo que a mera previsão no texto constitucional não assegura, por si só, a eficácia ou a efetividade desse direito, mas já antecipa que, internamente, os países propõem-se a assegurar e a proteger esse direito, no mesmo sentido dos tratados e documentos internacionais.

Quanto à ordem constitucional pátria, o direito à moradia só foi incorporado expressamente ao texto da Constituição vigente, na qualidade de direito fundamental social, por meio da Emenda Constitucional 26/2000. Apesar disso, já era possível garimpar da Constituição referências expressas à moradia, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (artigo 23, IX), seja quando definiu o salário mínimo como aquele capaz de prover as necessidades vitais básicas da família do trabalhador, entre elas, as de moradia (artigo 7º, IV). Há, também, referência à moradia na previsão constitucional do usucapião especial urbano (artigo 183) e rural (artigo 191), ambos condicionados, entre outros requisitos, à declaração do domínio para fins de moradia. Nestas últimas referências, como leciona Ingo W. Sarlet, já se percebe a previsão,

⁷ Idem, *ibidem*, p. 205.

ainda que implícita, de um direito fundamental à moradia, antes mesmo do advento da referida emenda constitucional⁸.

A despeito dessa garimpagem, Sarlet defende que um direito fundamental à moradia sempre haveria de ser reconhecido como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, em sua dimensão positiva, exige a satisfação das necessidades existenciais básicas para se gozar de uma vida com dignidade. Desse modo, esse poderia ser o fundamento autônomo para se reconhecer qualquer direito fundamental destinado, inequivocamente, à proteção da dignidade humana, ainda que não expressamente positivado.

Em outra linha, esse mesmo autor defende que também já seria possível reconhecer uma consagração expressa de um direito fundamental à moradia, por força do já mencionado artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. Como o Brasil é signatário dos principais tratados de direitos humanos e já os tem devidamente incorporados ao ordenamento jurídico interno, eles gozariam de hierarquia constitucional⁹. Acompanhando esse raciocínio, o direito à moradia já seria, ao menos, materialmente fundamental.

Apesar dessas considerações, de que a Constituição já reconheceria um direito à moradia, a sua expressa consignação no rol dos direitos sociais do artigo 6º pacifica essa questão e permite que, finalmente, o direito à moradia seja reconhecido como direito fundamental, tanto material, quanto formalmente¹⁰.

1.2. Conteúdo do direito à moradia

Como dito, determinados direitos são tidos como formalmente fundamentais em decorrência da opção feita pelo constituinte originário – no caso do Brasil, essa opção figura no Título II da Constituição. Apesar disso, ficou registrado que é possível identificar outros direitos também fundamentais esparsos ao longo do texto constitucional, ou constantes de

⁸ Idem, *ibidem*, p. 206.

⁹ Destaque-se que esse posicionamento de Ingo W. Sarlet difere do adotado pelo STF, segundo o qual, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, os diplomas internacionais sobre direitos humanos só adquirem *status* constitucional se forem aprovados pelo rito próprio das emendas à Constituição. Com relação aos diplomas assinados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento interno antes da referida emenda – como os citados neste capítulo –, o *status* é de suprallegalidade.

¹⁰ A título de nota, percebe-se a tendência do constituinte reformador brasileiro em alargar, cada vez mais, os direitos sociais expressos no artigo 6º da Constituição. Após a inclusão do direito à moradia, o direito à alimentação também passou a integrar o *caput* do referido artigo, a partir da Emenda Constitucional 64/2010. Há, ainda, a tentativa do senador Cristovam Buarque (PDT/DF) de fazer que o Congresso Nacional aprove a Proposta de Emenda à Constituição 1/2010 (PEC da felicidade), para que o *caput* do artigo 6º consigne que os direitos sociais ali expressos são “essenciais à busca da felicidade”.

diplomas internacionais firmados pelo Brasil. Essa identificação decorre, sobretudo, do reconhecimento de que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro de um conceito material de direitos fundamentais. Embora nem todos os direitos fundamentais do Título II da Constituição decorram diretamente do referido princípio, é preciso destacar que há, ao menos, uma variação de intensidade do vínculo entre a dignidade e tais direitos. Esse fundamento de ordem material, a toda evidência, também se aplica aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais de modo geral, como defendem Ingo W. Sarlet¹¹ e Gilmar Mendes¹².

Nessa perspectiva, o direito fundamental social à moradia mantém íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que tem sido designado como um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna. É detendo um lugar para proteger a si e a família que se pode gozar de tranquilidade, conforto e bem estar. Desde que forneça condições minimamente adequadas, é nesse lugar que a pessoa tem assegurada sua dignidade ou, antes, a sua própria existência física e, portanto, a sua própria vida. Para alguns autores, é por essa razão que o direito à moradia – assim como o direito à saúde, por exemplo – compõe os chamados direitos de subsistência, como expressão do próprio direito à vida, figurando no rol dos direitos de personalidade.

Entre esses autores, pode-se destacar Sérgio Iglesias Nunes de Souza, que, em obra oriunda do trabalho apresentado na conclusão do mestrado, defende a categorização do direito à moradia como espécie dos direitos de personalidade, em razão da elevada função de proteção do ser humano e da possibilidade de fazer que outros direitos essenciais sejam adensados¹³. Segundo ele,

o direito à moradia é concebido como inerente ao ser humano, que faz jus à sua morada, ao seu local, à sua pousada, enfim, ao seu *habitat*. A moradia constitui-se como essência do indivíduo, de modo que sem ela a existência digna de outros direitos, como o direito à vida e à própria liberdade, não é exercida de forma satisfatória e plena. E, quanto às projeções desse direito no mundo exterior, tem-se não só como físico, mas também moral, psíquico e social, já que afeta grande parte da sociedade, tornando-se, sob tal enfoque, um interesse social e público, principalmente quando se envolve como dever da atividade estatal (...). Ante as diversas manifestações do direito à moradia, no caso da integridade física, psíquica e moral, é ele um dos direitos da personalidade atrelados à integridade pessoal, de forma que toda

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 78-140.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235-239.

¹³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

peessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral para o exercício do direito adequado de moradia¹⁴.

Desse modo, enquanto direito de personalidade, Sérgio Iglesias atribui ao direito de moradia todas as prerrogativas de que gozam essa espécie de direito, notadamente a irrenunciabilidade¹⁵. Prerrogativa que, inclusive, já é própria do direito à moradia devida à sua condição de direito fundamental. Por essa razão, toda cláusula ou ato que implique sua renúncia – disposição total do direito à moradia – deve ser considerada nula de pleno direito¹⁶.

Além dessa característica, que se mostra importante para o efeito deste trabalho, Sérgio Iglesias aponta outras inerentes à moradia e decorrentes do seu *status* de direito de personalidade: intransmissibilidade, indisponibilidade, universalidade, inviolabilidade e interdependência. Este último atributo ganha especial vulto na medida em que o gozo pleno do direito à moradia é interdependente de outros direitos, sem, contudo, com eles se confundir, como, por exemplo, os direitos à vida, à intimidade, ao segredo doméstico, ao sossego, à propriedade, à integridade física, psíquica e moral, à segurança e à liberdade, por exemplo¹⁷.

Esses relacionamentos deixam evidentes que a fruição de uma vida minimamente digna passa, necessariamente, pela concreção do direito à moradia. Contudo, não se trata apenas de se possuir um teto, sob o qual se possa viver. É preciso que esse teto esteja compatível com parâmetros mínimos indispensáveis a uma vida saudável. E não só isso. É necessário, também, que esse teto se insira em um contexto em que sejam oferecidas condições compatíveis com uma vida digna¹⁸.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 32-33.

¹⁵ O enquadramento do direito à moradia como direito de personalidade também é feito por AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Fiador e o Direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 46, e por SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 81.

¹⁶ Convém destacar o entendimento do STJ de que o fiador de contrato de locação, ao assumir essa qualidade, renuncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família e de que essa renúncia é válida em decorrência do princípio da boa-fé objetiva e da teoria da confiança. Como será detalhado nos capítulos seguintes, entende-se que o que se renuncia é a prerrogativa da impenhorabilidade do bem de família, relativizando-se, portanto, o direito à propriedade. Não se está a renunciar, desse forma, ao direito à moradia em si, pois, do contrário, em situações extremas, o Estado estará a cancelar ato que poderá levar o fiador ao desabrigo e à miséria.

¹⁷ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**, p. 191-231.

¹⁸ Atenta à noção de que uma moradia só é capaz de proteger a dignidade se ela mesma for minimamente digna, a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais relacionou uma série de elementos básicos que os Estados deverão observar quando da materialização do direito à moradia. Entre eles, pode-se destacar: (i) disponibilidade de infraestrutura básica para garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito; (ii) oferecimento de condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes; (iii) acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência; (iv) localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços

Esses contornos mínimos, além de constituírem mandados de conformação, funcionam como normas imperativas e exigem que o ordenamento de cada país esteja afinado com eles. Assim, cabe aos Estados nacionais proporcionarem a materialização do direito à moradia, observadas todas essas questões que, umbilicalmente, estão a ele vinculadas e que, como ressaltado a exaustão, conduzem o indivíduo à fruição de uma vida que se possa chamar de digna.

1.3. Dupla dimensão do direito à moradia

De início, é preciso destacar que os direitos fundamentais, via de regra, compreendem um complexo de direitos e deveres, em condições negativas e positivas. Essa visão, atualmente adotada por Gilmar Mendes¹⁹ e Antônio Augusto Cançado Trindade²⁰, supera a tradicional noção de que os direitos fundamentais são categorizados conforme gerações, compatíveis com cada etapa de seu reconhecimento histórico. Como defendem os referidos autores, essa classificação induz a uma visão estanque dos direitos fundamentais, desprezando a necessária imbricação entre eles. Exige-se, ao contrário, que seja reconhecida a indivisibilidade desses direitos e a sua estreita inter-relação. Para Cançado Trindade, pensar de outro modo é favorecer o surgimento de Estados que negligenciem certos “grupos” de direitos, em nome da promoção e da defesa de outros “grupos”, além de permitir a formação de regimes autoritários²¹.

Assim, os tradicionais direitos de liberdades (como os insculpidos no artigo 5º da Constituição) não se circunscrevem à necessidade de abstenção do Estado, limitando-o a reconhecer esses direitos e a protegê-los. De outro lado, os comumente chamados direitos de prestação, do qual os direitos sociais são expressão, não se condicionam, exclusivamente, à atuação do legislador para que possa ter qualquer eficácia. Ambos deteriam dimensões positivas e negativas, variando, apenas, o grau e a intensidade de cada perspectiva.

A importância dessa discussão envolve, precisamente, a interpretação que se faz acerca do § 1º do artigo 5º da Constituição, segundo o qual as normas definidoras dos direitos

sociais essenciais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**, p. 213-214.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 709-710.

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 709-710.

²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2008, p. 710.

e garantias fundamentais têm aplicação imediata²². Embora situado ao final do artigo 5^a e do capítulo “Diretos e Deveres individuais e coletivos”, essa norma abrange, também os direitos sociais, expressos a partir do artigo 6^o, quer por questão topográfica (já que integrantes do título “Direitos e Garantias Fundamentais”), quer por questão material, como dito no item anterior.

O que se reconhece é que, com a norma do artigo 5^o, § 1^o, quis o Constituinte evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais e fazer que inexistisse norma constitucional destituída de eficácia. Contudo, não se deixa de reconhecer a importância de se distinguirem os variados graus de aplicabilidade das normas constitucionais. Do contrário, nivelar-se-iam as normas de direitos fundamentais às demais e, de outra parte, desprezar-se-iam os diversos modos de atuação do legislador perante determinados preceitos constitucionais, razão de ser, por exemplo, das classificações desses preceitos conforme critérios de eficácia e de aplicabilidade.

Especificamente sobre o direito à moradia, a verificação da sua máxima aplicabilidade, embora imediata, vai depender, justamente, da identificação de suas dimensões positivas e negativas e de qual delas se está em jogo, em dada situação concreta.

Quando se fala da dimensão negativa do direito à moradia, está a se referir ao que se costuma chamar de função defensiva dos direitos fundamentais. A moradia, como bem jurídico, encontra-se protegida de qualquer agressão de terceiros. Tanto o Estado quanto os particulares têm o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia dos outros, podendo eventual violação a ela ser impugnada em juízo. Precisamente é essa a dimensão a que se referem os diplomas internacionais, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”²³.

É de se destacar, também, que a dimensão defensiva do direito à moradia não envolve apenas o seu reconhecimento e proteção contra agressões ilegítimas. Para além disso, é vedado ao legislador ordinário atuar no sentido de suprimir esse direito ou de esvaziar parte de seu conteúdo. É o que se chama de proibição do retrocesso. O legislador infraconstitucional não pode alterar o conteúdo ou o grau de eficácia atribuído pela norma constitucional a um direito, notadamente àqueles que precisam justamente da atividade legislativa para alcançarem máxima eficácia e efetividade²⁴.

De outro lado, como dito, o direito à moradia também se manifesta em sua dimensão positiva – e é justamente este o campo em que os direitos sociais costumam ser

²² Artigo 5^o, §1^o: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**, p. 224.

²⁴ Idem. *ibidem*, p. 230.

enquadrados, enquanto normas ditas programáticas. No aspecto prestacional, essas normas impõem ao Poder Público a tarefa de atuar, positivamente, na promoção e na concretização dos direitos e das metas constitucionalmente estabelecidas. No caso, o Estado vai atuar para assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana da população. Para tanto, ele dispõe de uma ampla margem de discricionariedade para adotar medidas ou políticas que viabilizem a fruição dos direitos fundamentais, sem perder de vista que eles detêm aplicabilidade imediata e que sua atuação volta-se a aperfeiçoá-los e a adensá-los.

É certo que a faceta prestacional envolve outras questões mais sensíveis, como por exemplo, a existência defendida por alguns autores de um direito subjetivo às prestações estatais ou, ainda, do argumento da reserva do possível, que pode limitar a adoção de determinadas medidas que levariam a uma concretização maior desse direito. Contudo, o foco deste momento do trabalho é apenas apontar que o direito à moradia detém aplicabilidade imediata em qualquer de suas dimensão, positiva ou negativa, e que, no seu reconhecimento, o Estado detém certa margem de atuação na sua concreção, considerando, a toda evidência, a aplicabilidade imediata do direito à moradia.

1.3.1. Possíveis manifestações

Como dito, a concreção do direito fundamental à moradia exige uma série de medidas que envolvem tanto os particulares quanto o Estado. Essas medidas não exigem apenas um dever jurídico de proteção ou de não violação, mas também um dever de reconhecimento e de pró-atividade, considerando, sobretudo, a eficácia imediata dos direitos sociais e a necessidade inafastável do ser humano de possuir um abrigo.

Para efeito deste trabalho, é importante sinalizar que, no intuito de propiciar a satisfação do direito à moradia, o Estado detém uma ampla margem de discricionariedade que não se limita à hipótese de auxiliar os cidadãos a adquirirem sua própria casa. Isso porque, consoante lembra Ingo W. Sarlet, o direito fundamental à moradia não se confunde com o direito fundamental à propriedade, notadamente por possuírem âmbitos de proteção e objetos próprios²⁵.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**, p. 67.

Adiantando a discussão que será enfrentada mais à frente, é possível verificar um distanciamento entre esses dois direitos quando se trata, por exemplo, da questão da penhora do imóvel que serve de moradia ao fiador. Nesse caso, o direito à moradia pode estar intimamente vinculado a uma existência digna, revelando uma situação de preferência com relação ao direito de propriedade. Até porque convém lembrar que o exercício do direito de propriedade está limitado pela sua função social.

A não identidade entre os dois referidos direitos fica ainda mais clara quando se reconhece, no Brasil, a previsão de outros instrumentos de acesso à habitação, como forma de concreção do direito à moradia²⁶. Entre eles, por exemplo, estão: a concessão real de uso, o direito de superfície, o comodato etc.²⁷ Nesse sentido, menciona-se a contribuição de Sérgio Iglesias N. de Souza:

O direito à moradia, exercido na sua forma onerosa, poderá dar-se por meio de títulos que caracterizam o direito de habitação, das mais variadas formas, como no contrato de locação, de *leasing* residencial ou arrendamento residencial, venda e compra, alienação fiduciária, e, por fim, nos contratos de financiamento habitacional em geral, seja ele no âmbito do Sistema Financeiro de habitação ou não, e ainda, em contratos de concessão de uso de direito real de habitação pelo Poder Público²⁸.

Forçoso reconhecer que, de fato, o Estado brasileiro tem criado programas de facilitação de crédito para o acesso à casa própria, como é o caso do *Minha Casa Minha Vida*. Contudo, essas medidas não desconsideram que adquirir um imóvel próprio ainda é a realidade de um pequeno grupo de brasileiros, razão pela qual outras medidas são tomadas, além das já mencionadas. É o caso, por exemplo, da adoção de regras de segurança e de garantia de contratos de locação, como fez a Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), que, entre outras regras, inseriu o inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/1990 (Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família), que passou a permitir a penhora do bem de família do fiador de contratos de locação. Como será tratada nos próximos capítulos, essa possibilidade, ao reforçar as garantias necessárias ao contrato de locação, buscou conferir maior segurança ao mercado

²⁶ Sérgio Iglesias N. de Souza esboça uma diferença entre “direito à moradia” e “direito de habitação”. O primeiro constituiria um bem extrapatrimonial, de personalidade, com proteção constitucional e civil. Já habitação teria como foco uma relação de fato, consistindo no local em que uma pessoa permanece, temporária ou acidentalmente. In: **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**, p. 187.

²⁷ CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental a moradia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

²⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**, p. 332-333.

locatício e, por conseguinte, propiciar o acesso à habitação a uma ampla classe de brasileiros, superior, como dito, aos detentores de imóvel próprio para uso residencial.

CAPÍTULO II

DO BEM DE FAMÍLIA E DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O instituto do bem de família tem origem no direito norteamericano, mais precisamente no Estado do Texas, com a Lei de 26.1.1839. Sob a denominação de *homestead*, esse instituto foi criado como forma de proteção e de estímulo à mudança das famílias para a região oeste, até então não colonizada. Como o estabelecimento de famílias naquela região consistia em um negócio arriscado, foi preciso desenvolver meios de tornar o novo projeto atrativo e minimamente seguro. Dessa forma, como noticia Luiz Edson Fachin, o Estado concedia uma gleba de terra aos colonos, para que a cultivassem e dela extraíssem o seu sustento e o de suas famílias. Após cumpridas certas condições, dava-se ao colono o direito ao título dominial²⁹.

Com o risco de que a propriedade pudesse ser utilizada para pagar os altos custos da viagem e do estabelecimento da família no oeste, a referida lei de 1839 foi editada de modo a garantir que a propriedade que fosse utilizada como moradia à família e que lhe servisse de sustento estivesse livre de eventuais penhoras. Com essa garantia, mesmo que o proprietário tivesse dívidas, ele poderia permanecer residindo no local. Assegurava-se, desse modo, que o oeste fosse colonizado e impedia-se que as famílias fossem reduzidas à miséria e não tivessem como se manter³⁰.

O *homestead* funcionava, portanto, como um instituto destinado a proteger as famílias e suas moradias, resguardando o mínimo existencial para que pudessem viver dignamente. A partir dessa figura, surgiu a inspiração para que diversos países adotassem em seus ordenamentos institutos similares. Como pontua Álvaro Villaça Azevedo, do *homestead* veio a “semente de uma proteção que sempre se deveu a família, em qualquer parte do mundo, tanto que (...) esse exemplo proliferou, apaixonando os juristas do globo”³¹. Nascia, então, a figura jurídica que, a um só tempo, visa a proteger o direito à moradia e a garantir a família do proprietário, garantindo a ela um mínimo para sua dignidade.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134-135.

³⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Feador e o Direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**, p. 5-6.

³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 80.

No Brasil, o instituto do bem de família integra o ordenamento jurídico desde o Código Civil de 1916, sob o aspecto convencional, e, posteriormente, recebeu especial reforço com o advento da Lei 8.009/1990, que trouxe a figura do bem de família legal. Apesar de guardar diferenças com relação ao *homestead* norteamericano, o instituto do bem de família continua fiel ao seu propósito original: o de proteger a família, permitindo-lhe o acesso a uma moradia e assegurando-lhe condições mínimas de existência, como se passará a mostrar.

2.1. Direito ao mínimo existencial

A teoria do mínimo existencial ajusta-se à tese de que todo homem deve ter acesso a certas condições mínimas para que possa desfrutar de uma vida digna. Segundo defende Ricardo Lobo Torres³², o mínimo existencial consiste em um direito fundamental que encontra suporte no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Significa dizer que é um direito fundamental que obriga que outros direitos fundamentais (individuais e sociais) sejam satisfeitos, para que, a partir de então, possa-se falar em respeito à dignidade humana.

Mesmo sem suporte expresso no texto da Constituição, o direito ao mínimo existencial pode ser extraído de diversos dispositivos, como destaca Ana Alice de Carli³³. A começar pelo artigo 3º, que traz, como alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza e da marginalização. Também no artigo 7º, inciso IV, pode-se vislumbrar tal direito quando se estabelece que o salário mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades básicas do indivíduo, como, por exemplo, às necessidades de moradia. Ana Alice ainda faz alusão às imunidades tributárias previstas nos artigos 5º, incisos LXXIII, LXXIV; 153, § 4º, inciso II; e 195, inciso II.

Ricardo Lobo também ensina que o mínimo existencial pode ser extraído da Constituição por estar “implícito nos princípios constitucionais que o fundamentam, como o da igualdade, o do devido processo legal, o da livre iniciativa etc.”, alcançando qualquer direito, “considerando sua dimensão essencial e inalienável”³⁴.

³² TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. In: Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: publicação do centro de estudos jurídicos, nº 42, 1990, p. 69.

³³ CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental a moradia**, p. 40.

³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**, p. 69.

Além dessas referências, retoma-se, ainda, a já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, do qual o Brasil é signatário. Essa declaração, em seu artigo XXV, item 1, diz que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação e outros.

Avançando um pouco mais no tema, é importante destacar, como faz Daniel Sarmiento, que o mínimo existencial direciona-se, sobretudo, ao Estado para que possa garantir que os mais necessitados tenham acesso a condições mínimas de vida, como o acesso ao direito à moradia. Sarmiento menciona que, entre os fundamentos empregados para justificar essa obrigação estatal, dois são instrumentais e um, não instrumental. Os instrumentais são no sentido de que “se trata de uma exigência necessárias para (a) a garantia da liberdade real, ou (b) para a proteção dos pressupostos da democracia”³⁵. Quanto ao primeiro, defende-se a ideia de que, sem o atendimento de determinadas necessidades básicas, esvazia-se a liberdade, pela impossibilidade real do seu exercício. Quanto à democracia, ocorre uma desvinculação de que ela seja o predomínio da vontade da maioria e passa-se a defender a ideia de que ela é um espaço de garantia de direitos para a viabilização da participação de todos os cidadãos. Sem a satisfação das necessidades básicas, as pessoas mais carentes têm comprometida a sua capacidade de participar ativamente das deliberações adotadas na sociedade.

Por sua vez, o argumento não instrumental – que é o adotado por Sarmiento – “é no sentido de que o atendimento das necessidades humanas mais básicas é uma exigência autônoma da justiça, que se impõe independentemente das suas consequências para a promoção de outros objetivos”³⁶, como seria o caso da promoção da liberdade ou da democracia. Aqui, finalmente, desloca-se o fundamento para o próprio ser humano, associando-o, portanto, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como sublinha o referido autor,

É óbvio que a garantia do mínimo existencial constitui também, em geral, um pressuposto fático seja para o gozo das liberdades individuais, seja para o exercício da cidadania política. Contudo, ainda que assim não fosse, uma compreensão correta da ideia de justiça teria de envolver a obrigação moral do Estado e da sociedade de combater o sofrimento e a miséria humanas, através da garantia das condições mínimas de vida para os necessitados. Veja-se o exemplo de um indivíduo que padeça de deficiência mental severa e incurável e que esteja em situação de absoluta penúria material. Poucos discutirão eu ele também faz jus À proteção do mínimo existencial, em que

³⁵ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial do direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 574.

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 575.

pese não fazer muito sentido falar desta garantia como um pressuposto para o exercício da sua liberdade material ou do seu direito à participação política. Por isto, penso que é a urgência e gravidade de uma necessidade material, e não a sua importância para a realização de outros objetivos, por mais nobres que sejam, que deve ser critério central para definir o mínimo existencial³⁷.

É importante destacar que Daniel Sarmiento não desconsidera a relevância do mínimo existencial para o alcance de outros objetivos. Ele apenas lança um novo olhar que, em último caso, alarga a compreensão do tema.

2.1.1. *Alguns aspectos do mínimo existencial*

O mínimo existencial suscita uma série de questões acerca do seu conteúdo e das suas características, como, por exemplo, a possibilidade de adjudicação de determinada demanda contra o Estado, com vistas ao atendimento satisfatório dos direitos sociais, como o direito ao lazer ou à saúde. Focar essas questões, com o detalhamento que o tema exige, foge ao escopo deste trabalho. No entanto, é importante pontuar, objetivamente, alguns aspectos, que se mostram necessários ao assunto que será abordado mais à frente.

Inicialmente, é importante registrar que o direito ao mínimo existencial, assim como visto em relação ao direito à moradia, carrega tanto uma dimensão positiva, quanto uma negativa. Assim, à medida que esse direito impede que o Estado e os particulares pratiquem atos tendentes a subtrair do indivíduo as tão mencionadas condições indispensáveis a uma vida digna, ele envolve, também, um conjunto de prestações necessárias à sua concretização. Tendo essa reflexão como ponto de partida, mencionam-se as seguintes ponderações feitas por Daniel Sarmiento e aqui esquematizadas³⁸:

- (a) O enquadramento de determinada prestação como mínimo existencial não pode ser feito *in abstracto*, ignorando a condição particular do titular do direito. Como o mínimo existencial envolve uma atuação do Estado em prol dos mais necessitados, é preciso que se verifique, concretamente, até que ponto a necessidade invocada é vital ao titular do direito e foge às possibilidades de satisfação por recursos próprios. Aqui, menciona-se o

³⁷ Idem, ibidem, p. 575-576.

³⁸ Idem, ibidem, p. 577-580.

fornecimento de medicamentos. Essa prestação só integrará o mínimo existencial se o indivíduo necessitado não detiver meios suficientes para adquiri-lo;

- (b) Por essa mesma razão, pondera-se a alegação da *universalização* do direito ao mínimo existencial, ao argumento de que seria irrelevante analisar se o autor da ação teria recursos necessários à aquisição da prestação demandada do Estado. No caso do fornecimento do medicamentos, por exemplo, é preciso verificar se eventual denegação da pretensão afetará o patrimônio do demandante ou colocará em risco sua própria vida;
- (c) Ainda nessa linha, atenção deve ser dada ao argumento de que o direito ao mínimo existencial seria *absoluto*, não se submetendo à reserva do possível. Como destaca Daniel Sarmiento, em sociedades mais carentes, infelizmente, não é possível assegurar de maneira imediata e igualitária todas as condições materiais básicas para conferir uma vida digna à generalidade das pessoas. Lembra, ainda, o caso do salário mínimo no Brasil, que, a julgar pelo seu poder de compra e de satisfação de todas as necessidades básicas, não poderá ter seu valor majorado de uma hora para outra. Claro que determinadas prestações devem constar do rol de prioridades do Estado, mas não podem estar destacadas das suas efetivas possibilidades de satisfação e dos seus impactos econômicos.

É importante notar, ainda, que Daniel Sarmiento defende que o papel do Estado em matéria de proteção dos direitos sociais não deve se limitar à satisfação do mínimo existencial. Da mesma forma que acontece aos demais direitos fundamentais, deve-se, sempre, perseguir a máxima efetividade dos direitos sociais, dentro, claro, do que seja fática e juridicamente possível³⁹.

A mensuração dessa máxima efetividade, conforme sugere Sarmiento, deve sempre passar por uma ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Nessa análise, o mínimo existencial constitui elemento importante, considerando que, quanto mais essencial for a necessidade material em jogo, maior peso será atribuído ao direito social a ser ponderado. Desse modo, prestações situadas fora do mínimo existencial têm menor chance de prosperar.

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 579.

2.2. Teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo

Dentro dessa perspectiva de asseguramento das condições mínimas a todas as pessoas, surge a noção de patrimônio mínimo, crucial ao desenvolvimento deste trabalho. Fruto da tese apresentada pelo professor Luiz Edson Fachin em Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, a *teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo* defende que a toda pessoa deve ser garantido um mínimo existencial a ser assegurado por um patrimônio mínimo, “mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada”⁴⁰. Por força desse princípio, Fachin sustenta existir uma “imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior ao interesse dos credores”.

A tese do patrimônio mínimo desenvolve-se sob os auspícios da teoria da constitucionalização do direito civil, inaugurada no Brasil a partir da Constituição de 1988. Historicamente, o Direito Civil foi estruturado sob parâmetros liberais e destinava-se exclusivamente à proteção do patrimônio. Nesse contexto, a codificação civil aparecia como a fonte de regulação das relações privadas, tendo a propriedade como instituto central e privilegiando a autonomia privada e a imperiosidade dos contratos⁴¹.

Com o advento da Constituição de 1988 e a elevação da dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ocorreu uma guinada no eixo axiológico do ordenamento jurídico. Em razão da supremacia da Constituição, retirou-se do Código Civil a sua centralidade no tocante às relações privadas⁴², deslocando a preocupação antes deferida às relações patrimoniais para as relações existenciais, irradiando efeitos sobre todos os ramos do Direito. Como ensina Maria Celina B. de Moraes, opera-se a chamada despatrimonialização do direito privado, “em razão da prioridade atribuída pela Constituição à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”⁴³.

Nessa ordem de ideias, os institutos clássicos das relações privadas também são despatrimonializados. Não significa dizer que o ordenamento deixou de proteger o patrimônio ou que esse instituto perdeu sua importância, mas reforça-se a ideia de que, em obediência aos

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, p. 1.

⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. In: Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 65, jul./set. 1993. p. 22.

⁴² Idem, ibidem, p. 23. Maria Celina B. de Moraes esboça um quadro acerca dos motivos que fizeram o Código Civil perder sua centralidade na regulação das relações privadas. Além da supremacia lógica da Constituição, aponta o aumento da necessidade de estatutos especiais sobre matérias específicas. Reflexo disso é a própria Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família.

⁴³ Idem, ibidem, p. 26.

preceitos constitucionais, não se admite mais a proteção da propriedade em si, como um fim em si mesmo. Segundo ensina Maria Celina B. de Moraes,

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. (...) A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana⁴⁴.

Desse modo, o patrimônio passa a ser funcionalizado de modo a promover a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Como acentua Edson Fachin, “a proteção do patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências [de despatrimonialização das relações privadas], posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais”⁴⁵.

É nesse contexto que se insere a noção de patrimônio mínimo. Voltada à preservação da dignidade da pessoa humana, parcela do patrimônio deve ser reservada para que sirva às necessidades básicas de seu titular. Como dito, o patrimônio abandona a sua vocação tradicional de garantia do crédito, para se voltar à satisfação das necessidades do ser humano. A defesa de um patrimônio mínimo, portanto, “denota o caráter instrumental (meio) da esfera patrimonial em relação à pessoa (fim)”⁴⁶, revelando-se como um dos aspectos concretos da afirmação do mínimo existencial.

Desse modo, parte do patrimônio fica imune às demandas creditícias no intuito de evitar a redução à miserabilidade do titular. Com isso, busca-se, essencialmente, propiciar condições materiais mínimas para uma existência digna aos cidadãos que ficam afastados das grandes realizações patrimoniais. Tudo isso realizado dentro de uma perspectiva que visa a compensar desigualdades e a promover a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. Reforça-se, nesse sentido, que

as consequências advindas da proteção inexpugnável ao patrimônio mínimo não conduzem, por via oblíqua, a um estatuto da desigualdade por vantagem exagerada em favor das partes da relação jurídica. Antes, parte do reconhecimento material das desigualdades, o respeito à diferença sem deixar de alavancar mecanismo protetivos dos que são injustamente ‘menos iguais’⁴⁷.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 28.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, p. 11-12.

⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 166.

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 251.

Quando defende que determinada parcela do patrimônio está imune à executoriedade por dívidas, não quer Fachin atacar a propriedade ou o direito ao crédito. Diversamente, ele apenas sugere uma releitura desses institutos e uma adaptação deles aos novos parâmetros hermenêuticos, advindos da nova concepção de direito civil.

Embora reconheça que o Código de 2002 ainda é fruto da tradição patrimonialista, Fachin encontra espaços em que é possível dar um novo horizonte ao modo de ver o patrimônio. Embora a teoria do patrimônio mínimo não encontre respaldo expresso em nosso ordenamento, o referido autor visualiza uma alavanca à sua tese no artigo 548 do Código Civil, que impede a doação de todos os bens, sem reserva de usufruto ou de meios necessários para a subsistência do doador⁴⁸. Assim, o referido autor visualiza que,

em meio a uma série de normas que objetivam a proteção do patrimônio e a regulação do trânsito jurídico dos bens, mediante contratos, o legislador inseriu regra que pode tutelar, de alguma forma, a pessoa do doador. Ao afirmar nula a doação universal dos bens, sem reserva de parte ou de renda que garanta a subsistência do doador, a lei pode ter como objetivo a proteção da pessoa. Pode ser proteção de menor escala, mas é indicativo interessante e fértil para o exame da garimpagem de sentidos, inclusive à luz da formação histórica do preceito obstativo⁴⁹.

Fachin aponta, ainda, outras normas do Código Civil em que se pode encontrar o mesmo escopo da regra do artigo 548. Algumas delas: a possibilidade de revogação da doação, quando da recusa da prestação de alimentos, pelo donatário, que teria o dever e a possibilidade de prestá-los (artigo 557, inciso IV); a incapacidade relativa dos pródigos (artigo 4º, inciso IV); a vedação de contrato cujo objetivo seja a herança de pessoa viva (artigo 426); a cláusula da inalienabilidade testamentária (artigo 1.911); e, finalmente, a impenhorabilidade do bem de família (art. 1.711 e seguintes).

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald afastam-se do Código Civil e encontram também no Código de Processo Civil a preocupação com a “preservação de um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas”⁵⁰. Trata-se, no caso, da previsão da impenhorabilidade de determinados bens, contida nos artigos 648 e 649.

Todas essas referências revelam uma preocupação do legislador no sentido de resguardar um patrimônio mínimo, voltado à sobrevivência digna de seu titular. A noção de

⁴⁸ Artigo 548: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.”.

⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, p. 96.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 803.

patrimônio mínimo, portanto, a um só tempo, fundamenta-se na ideia de mínimo existencial e a ela dá concretude.

2.2.1 *Direito ao crédito vs. patrimônio mínimo*

A teoria do patrimônio deixa evidente a supremacia da pessoa humana como novo paradigma a orientar a leitura da legislação civil. Leitura que renova a concepção de patrimônio, funcionalizando-o a serviço do homem e de suas necessidades.

Apesar disso, a teoria do patrimônio mínimo de Fachin não ignora que o patrimônio ainda é a medida da garantia do crédito. Ao contrário, ele esclarece que a garantia de uma patrimônio mínimo “não afeta direta e necessariamente o direito material do crédito propriamente dito”⁵¹. O que se defende é que parte do patrimônio seja preservada e, por conseguinte, retirada da órbita da executoriedade⁵². Como ele mesmo define,

trata-se, por assim, dizer, de uma causa elisiva, que não impugna a regra segundo a qual o patrimônio (leia-se, pois, patrimônio disponível) do devedor é a garantia do credor⁵³.

Assim, o referido autor realça que não se está a tratar de dois interesses necessariamente opostos ou excludentes, nem da ilegitimidade do crédito em si. Cuida-se, tão somente, do estabelecimento de limites à pretensão do credor. O patrimônio ainda é a garantia genérica da satisfação do crédito, contudo, não será todo ele destinado a esse fim.

Essa postura de Fachin fica mais clara quando defende que a extensão do mínimo patrimonial a ser preservado deve ser aferida de acordo com a realidade concreta dos envolvidos. Não se trata de um mínimo quantificável numericamente, abaixo do qual a dignidade é prejudicada, mas de um mínimo mensurado concretamente, capaz de fornecer parâmetros elementares de uma vida digna, do qual a pessoa não pode ser expropriada ou desapossada. Assim, constitui

⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, p. 67.

⁵² A doutrina e a jurisprudência já enfrentaram questão similar a essa quando da edição da Lei 8.009/1990. Ao instituir o bem de família legal, a referida lei determinou, no artigo 6º, que estavam “canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990”, que deu origem a ela. Como destaca AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Feador e o Direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**, p. 10, essa previsão gerou certa perplexidade porque se chocava com o espírito da impenhorabilidade do bem de família, que era o de proteger a moradia do devedor, e não o de cassar a pretensão executória. Assim, a melhor compreensão da regra seria a de que se cancelava a penhora, não a execução da dívida. Em vista disso, o STJ expediu a Súmula 205, segundo a qual “a Lei 8.009/1990 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

⁵³ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, p. 67.

um conceito aberto cuja presença não viola a ideia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é o menos nem o ínfimo, é um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo⁵⁴.

Como também frisam Farias e Rosenvald, o patrimônio mínimo constitui um conceito universal, devendo ser funcionalizado a cada caso, protegendo cada uma das pessoas envolvidas, para que possam desempenhar suas atividades dignamente. É possível, portanto, que a extensão do significante “mínimo” sofra variação de acordo com as circunstâncias pessoais de cada titular⁵⁵.

Cuida-se, na verdade, da mesma ponderação aludida no tópico 2.1.1, quando se expressou a opinião de Daniel Sarmiento de que o conteúdo do mínimo existencial não seria universal e dependeria das circunstâncias factuais. Esse mesmo entendimento recai sobre o patrimônio mínimo, principalmente, tendo em vista sua orientação contemporânea de asseguramento do mínimo existencial.

Em razão disso, Chaves e Rosenvald defendem que é preciso que o juiz avalie com cuidado a colisão entre os valores patrimoniais do credor e do devedor, harmonizando-os com os valores constitucionais envolvidos. Até porque não se pode desconsiderar “que o credor também merece ver sua dignidade respeitada”⁵⁶. Por essa razão, defendem que

poderá o magistrado, casuisticamente, autorizar a penhora de bens que, em linha de princípio, estariam protegidos, por exceder o necessário a viver dignamente (aqui serve o exemplo de um suntuoso bem do devedor), garantindo um mínimo de dignidade ao devedor e atendendo o crédito da outra parte. E, por igual, poderá também proteger bens que no texto frio e expresso da lei, seriam penhoráveis, mas que tocam à dignidade do devedor. Podemos lembrar o exemplo de cadeira de rodas de uma pessoa com deficiência ou um instrumento musical de um devedor que está estudando música para se profissionalizar⁵⁷.

Essa análise cuidadosa da situação fática é exigida, sobretudo, porque o credor também merece ter seu patrimônio mínimo resguardado. Há situações em que o crédito pode assumir, por exemplo, caráter alimentar e o seu não adimplemento pode, justamente, pôr em risco o próprio mínimo existencial do credor. Conforme será tratado no tópico seguinte, esse quadro fica evidente na situação motivadora da Súmula 484 do STJ, que torna impenhorável imóvel que, mesmo não utilizado como moradia pelo seu proprietário, é locado a terceiros,

⁵⁴ Idem, ibidem, p. 280-281.

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**, p. 427.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 427.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 428.

para que a renda auferida pelo aluguel seja revertida à subsistência ou à moradia do credor e da sua família⁵⁸.

2.3. O bem de família como consubstanciador do patrimônio mínimo

Como visto anteriormente, o bem de família é uma das figuras utilizadas por Fachin para sustentar a existência de contornos jurídicos em prol da proteção de um patrimônio mínimo. Tendo origem no *homestead* norteamericano, esse instituto tem como principal característica a impenhorabilidade, o que isenta o imóvel residencial da família de eventuais dívidas de seus titulares. Consoante destaque de Farias e Rosenvald, esse é o contexto que está por trás do provérbio norteamericano “o *homestead* não possui dívidas”⁵⁹.

Segundo Álvaro Villaça, o bem de família consiste em um “patrimônio especial”, amparado por “um benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social”⁶⁰. Essa definição coaduna-se com a elaborada por Farias e Rosenvald, para quem o bem de família constitui um bem de afetação especial, voltado a um destino específico, qual seja, “assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar”⁶¹.

Tal destinação está em harmonia com a especial proteção dispensada à família pela Constituição Federal⁶². No entanto, como ressalva Maria Berenice Dias, a responsabilidade maior do Estado é com o cidadão, razão pela qual se protege a família, como forma de assegurar a segurança e o livre desenvolvimento dos seus integrantes. Em vista dessa compreensão, a jurisprudência passou a estender o benefício do bem de família a diversos tipos de situações de fato, como, por exemplo, às pessoas viúvas, separadas, ou mesmo solteiras⁶³.

⁵⁸ Essa mesma preocupação com o patrimônio mínimo do credor pode ser vislumbrada também quando dos chamados credores não contratuais na busca por um direito à indenização. Imagine-se, por exemplo, que a indenização decorra dos prejuízos à fonte de renda (batida no táxi de um taxista, morte de um pai mantenedor da família etc.). Nessa hipótese, fica claro que a busca pelo crédito constitui, na verdade, a busca pelo próprio patrimônio mínimo.

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, p. 805.

⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**, p. 93.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, p. 808.

⁶² Artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 597-598. Destaque-se que, com base na compreensão de que o bem de família, apesar do nome, tem como enfoque proteger o cidadão, o STJ editou a Súmula 364, que detém o seguinte teor: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Quanto ao aspecto positivo, o ordenamento jurídico brasileiro convive com duas espécies de bem de família: (i) o bem de família convencional ou voluntário, disciplinado pelo Código Civil, dos artigos 1.711 ao 1.722; (ii) e o bem de família legal ou obrigatório, regido pela Lei 8.009/1990 (Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família).

Em apertada síntese, o bem de família convencional, como o nome sugere, é aquele imóvel instituído por ato voluntário da parte interessada, por meio de registro público, conferindo a ele os benefícios da impenhorabilidade e da inalienabilidade, com duração limitada à vida dos instituidores ou à maioridade civil dos filhos. Conforme a vontade do instituidor, o bem de família pode alcançar, além do imóvel destinado à residência, pertencas, acessórios e valores mobiliários cuja renda venha a ser revertida à conservação do bem ou à sobrevivência da família. Pelo artigo 1.715 do Código Civil, o bem de família convencional fica isento da execução por dívidas contraídas após a sua instituição, salvo as decorrentes de tributos relativos ao prédio ou as derivadas de despesas condominiais.

Farias e Rosenvald veem no bem de família convencional um instrumento bastante útil na preservação da família, devido, principalmente, à existência de apenas duas hipóteses em que o benefício da impenhorabilidade pode ser afastado – para o pagamento de tributos relativos ao prédio, ou para as despesas de condomínio⁶⁴. Situação diferente da do bem de família legal, na qual as hipóteses são maiores, em número de sete, como será visto no tópico 2.3.2.

Contudo, não é essa a visão de Villaça. Conforme explica, o bem de família convencional tornou-se um instituto pouco utilizado e de reduzida proteção. Primeiro, porque o excesso de formalismo, quer para a instituição, quer para a desconstituição do bem de família, desencoraja a sua utilização e diminui a sua praticidade. Segundo, em razão de o Estado não poder atribuir apenas ao indivíduo a proteção da família, pelo que essa instituição não envolve apenas interesses individuais, mas também interesses coletivos. Por isso, defende que o Estado deve tomar à frente da proteção das famílias.

É dentro desse contexto que surge a Lei 8.009/1990. Por ela, bem de família é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, impenhorável por determinação legal, não sendo necessária a manifestação do proprietário ou do possuidor. Por força do artigo 1º, o imóvel residencial é impenhorável por qualquer dívida civil, comercial fiscal, previdenciária ou de qualquer natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, p. 809.

pais e filhos que sejam proprietários e nele residam. Ressalvadas, como se verá, as exceções trazidas pela própria lei.

Percebe-se, então, como destaca Caio Mário da Silva Pereira, que é o Estado o instituidor do bem da família, tornando a impenhorabilidade norma de ordem pública⁶⁵. Esse aspecto fica evidente na medida em que a exceção à impenhorabilidade pode ser suscitada por qualquer interessado, a qualquer tempo ou grau de jurisdição – inclusive nas instâncias extraordinárias –, bem como ser conhecida pelo juiz, de ofício⁶⁶. Tudo isso a revelar a alta proteção ao bem de família, atribuída “pela vontade soberana do Estado, garantidora de um mínimo necessário à sobrevivência da família”⁶⁷.

Como registram Farias e Rosenvald, há no bem de família a ideia clara da funcionalização do patrimônio. Protege-se, em definitivo, “a pessoa humana, em lugar da antiga tutela patrimonial”. Assim sendo, esses autores defendem que a lei do bem de família está adaptada aos preceitos constitucionais, “sintonizada com a interpretação teleológica para a aplicação concreta dos princípios da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade substancial”. Arrematam esse entendimento, dizendo que essa forte imbricação entre a Lei 8.009/1990 e o texto constitucional tornou-se ainda mais evidente depois da explicitação do direito à moradia no *caput* do artigo 6º da Constituição⁶⁸.

2.3.1 Alargamento do objeto e extensão da impenhorabilidade

A impenhorabilidade do bem de família legal, conforme a Lei 8.009/1990, não alcança apenas o bem imóvel, mas também as suas construções, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza, todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, e os móveis que guarnecem a casa. Ficam excluídos da impenhorabilidade, contudo, os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos.

Essa extensão do benefício da impenhorabilidade é importante, porque, além de conferir funcionalidade ao lar, dá concretude à teoria do patrimônio mínimo, “consagrando

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume 5: direito da família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 564.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, p. 831.

⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**, p. 94.

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, p. 815.

que a efetiva proteção de lei deve se dirigir ao que é necessário para viver dignamente”⁶⁹. Contudo, essa extensão deve ser tomada com cuidado.

Isso porque não se mostra possível, à luz da teoria do patrimônio mínimo, tornar impenhoráveis toda sorte de móveis, mas somente os que forem necessários para a funcionalização da casa e imprescindíveis para a manutenção de um padrão médio de vida. Idêntico raciocínio extensível à impenhorabilidade dos imóveis suntuosos, como será abordado no capítulo seguinte.

Como sinalizam Farias e Rosenvald, essa compreensão pode ser extraída da redação do artigo 649, inciso II, do Código de processo Civil.

Artigo 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida,.

De todo modo, repise-se que essa análise não pode ser feita antecipadamente. É a avaliação do caso concreto e das suas peculiaridades que ajudará a definir o que, de fato, será dispensável ou não à fruição de um padrão médio de vida.

Ainda na ampliação do conceito de bem de família, cabe fazer referência à já mencionada Súmula 486 do STJ, que, publicada em 1.8.2012, detém o seguinte teor:

É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

Atento ao objetivo do bem de família em proteger a célula familiar e cada um de seus integrantes, o STJ estendeu o benefício da impenhorabilidade àquele imóvel que, mesmo não utilizado como residência pelo seu titular, é alugado para, com a renda do aluguel, prover o sustento de sua família. Reforça-se, com isso, a própria destinação da impenhorabilidade a serviço da proteção do patrimônio mínimo.

⁶⁹ Idem, ibidem, p. 821.

2.3.2 Exceções à impenhorabilidade do bem de família

Do mesmo modo que Código Civil, com relação ao bem de família convencional, a Lei 8.009/1990 também trouxe um elenco de exceções à regra geral de impenhorabilidade do bem de família legal. Como já antecipado, elas são em número de sete, a saber:

- Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
- I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência 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 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.

Em tese, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas com relação à necessidade dessas exceções. Como indicam Álvaro Villaça, Farias e Rosenvald e Elaine Maria Aina, tais ressalvas justificam-se porque, em determinados casos, o caráter especial da dívida não justifica a impenhorabilidade do bem, sob pena de restar malfadada a dignidade do titular do crédito⁷⁰. Trata-se de uma opção legislativa que denota que, ponderando-se os interesses envolvidos, está-se diante de créditos tão ou mais relevantes do que o benefício protetivo do bem de família⁷¹.

É o que acontece, por exemplo, com a exceção dos incisos I e III. Por serem revestidos de caráter alimentar, tanto o salário quanto a pensão alimentícia foram prestigiados pelo legislador, no intuito de atribuir a eles maior relevância do que à dispensada ao bem de família. Aqui, também se percebe a preocupação com o patrimônio mínimo do trabalhador ou do destinatário da pensão, que, devido ao caráter emergencial da alimentação, mereceu maior proteção do que o patrimônio do proprietário do imóvel. Convém reforçar, a todo instante, que o asseguramento do mínimo patrimonial, além de exigir uma análise cuidadosa da

⁷⁰ Em respeito ao teor de suas obras, é importante destacar que, desses autores, apenas Álvaro Villaça considera constitucional a exceção contida no inciso VII. Para os demais, trata-se de uma norma flagrantemente constitucional.

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, p. 823.

situação fática, contribui para manter certas condições mínimas de existência, como é o caso do patrimônio voltado à alimentação.

Analisar cada uma dessas hipóteses, além de fugir ao escopo deste trabalho, exige um estudo minudente e individual delas, no sentido de apreender o real motivo dessas exceções e de verificar se ele realmente justifica o afastamento do benefício da impenhorabilidade. Isso porque, embora sejam em tese justificáveis, alguns desses incisos são alvos de questionamentos, como ocorre ao inciso VI, segunda parte, quando permite a penhora do bem para ressarcimento decorrente de sentença penal condenatória. Conforme destaca Elaine Maria B. Aina, se o ressarcimento tiver caráter alimentar, não haverá empecilhos para excussão do bem de família. No entanto, é alvo de dúvidas a constitucionalidade quando o bem for à penhora para o mero ressarcimento patrimonial. Como sublinha, é certo que o dano causado em razão de ato criminoso é uma das importantes formas de ressocialização, porém, “se for à custa de tornar a condição humana mais miserável e, portanto, menos digna, estará em aberto confronto com o sistema jurídico”⁷².

Como dito, não constitui foco deste trabalho avaliar as peculiaridades de cada uma das referidas exceções, razão pela qual os esforços concentrar-se-ão no estudo da hipótese do inciso VII, que, não contida na redação original da lei, foi inserida pela Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) e será o objeto do próximo capítulo.

⁷² AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Feador e o Direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**, p. 49.

CAPÍTULO III

DA ANÁLISE DO RE 407.688 E DAS POSSÍVEIS PONDERAÇÕES

Como antecipado no capítulo introdutório, a problemática em torno da penhorabilidade do bem de família do fiador foi marcada por dois momentos determinados: quando da inclusão, pela Lei 8.245/1991, do inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/1990 e quando da inserção do direito à moradia pela Emenda Constitucional 26/2000 no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal.

Com o advento da EC 26/2000, essa discussão acabou adquirindo maior vulto, dividindo a doutrina e a jurisprudência em dois sentidos: ora diziam que o inciso VII não havia sido recepcionado pela referida emenda constitucional; ora manifestavam-se no sentido de que o choque entre os dois dispositivos era apenas virtual e que a exceção trazida pela lei infraconstitucional dava, na verdade, maior amplitude ao direito constitucional à moradia.

Essa divergência também repercutiu nas decisões do STF, levando-o a posicionar-se definitivamente acerca da matéria no RE 407.688 (DJ 6.10.2006), como se passará a mostrar.

3.1. Descrição do caso

Antes do detalhamento dos votos proferidos no RE 407.688, é importante destacar que o relatório apresentado pelo ministro Cezar Peluso não traz maiores detalhes quanto à situação fática do caso, limitando-se a descrever os antecedentes processuais do recurso. Nesse sentido, expôs-se apenas que se tratava de recurso extraordinário contra acórdão do antigo Segundo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, que, ao manter a penhora do bem de família do recorrente (fiador), negou provimento a agravo de instrumento interposto por ele.

Após a apresentação dos votos, o Tribunal negou provimento ao recurso, seguindo o voto do ministro Peluso, que foi acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Divergiram deles os ministros Eros Grau, Ayres Britto e Celso de Mello.

Ao final, o RE 407.688 recebeu a seguinte ementa:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos.

A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

3.1.1. Argumentos da maioria

O ministro relator Cezar Peluso construiu seu voto argumentando que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou com o direito de ser proprietário de imóvel. Salientou que os direitos sociais, apesar de serem qualificados como direitos subjetivos e de deterem exequibilidade imediata, integram os chamados direitos de prestação, porquanto exigem a atividade mediadora do Estado para sua efetivação.

Nesse sentido, considerou serem “várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, condições materiais de exercício do direito social à moradia”⁷³. No caso, o legislador decidiu por incrementar a oferta de imóveis para a locação habitacional, mediante reforço das garantias contratuais dos locadores. Isso porque, segundo o ministro, uma das dificuldades enfrentadas pelo mercado de locação predial reside “na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel”⁷⁴.

Peluso desenvolveu mais seu voto para sustentar que o direito à moradia não abrange apenas quem é proprietário de imóvel, mas também aqueles que, constituindo número significativo de brasileiros, não possuem imóvel próprio e precisam recorrer aos contratos de locação. Assim, essa medida prestigia o princípio da igualdade, na medida em que os direitos sociais constituem direitos de preferências e de desigualdades com propósitos compensatórios. O estímulo ao mercado de locação imobiliária, fomentando o acesso à moradia a uma ampla classe de pessoas, justifica o dano ao bem do fiador, um vez que

⁷³ Página 3 do voto.

⁷⁴ Página 5 do voto.

impedir a penhora do bem ofertado em garantia romperia o equilíbrio de mercado, aumentando a exigência de garantias cada vez mais onerosas.

Apesar disso, Peluso ponderou que só não se harmonizaria com a Constituição a penhora do bem de família na hipótese de existirem outros bens capazes de solver a dívida. Para ele,

só pode conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6º da Constituição da República, em havendo outros meios de assegurar o pagamento do débito, porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo⁷⁵.

Nessa ordem de ideias, Peluso considerou que a norma do artigo 3º poderia suportar redução teleológica, no sentido de afastar a sua incidência quando da existência de outros meios capazes de suportar a dívida. Como destaca, estar-se-ia a tratar da técnica de declaração de nulidade sem redução de texto, pelo que se afastaria a norma de certa hipótese de incidência. No entanto, acabou por desconsiderar essa possibilidade, já que não havia nos autos indícios da disponibilidade de outras garantias ao crédito exequendo⁷⁶.

Na mesma linha do relator, posicionaram-se os ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. Fazendo uso da mesma espécie de argumentos, acentuaram que, no caso, há o embate entre dois direitos fundamentais: o direito à moradia e o direito à liberdade, expressa na autonomia da vontade e na faculdade de cada um de obrigar-se contratualmente. Realçando o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, defenderam que o fiador, por livre e espontânea vontade, assinou o contrato de fiança e pôs em risco seu direito fundamental à moradia, razão pela qual a penhorabilidade de seu bem de família é válida. Conforme expressou o ministro Joaquim Barbosa,

A decisão de prestar fiança (...) é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz (...) por vontade própria⁷⁷.

Joaquim Barbosa acrescentou, ainda, que essa exceção coaduna-se com a tese da horizontalização dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais devem

⁷⁵ Páginas 5 e 6 do voto.

⁷⁶ Página 6 do voto.

⁷⁷ Página 4 do voto.

ser efetivados não só pelo Estado, mas também pelas relações privadas. Em seu breve voto, Sepúlveda Pertence também aderiu ao posicionamento da maioria, considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Sem trazerem novos argumentos em seus votos, os ministros Marco Aurélio, Nelson Jobim e Ellen Gracie também se alinharam à tese defensora, enfatizando que a penhorabilidade do bem de família do fiador cumpre a especial função de proporcionar o acesso à moradia a um enorme grupo de pessoas.

3.1.2. Argumentos dissidentes

O primeiro a abrir divergência foi o ministro Eros Grau, que destacou que, no caso, cuidava-se da penhora do único bem imóvel do fiador, utilizado como residência. Para ele, a impenhorabilidade de imóvel residencial do fiador instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto às necessidades materiais e ao provimento de sua subsistência. Assim, “a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual”⁷⁸.

O ministro visualizou, ainda, uma hipótese cujo resultado reputou “absurdo”. Imaginou-se que um locatário não pagou seu aluguel, com o objetivo de economizar dinheiro para as prestações decorrentes da aquisição da casa própria. Nessa situação, seu imóvel estaria protegido pela regra da impenhorabilidade, devendo a dívida pelo contrato de locação recair sobre o bem de família do fiador. Com isso, restaria violado o princípio da isonomia.

Proseguiu combatendo a divisão das normas constitucionais quanto aos diferentes graus de eficácia, sobretudo com relação às ditas *programáticas*, uma vez que essa classificação “porta em si vício ideológicos perniciosos”⁷⁹. Defendeu que os dispositivos constitucionais são dotados de eficácia normativa vinculante e vinculam o legislador. Essa sujeição, no âmbito do direito privado, está em sintonia com a doutrina da constitucionalização do Direito Civil.

Por fim, refutou a ideia de que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações imobiliárias, ao argumento de que é tarefa do Poder Público desenvolver políticas públicas “adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional [da moradia]”⁸⁰.

⁷⁸ Página 1 de voto.

⁷⁹ Página 4 de voto.

⁸⁰ Página 5 do voto.

O ministro Ayres Britto, quando do seu voto, recuperou os diferentes momentos em que a Constituição utiliza o substantivo *moradia*: como direito social (artigo 6º); como integrante das “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família (artigo 7º, inciso IV); como política pública, de competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, inciso IX). A partir dessas referências, concluiu que o direito à moradia qualifica-se como indisponível e não potestativo, razão pela qual não pode sofrer penhora por efeito do contrato de fiança. Pontuou, ainda, que aquela pessoa que conseguiu realizar o sonho da casa própria não pode perdê-la sequer por vontade própria e recebe um reforço protetivo da Constituição. Esse reforço decorre, sobretudo, do fato de o tema da moradia tangenciar o da proteção da família, a quem o texto constitucional confere proteção especial.

O ministro Celso de Mello, último a votar, explicou que o direito à moradia é um dos direitos sociais mais expressivos, proclamado, inclusive, por declarações internacionais subscritas pelo Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XX, item 1) e o Pacto Internacional dos sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (artigo 2º). Mencionou, também, o estudo do professor Fachin acerca do *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo* para subsidiar a tese de que o Estado deve tutelar as pessoas em geral, notadamente, as situadas à margem das conquistas sociais, assegurando-lhes a proteção de um patrimônio mínimo. Assim, Celso de Mello considerou não ser possível legitimar interpretações que, injustamente, frustrem direitos essenciais, como o da intangibilidade do imóvel residencial.

3.2. Questão suscitadas com base nos argumentos dos ministros do STF

3.2.1. A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990: o princípio da solidariedade

Não se questiona que o bem de família, na medida em que visa a resguardar o núcleo familiar de eventuais solavancos financeiros, recebe, como enunciou o ministro Ayres Britto, especial proteção do Estado. Sendo assim, o bem de família, ao caracterizar-se como a parcela do patrimônio, via de regra, inatacável para a satisfação de dívidas, detém a impenhorabilidade como própria característica constitutiva. Desse modo, determinado bem só o é de família por possuir a prerrogativa da impenhorabilidade.

Apesar desse delineado manto protetivo, a Lei 8.009/1990 elencou determinadas hipóteses em que a impenhorabilidade pode ser afastada, como por exemplo, a do inciso VII do artigo 3º, que excepcionou a aludida regra na hipótese de obrigação decorrente de fiança locatícia. Essa relativização encontra-se em sintonia com o entendimento mencionado nos votos dos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, segundo o qual, via de regra, os direitos fundamentais não são absolutos e, portanto, são passíveis de limitação ou restrição.

No caso específico do inciso VII, relativiza-se o direito à propriedade imobiliária do fiador, em sua dimensão instrumental – já que utilizada em caráter individual, para concretizar seu direito à moradia e proteger seu núcleo familiar –, no intuito de permitir a materialização do direito à moradia de uma ampla classe de pessoas.

Repise-se, no entanto, o destaque feito no capítulo 1 de que o direito à propriedade constitui apenas uma das facetas do direito à moradia. Não há, necessariamente, coincidência entre esses dois direitos, pelo que a casa própria não constitui a única forma de alcance da moradia. Eis um dos principais motivos para afastar a alegação de que a Emenda Constitucional 26/2000 não teria recepcionado o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990: afasta-se a impenhorabilidade do bem de família, relativizando-se o direito à propriedade e não o direito à moradia.

É com base nesses elementos que se defende a perfeita compatibilidade entre os aludidos dispositivos: permite-se que um determinado direito fundamental seja flexibilizado (e não renunciado), de modo a se atingir outro de cunho e abrangência social⁸¹.

Como já trabalhado e aludido pelo ministro Sepúlveda Pertence, a dinâmica dos direitos fundamentais também exige a atuação dos particulares na sua defesa e promoção. Maria Celina B. de Moraes pontua que já se foi a época em que os indivíduos velavam somente por seus familiares e por seus bens, desvinculando-se do tecido social que os envolvia⁸². No cenário atual, o valor norteador deixou de ser a vontade individual – e o suporte jurídico patrimonial que importava regular –, para dar lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é inerente.

Elevar a dignidade da pessoa humana ao posto máximo do ordenamento jurídico, ao contrário do que pode parecer, constitui opção metodológica oposta à do individualismo.

A pessoa humana, no que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e

⁸¹ É importante reforçar a compreensão de que não é o direito à moradia que é flexibilizado, mas sim o direito fundamental à propriedade, como instrumento de realização do direito à moradia.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. In: Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 248.

nunca como célula autônoma, nunca microcosmo cujo destino e cujas atitudes possam ser indiferentes aos destinos e às atitudes dos demais⁸³.

Assim, o direito de liberdade da pessoa contrapõe-se ao dever de solidariedade social de forma necessariamente complementar e não de modo excludente. Isso porque os direitos individuais só ganham vulto nos contextos sociais em que ocorrem as relações dos seres humanos entre si. A tradicional concepção de direito subjetivo, antes voltada apenas para a satisfação exclusiva de seus titulares, encontra limites no interesse de terceiros ou da coletividade. Já que a vida em sociedade pressupõe o reconhecimento de uns aos outros como sujeitos de direitos, livres e iguais, a responsabilidade no exercício desses mesmos direitos não se apresenta como uma restrição à autonomia, mas aparece como uma consequência necessária⁸⁴. Nesse sentido, “as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos”⁸⁵.

Essa mudança pode ser observada, enfatiza-se, nas limitações próprias ao direito de propriedade e na funcionalização do patrimônio. A propriedade não é mais um espaço dentro do qual o proprietário detém ampla liberdade para suas atividades. Essas atividades, contudo, precisam atender a uma função social, na medida em que a propriedade não se volta apenas para a satisfação dos interesses do proprietário, mas também para os interesses da coletividade⁸⁶. Destaque-se que, aqui, não se desconsidera a dimensão individual do patrimônio, mas busca-se um equilíbrio entre ela e a dimensão social, por força da tendência à funcionalização dos institutos do direito privado.

É diante desse dever de solidariedade, ínsito às relações interpessoais ou às relações entre as pessoas e a coletividade, que Maria Celina identifica a justificativa para a inserção do direito à moradia no rol dos direitos sociais previstos no *caput* do artigo 6º da Constituição. Nesse dispositivo, está refletida a preocupação com a defesa que deve ser assegurada aos mais fracos e aos desamparados e que deve ser dispensada pelo Estado e pela coletividade, no intuito permanente de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se reduzir a miséria – razão de ser da proteção ao mínimo existencial⁸⁷.

No que toca ao Estado, incumbe a ele formatar políticas públicas que viabilizem o acesso à moradia à generalidade das pessoas, considerando as peculiaridades socioeconômicas

⁸³ Idem, *ibidem*, p. 249.

⁸⁴ FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 250.

⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**, p. 249.

⁸⁶ FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**, p. 121.

⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**, p. 249.

de cada região e a liberdade de autodeterminação delas no sentido de eleger a forma pela qual poderão exercer esse direito. Nesse sentido, há tanto programas de financiamento da casa própria, como é o exemplo do *Minha Casa, Minha Vida*, como a definição de regras orientadoras do mercado de locação, como a edição da Lei do Inquilinato e da Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família.

Ao particular, também é dada a responsabilidade solidária de contribuir para a efetivação desse mesmo direito social. Aquele que detém um imóvel próprio para a realização de seu direito à moradia também pode contribuir para a efetivação da moradia daqueles que não o possuem. Uma forma de contribuição é a assunção da qualidade de fiador – enquanto garantia legal prevista pelo ordenamento jurídico –, com a consciência dos efeitos advindos desse ato de liberalidade.

Essa questão não suscita nenhum desdobramento maior quando se trata de fiador que detém mais de um imóvel: preserva-se o de sua residência, considerado bem de família legal por força da Lei 8.009/1990⁸⁸, e oferece-se à penhora o que lhe sobrar⁸⁹.

Não tão livre de controvérsias, contudo, é a situação do fiador que detém apenas um bem imóvel. Ainda nessa hipótese, a jurisprudência tem entendido que esse único bem continua passível de penhora⁹⁰, como, aliás, decidiu o STF no RE 407.688. Para a análise dos desdobramentos a que se propõe, a situação fática do patrimônio do fiador que possui apenas um imóvel será segmentada em três categorias:

- (a) o fiador, apesar de possuir um único imóvel residencial, detém outros bens suficientes para prover seu sustento e de sua família;
- (b) o fiador possui apenas um bem imóvel e os bens restantes são insuficientes à subsistência dele e de sua família;

⁸⁸ Artigo 5º, parágrafo primeiro: “Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.”.

⁸⁹ Embora se reconheça – no mesmo sentido do que expressou o ministro Peluso – que a penhora do bem de família do fiador só ocorrerá na falta absoluta de meios de satisfação da dívida, entende-se que é possível haver flexibilidade quanto a esse ponto. Conforme ampla jurisprudência do STJ, a renúncia à impenhorabilidade não é possível por ato do seu titular, mas, a contrassenso, permite-se que ela seja mitigada em razão das exceções contidas no artigo 3º da Lei 8.009/1990. Assim, compreende-se que, possuindo o fiador mais de um imóvel residencial e considerando que o manto da impenhorabilidade tenha recaído sobre o de menor valor, por força do parágrafo único do artigo 5º da Lei 8.009/1990, é plenamente possível que a impenhorabilidade do bem de menor valor seja afastada, uma vez que o(s) imóvel(eis) restante(s) possui(em) maior expressividade econômica. Entendimento que parece estar em sintonia com a regra da menor onerosidade, atinente aos contratos, e com o princípio da autodeterminação das pessoas. Claro que esse quadro deve ser avaliado, sempre, no contexto de cada situação concreta.

⁹⁰ Precedentes do STJ: Ag 1.379.418 (DJe 15.5.2012 – Decisão Monocrática); Ag 1.227.410 (DJe 20.3.2012 – Decisão Monocrática); EDcl no REsp 951.649 (DJe 8.5.2008 – Quinta Turma).

(c) o fiador possui apenas seu bem residencial como patrimônio.

Na primeira hipótese, a validade da exceção do inciso VII não gera grandes transtornos. Isso porque se está a tratar de fiador que deverá cumprir o compromisso gratuitamente assumido e, em princípio, será capaz de satisfazer suas necessidades individuais e as da sua família pelo patrimônio que lhe sobrar⁹¹.

Considera-se similar a essa hipótese a do possuidor de um único imóvel residencial suntuoso, de valor elevado. Isso porque, penhorado o imóvel, a diferença que restar ao fiador, retirado o valor da dívida, poderá ser capaz de suprir os gastos com uma nova moradia.

É que, não havendo bens penhoráveis (móveis ou imóveis) pertencentes ao devedor, restaria inviabilizada a tutela jurisdicional, caso não fosse possível penhorar o imóvel de alto valor, excedendo o conceito de padrão médio de vida digna. Nesse caso, cancelar a proteção do vultoso patrimônio de um devedor rico, o estado abandonaria o credor à míngua, com a frustração de seu crédito, apesar de o devedor possui um vasto patrimônio⁹².

Nessas duas situações, uma vez celebrado o contrato, invocar a impenhorabilidade do bem de família para preservar seu bem imóvel parece atentar contra a função social do contrato. Evocar a proteção do Estado para amparar uma atitude fraudulenta, parece, em boa medida, utilizar-se do benefício da intangibilidade do bem de família para subsidiar atitudes escusas e de nítida má-fé.

Impossibilitar a penhora em razão da intangibilidade do bem de família pode ocasionar, como enunciou a maioria dos ministros do STF, uma fragilização das garantias ofertadas em contrato de fiança e, em cadeia, elevar os custos do mercado de aluguel, pela falta de garantias de fácil liquidez. Considerando o déficit habitacional brasileiro, não se pode perder de vista a impossibilidade de se encontrar alguém que detenha mais de um bem imóvel. Deve-se considerar, também, que o mercado de locação é procurado, sobretudo, pela parcela da população que, dificilmente, terá condições de recorrer a formas alternativas de garantia, como caução ou seguro-fiança⁹³.

⁹¹ Compreende-se ser possível que o fiador, considerando a sua massa patrimonial, ofereça à penhora seu único bem imóvel, usado como residência, por considerar que isso trará danos comparativamente menores a ele e à sua família e que seu direito fundamental à moradia pode ser plenamente satisfeito pelo que lhe sobrar. Situação que, também, parece harmonizar-se com a regra da menor onerosidade e com o princípio da autodeterminação individual.

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**, 822.

⁹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.) *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 49.

Entende-se que respeitar a dignidade humana, no atual contexto de um Estado Democrático de Direito, significa oferecer condições de autodeterminação e de livre desenvolvimento, desde que o indivíduo não se utilize dessa liberalidade contra si ou contra terceiros. O papel do Estado não é o de criar indivíduos superprotegidos, dependentes e irresponsáveis; mas, ao contrário, é o de permitir o desenvolvimento de cidadãos conscientes, responsáveis e solidários.

Todos esses elementos alinham-se para evidenciar a constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador, enquanto situado na primeira categoria proposta. Elas não funcionam, contudo, para subsidiar a validade da penhora das demais situações. Embora o ministro Eros Grau tenha feito especial destaque de que a situação dos autos era a de um fiador detentor de um único imóvel, essa questão foi deixada ao largo, não recebendo a devida atenção do restante da Corte⁹⁴.

Se por um lado, considerou-se a enorme quantidade de pessoas que não detêm imóvel próprio, por outro, desprezou-se a quantidade pequena – mas não menos importante – de pessoas que, a duras penas, adquiriu um imóvel e que, caso venha a perdê-lo, encontrará dificuldades para suprir suas necessidades com moradia, conforme os parâmetros internacionais, enunciados no capítulo 1. É precisamente esse o foco das considerações seguintes.

3.2.2. Limites à exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador

Como exposto, a regra da impenhorabilidade do bem de família tem como escopo preservar a residência de seu titular contra interferências tendentes a violar a integridade da família, de modo a lhe assegurar um mínimo de patrimônio. Assim, em determinadas situações, relativizou-se a proteção ao bem de família em nome de outros valores que, ponderados, tendem a adquirir maior relevo em determinada situação fática. É, como mencionado, a justificativa teórica das exceções contidas no artigo 3º da Lei 8.009/1990.

Essa relativização coaduna-se com a teoria segundo a qual, de regra, os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser alvos de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, contudo, que tais restrições são limitadas.

⁹⁴ Interessante a ponderação feita por SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**, p. 80, de que a não análise da situação concreta do fiador (se detentor ou não de outros imóveis) deveria conduzir à presunção da indisponibilidade do bem.

Como pontua Luiz Fernando Calil de Freitas, o sistema constitucional dos direitos fundamentais envolve um complexo mecanismo de limitação e controle dos atos de aposição de limites e restrições, de modo que qualquer atividade limitadora ou restritiva se dê na medida do estritamente necessário e indispensável à própria concretização e preservação de tais direitos e de outros bens constitucionalmente protegidos⁹⁵. Os chamados *limites dos limites* constituem requisitos constitucionalmente estabelecidos, de caráter formal ou material, que, caso não atendidos, levarão à inconstitucionalidade da referida restrição.

Apesar de, no ordenamento constitucional brasileiro, não haver qualquer norma que cuide expressamente da limitação aos direitos fundamentais, é possível extrair indicativos de que existe um dever jurídico de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Afirma-se, portanto, que os direitos fundamentais detêm um núcleo essencial do qual sua violação implica seu comprometimento.

pode-se afirmar que a ideia de que os direitos fundamentais são dotados de um núcleo essencial é decorrência da premissa de que podem eles ser objeto de limites e restrições e, de conseguinte, não podem uns e outros esvaziar o direito fundamental na sua totalidade, isto é na globalidade do seu sentido ou significado real⁹⁶.

Mesmo na aludida falta de previsão expressa, garimpa-se do texto constitucional elementos que fundamentam um dever de proteção ao núcleo basilar dos direitos fundamentais. O principal parâmetro, como apontado por Luiz Fernando, reside no fato de o Brasil constituir um Estado Democrático de Direito, de acordo com o *caput* do artigo 1º da Constituição. Não se garantem apenas as liberdades individuais, mas proíbe-se o excesso de poder legislativo, que precisa atender a uma forma definida (reserva de lei formal) e a um conteúdo proporcionalmente justificável⁹⁷.

Outro elemento é extraído do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. Na medida em que se veda a deliberação de emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, esse dispositivo já se apresenta como um mecanismo, ainda que indireto, de preservação da essência dos direitos fundamentais. Pelo princípio das hierarquias das normas, chega-se à conclusão de que, se não é possível a uma emenda constitucional descaracterizar dado direito, tampouco poderá fazê-lo uma lei ordinária⁹⁸.

⁹⁵ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 185.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 186.

⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 193.

⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 193.

Costumam-se apontar, ainda, outros dispositivos para fundamentar a proteção dada pela Constituição ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Como detalhar esses aspectos foge ao escopo deste trabalho, cumpre, por ora, apenas registrar que se tem como certa a posição de que qualquer restrição a um direito fundamental encontra barreira quando esse ato tender a violar seu núcleo constitutivo.

A identificação do núcleo que deve ser protegido é outro aspecto que é alvo de diversos posicionamentos. Contudo, como assinala Ingo W. Sarlet, dificilmente o núcleo essencial de um direito fundamental poderá ser estabelecido em abstrato e por antecipação. Esse conteúdo essencial é definido a partir das relações entre as diversas variáveis envolvidas, como o suporte fático dos direitos fundamentais e a relação entre os direitos e as suas restrições⁹⁹. Desse modo, muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente é obtida em confronto com eventual restrição a esse direito¹⁰⁰.

Assim, restrições a direitos fundamentais só podem ser consideradas válidas se, concretamente, forem devidamente justificáveis e preservarem um conteúdo essencial, sem o qual eles perdem sua eficácia mínima. Um dos critérios usualmente adotado para a aferição da necessidade dessas restrições é o da proporcionalidade. Gilmar Mendes, ao referir-se a este princípio, explica que ele envolve duas dimensões, tratadas por ele como subprincípios:

- (a) *o subprincípio da adequação*: as medidas interventivas adotadas devem ser aptas a atingir os objetivos pretendidos;
- (b) *o subprincípio da necessidade*: não deve existir nenhuma medida menos gravosa para o indivíduo, apta a produzir os mesmo efeitos¹⁰¹.

É nesse contexto em que se busca situar o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990. A atividade legislativa que produziu a exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador também deve ser lida com cuidadosa limitação, o que parece ter escapado da abordagem feita no bojo do RE 407.688¹⁰².

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 404.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p 286.

¹⁰¹ Idem ibidem, p.332.

¹⁰² Destaque-se que Ingo W. Sarlet critica fortemente a decisão do Supremo, entre outros motivos, pela não abordagem do princípio da proporcionalidade. Não restou demonstrado que a exceção do inciso VII é a mais adequada, tampouco a menos gravosa: “O argumento de que não existem garantias para o crédito em execução é evidentemente falho, visto que não foi examinada a possibilidade de se lançar mão de outros meios, como por exemplo, a exigência do fiador proprietário de imóvel residencial ou mesmo a utilização do seguro fiança (...). A não utilização das garantias referidas (...) não significa que não estejam disponíveis e que, portanto, não possam

3.2.3. O patrimônio mínimo como limite ao limite

Pela sua natureza pessoal, o contrato de fiança abrange toda a universalidade do patrimônio do fiador. É essa universalidade que deverá responder pela obrigação que deverá ser adimplida. Dessa massa patrimonial, naturalmente, faz parte o imóvel residencial, legalmente considerado como bem de família. Em princípio, na hipótese de os bens restantes não deterem liquidez imediata ou não forem suficientes para suportar a dívida, a impenhorabilidade recairá sobre o bem imóvel do fiador. Nessa situação, levantada inclusive no voto do ministro Peluso, o manto da impenhorabilidade é afastado em nome da garantia empenhada e da não frustração das expectativas legitimamente esperadas pelo credor. Embora, em um primeiro momento, reste evidente uma visão imediatamente patrimonialista, pelo que a penhora destina-se à satisfação do crédito, em um segundo, como trabalhado no tópico anterior, vê-se a função solidária e a funcionalização do patrimônio, manifestadas na concretude das garantias do contrato de locação. Ou seja, a relativização do direito à propriedade e da sua intangibilidade, quando coincidente com o bem de família, justifica-se na medida em que procura estender o exercício do direito fundamental à moradia àquele grupo de pessoas que precisam recorrer ao mercado de locação.

Não faz sentido, contudo, que essa restrição tenda a fragilizar o mesmo direito que busca proteger. Ao permitir que uma ampla quantidade de pessoas tenha acesso a um teto e possa, com ele, proteger a si e às suas famílias, não se pode esquecer daqueles que precisam do seu único bem de família para, justamente, promover essa proteção. Esse é, portanto, o objetivo nuclear pretendido pela instituição do bem de família, que, a despeito de qualquer restrição, não pode ser vulnerado, com vistas, inclusive, à formatação histórica do instituto do *homestead* norteamericano¹⁰³.

Torna-se frágil, portanto, permitir a penhora do único bem de família do fiador, enquanto seu único patrimônio, se isso resultar no comprometimento de sua subsistência. Nessa hipótese, a proteção à família ficaria debilitada e o direito à moradia seria flagrantemente esvaziado. Além de pôr ao desabrigo o fiador, vulnerabiliza-se toda a entidade

ser levadas em conta.”. SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**, p. 80-81.

¹⁰³ Sérgio Iglesias traz importante contribuição acerca do objetivo que está por trás da possibilidade excepcional de penhora do bem de família do fiador. Segundo pontua, de fato a razão de ser dessa exceção é ampliar o acesso à moradia a um amplo número de pessoas, que, no Brasil, é superior ao daquelas que detêm imóveis residenciais próprios. Por essa razão, o bem de família só poderia ser ofertado como garantia em contratos de locação residencial, e não nos de locação comercial, sob pena de desnaturar a própria validade da exceção do inciso VII.

familiar do qual seja núcleo ou apenas integrante. Levando em consideração o contexto brasileiro, aquele que detém apenas o seu imóvel residencial como patrimônio, dificilmente, conseguirá formas alternativas e emergenciais (perder o lugar em que se mora exige medidas rápidas) de reparação.

Defende-se, aqui, que a impenhorabilidade do único bem de família do fiador não pode ser relativizada quando a circunstância concreta do fiador revelar a ausência de outros patrimônios em vulto suficientes para proteger a si e a sua família. A exceção trazida pelo inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990 não tem como incidir nessa situação.

É o que se costuma chamar de técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. De acordo com Gilmar Mendes, utiliza-se essa modalidade de interpretação toda vez que se considerar inconstitucional determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração da sua redação¹⁰⁴. Embora o ministro Peluso tenha mencionado essa técnica, este trabalho o faz de forma diversa. Como dito, ele defende que seria inconstitucional levar o bem de família do fiador à penhora na hipótese de existirem outros bens disponíveis. Discorda-se dessa tese, sobretudo, em razão da ideia aqui já exposta de que se poderia legitimar, indevidamente, a má-fé do fiador, em detrimento da dignidade do crédito do locador.

Aqui, diversamente, aplica-se essa técnica em outro sentido. Caso o fiador possua apenas seu imóvel como expressão patrimonial e se a penhora puder reduzi-lo à condição similar à miserabilidade, considera-se que a excussão de seu imóvel é inconstitucional. Seria precisamente essa a hipótese eivada de inconstitucionalidade.

É preciso considerar, ademais, que, muitas vezes, a exceção da impenhorabilidade é suscitada, levando à frustração do crédito do locador, porque não se fez um cotejo atento da situação patrimonial da pessoa indicada para ser fiadora. Ou seja, tratava-se de uma situação originária que poderia ter sido antecipada, evitando os transtornos de um processo judicial. Será esse o foco das considerações seguintes.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1249

3.3. Possíveis soluções para evitar a frustração do credor

3.3.1. Do capacidade de ser fiador

Como discutido no capítulo 2, a identificação dos pressupostos da vedação à doação universal (artigo 548 do Código Civil) revela um limite à liberalidade do particular, que não pode se desfazer de seus bens caso isso ocasione danos à sua subsistência. Esses pressupostos também podem ser aplicados à capacidade de alguém figurar como fiador, pela natureza similar desses dois contratos¹⁰⁵. Da mesma forma que se veda a autonomia do pretense doador universal, limita-se a atuação do particular que, ao assumir um compromisso contratual, põe em risco seu patrimônio, podendo levá-lo a uma situação de extrema fragilização.

Embora este trabalho gire em torno da proteção do patrimônio mínimo como manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode desconsiderar que a liberdade contratual e a autonomia privada também são expressões dessa mesma dignidade¹⁰⁶. Contudo, reconhece-se que o ordenamento jurídico impõe limites significativos à autonomia, especialmente, quando se trata da renúncia de direitos fundamentais. No caso da doação universal, impede-se, em um primeiro momento, a livre disposição dos bens, para, no fundo, impedir à renúncia da subsistência e da sua dignidade. Como destacam Farias e Rosenvald, trata-se da preservação do mínimo existencial, que não pode ser violado pelo Estado, por terceiros, ou pelo próprio titular¹⁰⁷. Ou, como defende Ingo W. Sarlet:

não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Conforme RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, p. 418 e 980, tanto o contrato de doação quanto o de fiança são espécies de contratos gratuitos.

¹⁰⁶ Sob outro ângulo, AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Fiador e o Direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**, p. 35-37, também relativiza a autonomia do fiador quando da celebração do contrato. Segundo explica, a fiança costuma ser realizada sob a forma de contrato de adesão, cujos termos ou cláusulas não foram negociados pelo fiador, restando a ele apenas aderir ou não ao pacto. Como, via de regra, a fiança é estabelecida entre parentes ou amigos, a ótica negocial é mitigada, permitindo, inclusive, que algumas condições desvantajosas passem despercebidas, como, por exemplo, a renúncia ao benefício de ordem ou a noção precisa de que seu imóvel pode ser levado à penhora.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 808.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**, p. 80-81.

Essa limitação à capacidade de ser fiador é justificada, portanto, pela natureza própria dos direitos fundamentais atinentes ao fiador. Isso porque, nas duas últimas hipóteses do tópico 3.2.1, o direito de propriedade apresenta-se estreitamente vinculado ao direito à moradia. Considerando as circunstâncias concretas do fato, pode ser que, dificilmente, o direito à moradia possa ser realizado por meio de outros instrumentos, revelando, portanto, a intimidade entre esses dois direitos¹⁰⁹. Assim, renunciar à propriedade, implicaria, no mesmo passo, renunciar ao próprio direito à moradia. Hipótese totalmente vedada, pois a moradia, como visto, carrega tanto o *status* de direito fundamental, quanto de direito de personalidade, sendo ambos, irrenunciáveis¹¹⁰.

Para além dessas considerações, o próprio ordenamento positivo traz um quadro autorizador da tese aqui exposta. O Código Civil, no artigo 825, permite à pessoa credora recusar fiador que não possua bens suficientes para cumprir a obrigação. No 826, possibilita-se a substituição do fiador caso ele se torne insolvente ou incapaz. Também a Lei do Inquilinato, a mesma lei responsável pela inserção do analisado inciso VII, traz algumas hipóteses de substituição do fiador. No artigo 40, ela autoriza que se indique um novo quando sobrevier a falência ou a insolvência do anterior (inciso II) ou, ainda, no caso de desaparecimento dos bens móveis (inciso VI). O Código de Processo Civil, por sua vez, no inciso I do artigo 750, dispõe que o devedor será considerado insolvente quando não possuir bens livres e desembaraçados para oferecer à penhora¹¹¹.

Ora, se a insolvência é causa apta a ensejar a substituição do fiador, por igual razão deverá impedir que determinadas pessoas figurem como fiadoras em momento anterior, quando da própria formação do contrato.

¹⁰⁹ Reforça-se, a todo instante, a necessidade da análise do caso concreto, com seus diversos elementos, como a região geográfica do pretense fiador, a sua condição financeira etc. Por exemplo: considerando que se está em Brasília, cidade conhecida pelos elevados preços dos aluguéis. Não se pode enquadrar uma empresa doméstica, detentora de um único imóvel, da mesma forma que um servidor, também detentor de um só imóvel. Comparando as duas situações, percebe-se que o servidor público, em tese, detém outros elementos integrantes de seu patrimônio, como a remuneração e o próprio *status* de servidor público, possuidor da prerrogativa da estabilidade. Esses mesmos elementos não podem ser extraídos da configuração de uma empregada doméstica.

¹¹⁰ Aqui, não se desconsidera que, diante de terminadas situações, admite-se a renúncia de certos direitos de personalidade – ou a renúncia de seu exercício –, como manifestação da liberdade de autodeterminação. Contudo, na mesma linha defendida por SARMENTO, Daniel. **Direito Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006, p. 174-182, faz-se uma diferença entre situações subjetivas existenciais e patrimoniais. Nestas, a interferência do Estado mostra-se de maior relevância e intensidade do que naquelas, sobretudo diante das renúncias que possam submeter as pessoas a estados de extrema fragilidade e que, por conseguinte, possam violar um mínimo necessário de dignidade. Naquelas (as situações existenciais), admite-se uma autonomia maior, mais livre de interferências estatais, pelo que relacionadas à capacidade do indivíduo de se autogovernar, de fazer escolhas para si e de viver de acordo com elas.

¹¹¹ Artigo 750, inciso I: “Presume-se a insolvência quando: I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora”.

A limitação referida no tópico anterior exige um maior cuidado na hora da avaliação patrimonial da pessoa oferecida para ser fiadora. Impõe-se ao credor uma observação mais atenta das características pessoais do pretendido fiador para evitar, justamente, eventuais exceções suscitadas quando da execução da dívida. Não se trata de defender, simplesmente, a impenhorabilidade do bem de família do fiador, mas, antes, da impenhorabilidade do bem de família de quem sequer poderia figurar como tal.

Pela teoria do patrimônio mínimo, aquelas pessoas que detêm apenas o seu imóvel residencial como patrimônio ou que possuem outros bens, mas insuficientes para sua subsistência, não podem, livre e gratuitamente, dispor do que possuem. Veda-se a elas, nesta ordem de ideias, atuarem como fiadoras, pelo que seu bem imóvel está indisponível e impossibilitado de ir à penhora. É o que se extrai da lição de Carlos Roberto Gonçalves, ao dizer que, “quanto aos requisitos subjetivos, a capacidade para ser fiador é a genérica: podem ser fiadoras todas as pessoas que tenham a livre disposição de seus bens”¹¹².

Na hipótese de o contrato ter sido celebrado nessas circunstâncias, considera-se que houve erro substancial, uma vez que atinente à qualidade essencial da pessoa a que se refere a declaração. Conforme ensina Francisco Amaral, esse tipo de erro assume especial importância nos atos em título gratuito e naqueles fundados na confiança, sendo anulável, caso incida sobre normas dispositivas, ou nulo, caso recaia sobre normas cogentes. Como a regra da impenhorabilidade do bem de família legal decorre de norma de ordem pública e não pode ser afastada diante da falta de patrimônio excedente, o contrato firmado é nulo de pleno direito¹¹³.

3.3.2. Da diminuição patrimonial superveniente

Quando se fala da diminuição do patrimônio do devedor, em momento posterior ao da celebração do contrato, automaticamente parece vir à mente a situação caracterizada como fraude aos credores, marcada, principalmente, pela má-fé do devedor em frustrar a demanda do credor. É preciso sinalizar que essa situação não será abordada neste trabalho, principalmente, por deter regramentos próprios, dispensando a necessidade de aproximações.

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, p. 562.

¹¹³ É o que defende também Fachin quando fala da nulidade da doação universal. Não se cuida de alegação de vício de vontade, mas, antes, de invalidação derivada de norma cogente. Por essa razão, não haveria como salvar o contrato sob a óptica da boa-fé objetiva ou da teoria da confiança. Mesmo que assim se pudesse, cuida-se de fiador, cuja insolvência deveria ser aferida pelo credor no momento da sua aceitação, ainda mais em se tratando de fiança sob o formato de contrato de adesão.

Cuida-se, aqui, de reduções patrimoniais destituídas de má-fé e decorrentes dos revezes da vida, que, impossíveis de serem antecipados pela imaginação do legislador ou das próprias partes do contrato, podem impedir a contínua asseguuração do contrato locatício¹¹⁴. Para essas situações, o ordenamento disponibiliza as figuras da substituição e da exoneração da fiança.

Como dito no tópico anterior, se, depois da celebração do contrato, o fiador tornar-se insolvente ou incapaz, o Código Civil possibilita ao credor exigir a sua substituição (artigo 826). Idêntica previsão contida na Lei do Inquilinato, que também permite a substituição quando da insolvência (artigo 40, inciso II). A exoneração da fiança, por sua vez, ocorre por provocação do próprio fiador (artigo 835 do Código Civil).

Percebe-se, portanto, que o Código Civil traz o dever de diligência tanto do credor quanto do fiador. Quando se permite a substituição do fiador, o Código confere ao “credor” a prerrogativa de exigir um novo fiador. Da mesma forma, ele permite que o fiador se apresente e exonere-se do contrato.

Esse cuidado rotineiro se faz imprescindível para, futuramente, evitar que, na execução, a impenhorabilidade seja suscitada e o credor tenha impossibilitada a satisfação de seu crédito. Até porque, como visto, o patrimônio responsável pelo asseguaramento do mínimo existencial do seu titular é indisponível e está, portanto, livre dos interesses creditícios. Assim, a redução patrimonial do fiador, pode levá-lo, inclusive, a um estado de insolvência, acarretando sua impossibilidade de honrar o contrato.

Reforça-se, sempre, que esses elementos precisam ser averiguados no caso concreto, para dimensionar, precisamente, o confronto dos valores envolvidos. É preciso verificar se houve imperícia do fiador; se, entre a ocorrência do fato ensejador de sua insolvência e a execução, houve tempo para sua exoneração; se esse fato poderia ter sido previsto ou não; se o credor faltou com o seu dever de diligência e se poderia instituir formas de conferência rotineira da situação patrimonial do fiador – sobretudo em razão da fiança não gravar nenhum bem como garantia real. São todas situações impossíveis de serem mensuradas antecipadamente e que exigem uma leitura atenta da situação concreta. Conforme se depreende da lição de Ingo W. Sarlet:

De outra parte, resulta evidente que a invocação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial como fundamento para impedir a penhora

¹¹⁴ Embora se tenha afirmado que tais situações, em tese, não podem ser antecipadas ou esgotadas, podemos citar algumas. A redução patrimonial pode decorrer: dos gastos com tratamentos de saúde ou com medicamentos de alto custo; da execução de outras dívidas; de investimentos não bem sucedidos; ou, até mesmo, da má administração dos bens (situação diferente da prodigalidade).

do imóvel residencial deve ser aferida cuidadosamente à luz das circunstâncias do caso concreto, evitando-se uma utilização meramente retórica do argumento da dignidade e afastando-se a sua banalização, inclusive para que se evite uma equiparação entre a tutela da propriedade na sua dimensão eminentemente patrimonial e na sua dimensão existencial¹¹⁵.

Essa análise é importante também para determinadas situações-limites, em que, por exemplo, não se está apenas a cuidar do direito à moradia e ao patrimônio mínimo do fiador, mas, também, desses direitos pertencentes à própria órbita do credor. Embora se reconheça a dificuldade de tratar dessa questão de forma abstrata, não se pode desconsiderar a situação daquele que precisa da renda do aluguel justamente para manter a sua subsistência e a da sua família. Nessa hipótese, não se cuida apenas do embate entre o direito de crédito (unicamente enquanto valor patrimonial) e o direito à moradia do fiador, mas, antes, do embate entre a subsistência do credor e a do fiador.

3.3.3. Das formas alternativas de caução

O contrato de fiança, embora constitua a forma mais difundida de asseguramento da locação residencial, apresenta-se apenas como uma das espécies do gênero caução. De acordo com o artigo 37 da Lei do Inquilinato, são quatro as modalidades de garantia locatícia.

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.

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Consoante defende Elaine Maria. B. Aina, o predomínio da fiança e a ocorrência de todos os desdobramentos levantados neste trabalho só persistem diante da inviabilidade das outras formas de caução¹¹⁶. Com a difusão das outras modalidades no sentido de torná-las possíveis, livrar-se-ia tanto o credor de eventual frustração, quanto se diminuiria o estresse do locatário na busca desesperada de um fiador, quando, por exemplo, da falta de amigos e de

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**, p. 82.

¹¹⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Fiador e o Direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**, p. 125.

parentes na cidade. Tornar essas alternativas mais populares e acessíveis poderia constituir uma forma de se evitar os desdobramentos anteriormente listados. Não se trata, destaque-se, de diminuir a fiança ou de relegá-la ao desuso, mas, antes, de tornar as demais garantias igualmente viáveis.

Uma das modalidades de garantia de que dispõe o locador é o oferecimento de um valor adiantado das parcelas como caução. Contudo, a impopularidade dessa alternativa resulta do fato de que o mercado de locação é procurado, principalmente, por pessoas sem lastro financeiro suficiente para disporem de um determinado valor como garantia real. Exigir tal medida poderia tornar o acesso à locação bem mais dificultoso, caminhando, praticamente, no sentido oposto ao do objetivo pretendido pela possibilidade de se penhorar o bem de família do fiador.

Outra forma seria o seguro-fiança. Como pontua Nadir Silveira Dias, para difundir essa modalidade de garantia, seria necessário realizar ajustes para torná-la acessível e não tão onerosa. Geralmente, o prêmio exigido é quase do valor do aluguel. De todo modo, seria uma alternativa potencialmente viável,

eis que é a modalidade mais democrática de garantia, pois depende tão-somente da capacidade do pretendente a locatário pagar um certo valor locativo, através do qual é dimensionado o prêmio a ser pago á seguradora¹¹⁷.

São essas algumas soluções que, pinceladas brevemente, parecem indicar um modo de se aliviarem as tensões e os embates em torno do contrato de fiança. Caminhar nesse sentido, também poderia constituir um medida prestacional do Estado em prol de tentar maximizar o acesso à moradia.

É preciso salientar, contudo, que essas considerações vão além de se apenas identificar a existência de outras formas de garantia. Todas essas questões envolvem outras igualmente ou mais sensíveis e dizem respeito, por exemplo, ao alto déficit habitacional brasileiro e à falta de condições financeiras razoáveis da população¹¹⁸. É diante desse quadro que surgem todas as demais questões, desde a regra impenhorabilidade do bem de família, até a necessidade da preservação de um patrimônio mínimo, essencial para a realização da dignidade da pessoa humana. Até porque, como dito, esse mínimo não se relaciona unicamente à menor porção, ao menor valor, mais a condições voltadas à máxima efetivação

¹¹⁷ DIAS, Nadir Silveira *apud* Idem, *ibidem*, p. 126.

¹¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 127.

do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto requisito da dignidade e da própria vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, conforme teve seu objeto especificado no capítulo introdutório, buscou tratar da possibilidade de se levar à penhora o bem de família do fiador, sem, com isso, violar o objetivo nuclear da regra geral da impenhorabilidade do bem de família. Nessa linha, buscou-se demonstrar que a referida regra cumpre elevado papel de resguardar a família – enquanto instituição especialmente protegida pela Constituição –, garantindo a ela o mínimo material necessário à preservar sua dignidade e permitindo a concreção do direito à moradia, necessário à realização de outros direitos igualmente fundamentais.

A despeito disso, compartilhou-se do posicionamento do STF de que permitir a penhora do bem de família do fiador contribui para que o direito à moradia possa ser alcançado por um sem número de brasileiros, em quantidade superior àqueles detentores de imóvel próprio. Contudo, essa ação só se torna constitucionalmente justificável se não pôr ao desabrigo o fiador, de modo a fragilizá-lo e a levá-lo a situações próximas à miséria.

Assim, entende-se que o STF buscou proteger o direito à moradia em uma dimensão macro, sem se preocupar com as implicações dessa decisão nas esferas menores, individuais. Nesse passo, a decisão tomada no RE 407.688 simplificou a questão, desconsiderando a própria natureza dos direitos fundamentais que, muitas vezes, só adquirem vulto quando em contraste com outros direitos de mesma natureza – sejam eles individuais ou sociais.

Nessa análise, não se perdeu de vista que o direito ao crédito, na medida em que é uma extensão do direito à propriedade, também representa direito humano fundamental e é constitucionalmente protegido. Contudo, diante da perspectiva da constitucionalização do Direito Civil, os direitos fundamentais de cunho existencial, ponderados ao caso concreto, tendem a ter preferência em relação aos de natureza patrimonial.

No entanto, é preciso considerar que pode ser que o direito ao crédito também esteja revestido do caráter existencial, pelo que destinado à subsistência do credor. Nesse caso, a ponderação de interesses seria vislumbrada ente dois direitos de mesma hierarquia: a dignidade do locador *vs.* a dignidade do fiador. Reputou-se arriscado destrinchar essa questão em tese e por antecipação, já que envolve diversos fatores singulares, como, por exemplo: o que acontecerá se o locador não puder ver seu crédito satisfeito; que tipo de entidade familiar ficará ao desabrigo, quer na falta do crédito, quer na penhora do imóvel do fiador. Tudo isso deve ser considerado, também, diante da possibilidade de o credor locar seu bem a outra

pessoa e ter restabelecido sua fonte de renda. Situação não tão simplesmente resolvida na hipótese do fiador, na qual devem ser consideradas as reais possibilidades de ele ter seu direito à moradia realizado.

Por fim, ainda foi feito um percurso sobre a capacidade de ser fiador. Como se considerou que, em certas ocasiões, a penhora do bem de família do fiador seria inconstitucional, faz-se importante uma análise atenta da situação do fiador de modo a evitar o constrangimento da dívida, na hipótese de essa discussão ser levada ao Judiciário.

Como dito, não se pretendeu esgotar o tema que, diante da natureza dos valores envolvidos, mostra-se extenso. Quis-se, no entanto, apenas atentar para certas dimensões que, a nosso ver, estão intimamente ligadas à matéria e que passaram ao largo da decisão do STF, para, ao final, alinhar este trabalho ao entendimento de que é possível a penhora do bem de família, desde que em harmonia com os valores constitucionalmente tutelados da moradia, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, da própria vida.

REFERÊNCIAS

- AINA, Eliane Maria Barreiros. **O Fiador e o Direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6 ed. rev., atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental a moradia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- _____. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- _____. **Direito das famílias**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **Penhora sobre bem do fiador de locação**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.) *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.
- FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. In: *Revista de Direito Civil*. São Paulo, v. 65, jul./set. 1993. p. 21-32.

_____. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovas, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume 5: direito da família.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial do direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (*coords.*). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia.** In: TUCCI, José Rogério Cruz e (*coord.*) **A penhora e o bem de família do fiador da locação.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2009.

_____. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal.** In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.* Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./dez., 2008.

_____. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia.** In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 46, abril-junho de 2003, p. 193-244.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** In: *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: publicação do centro de estudos jurídicos*, nº 42, 1990, p. 69-78.

ANEXO – Acórdão do RE 407.688