

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PROTEÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA: ATIVISMO JUDICIAL OU PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO?

THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND THE PROTECTION OF THE FAMILY ASSET: JUDICIAL ACTIVISM OR PRESERVATION OF MINIMUM HERITAGE?

Maria Fernanda César Las Casas de Oliveira

*Mestre em Direito, Universidade Metropolitana de Santos
Professora do curso de atualização em direito*

fernandalascasas@yahoo.com.br

Renata Maria Silveira Toledo

*Doutoranda em Função Social do Direito, Universidade Metodista de São Paulo
Professora*

renata@toledoelopes.com.br

João Paulo Marques dos Santos

*Doutorando em Função Social do Direito
Secretário Executivo da Secretaria de Estado da Saúde do Amazonas*

Joaopaulo.advam@gmail.com

RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir as modalidades de Bem de Família, admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, sejam pela via legal ou jurisprudencial. A investigação é iniciada a partir de um viés histórico, partindo das premissas de que é reconhecido no próprio ordenamento os princípios da dignidade da pessoa humana e do patrimônio mínimo, preconizado, sobretudo por Luiz Edson Fachin. O artigo apresenta breve análise sobre o posicionamento de julgados do STJ, a fim de conhecer se, nos casos de decisões relacionadas ao Bem de Família, esse tribunal teve postura ativista ou de preservação do patrimônio mínimo. A pesquisa adotou a metodologia da revisão bibliográfica para levantar o estado da arte, bem como a revisão jurisprudencial para avaliar como decidem os Tribunais, concluindo acerca da existência ou não o ativismo judicial.

Palavras-chaves: Bem de família. Ativismo judicial. Patrimônio mínimo.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the modalities of Family Good, admitted in the Brazilian legal system, either through the legal or jurisprudential way. The investigation starts from a historical bias, starting from the premises that the principles of the dignity of the human person and the minimum patrimony, recognized, above all by Luiz Edson Fachin, are recognized in the organization itself. The article presents a brief analysis of the position of the STJ Judges, in order to know if, in cases of decisions related to the Family Welfare, this court had an activist stance or preservation of the minimum patrimony. The research adopted the methodology of bibliographic review to raise the state of the art, as well as the jurisprudential review to evaluate how the courts decide, concluding about the existence or not of judicial activism.

Keywords: Homestead, Judicial Activism. Minimum Assets.

Data de submissão: 19/04/2019

Data de aceitação: 30/07/2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. INSTITUTO HOMESTEAD 2. BEM DE FAMÍLIA 2.1 Conceito, finalidade e natureza jurídica 2.2. A função social do bem de família 3. BEM DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 3.1 Código Civil de 1916 3.2 Decreto Lei nº3.200/1941 3.3 Código de Processo Civil de 1973 3.4 Constituição Federal de 1988 3.5 Lei nº 8009 de 1990 3.6 Código Civil de 2002 4. O BEM DE FAMÍLIA À LUZ DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO STJ 4.1 Bem de família de alto valor 4.2. Bem de família indireto 4.3 Bem de família em terreno desocupado 4.4 Bem de família ofertado como garantia da execução 4.5 Bem de família de propriedade do fiador de locação 5. PATRIMÔNIO MÍNIMO 6. ATIVISMO JUDICIAL OU PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Em países como o Brasil, no qual é frequente a crise econômica, o empobrecimento da população, infelizmente, é algo esperado. Nesta condição, a proteção do bem de família torna-se algo indispensável.

Essa proteção, porém, já era prevista na antiguidade. No direito romano, já havia a proteção ao bem de família¹, não da forma técnica como é entendida na atualidade, pois o bem familiar era protegido de alienação. Em razão dos rígidos princípios da perpetuação dos bens dos antepassados, tornando esse bem algo sagrado, o devedor respondia a suas dívidas de modo pessoal, inclusive com o próprio corpo, tornando-se escravo ou mesmo pagando a dívida com a própria vida.

Essa postura jurídica derivava do fato de que os bens, notadamente as terras, não eram considerados patrimônio pessoal, mas sim, familiar. Para essa sociedade, os bens da *gens* (família romana) eram destinados ao culto dos deuses². A percepção de propriedade privada estava contida na própria religião. Acreditava-se que os deuses desejassem uma moradia única e a proteção do bem de família visava a proteção dessa moradia, sendo uma garantia de proteção à própria religião.

Mais tarde, a sociedade romana, como forma de proteção do patrimônio familiar, passou a incluir em seus testamentos, cláusulas de inalienabilidade da casa ou de fideicomisso³.

¹ Lei das XII Tábuas: a terceira Tábua dispunha sobre os direitos de crédito e a formas de pagamento da dívida.

² FREDIANE, Y. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, 2011, p. 675.

³ Uma espécie de disposição testamentária em que o testador estipula ao herdeiro a obrigação de transmitir a outro, sob condições, a herança ou legado. Caso o herdeiro não cumprisse suas obrigações e condições, os membros da família pediriam um fideicomisso, tendo um fideicomissário no lugar daquele, como substituto.

Assim, ao passar o patrimônio ao herdeiro escolhido, garantia permanência do bem dos antepassados na família e ao culto de seus deuses.

Nos últimos períodos da civilização romana, a pessoa foi lentamente substituída pelo patrimônio e este passou a suportar a garantia das obrigações. Apesar de guardar importantes diferenças, na proteção do bem de família, utilizada na atualidade, percebemos nesta salvaguarda a semente da preservação de um bem destinado ao domicílio da família. Mesmo que a princípio não fosse este o objetivo principal no Direito Romano, ambos os Institutos tratam em sua forma particular de garantir o direito fundamental de moradia.

1. INSTITUTO DO *HOMESTEAD*

O bem de família do direito brasileiro se baseia no instituto do *Homestead*⁴. Em sua origem, o *Homestead* era utilizado no Estado do Texas (EUA), quando ainda era território mexicano. Sua definição encontra-se na Constituição Texana (1845)⁵, como uma porção de terra pertencente aos chefes de família, e por esta razão era protegida contra à alienação judicial forçada, não importando a origem do débito, desde que tenha sido contraído, posteriormente, à aquisição da propriedade⁶.

Este instituto já era muito utilizado na Europa⁷ e remonta o sentimento herdado da nação inglesa, que considerava a casa como “um castelo sagrado”. No Novo Mundo, tinha a finalidade de conferir proteção ao colono, ou imigrante, que optou em fixar moradia na República do Texas. Se a casa era um castelo protegido e sagrado em menor proporção, era o colono, ou imigrante, que mantinha tais castelos, que deviam ser protegidos para sua própria perpetuação familiar⁸.

A Constituição Texana de 1836, antes da lei do *homestead*, tratava das linhas gerais do instituto, possibilitando a todo cidadão do Texas, com exceção dos negros africanos e de seus descendentes, de obterem, junto ao Governo, uma pequena porção de terras do Estado,

⁴ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**, 2011, p. 599.

⁵ CF-Texas/1845 - Artículo Sétimo, Sec. 22, in verbis: SEC. 22. La Legislatura tendrá facultad de proteger por ley, una parte de los bienes de las cabezas de familias, contra las Ventas forzosas. El hogar de la familia no pasando de doscientos acres de tierra (no siendo dentro de una ciudad ó villa) ó un solar ó solares en una ciudad ó villa, no pasando en valor de dos mil pesos no será sujeto á venta alguna forzosa, por ninguna deuda contratada de aquí en adelante; tampoco será su dueño, siendo hombre casado, permitido á ajenarlo sin el consentimiento de su esposa, en la manera según la Legislatura, de aquí en adelante lo disponga.

⁶ Exceto impostos relativos ao próprio imóvel.

⁷ Difundido por grande parte do mundo civilizado, durante o início do século XX, na França, o instituto do *homestead* acabou por ser adotado, em 1909, com o nome de *Bien de Famille* – informação obtida no artigo localizado no site da biblioteca Dr. Gilberto Valente da Silva. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/obras/inovacoes-do-bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: jun. 2017.

⁸ LIMA, S. N. **Do bem de família**, 2001, p. 429-635.

desde que fosse chefe de família⁹. Mesmo após a independência do Texas (em 1836), o *homestead* prosseguiu e, posteriormente, incorporou-se à legislação americana.

Foram estipuladas algumas regras para prevalecer a proteção do *homestead*, tais como: a) o valor relativo a esta porção de terra não poderia exceder a 2 mil dólares; b) o tamanho de 200 (duzentos) acres de terra em área rural (não havia previsão de *homestead* urbano); c) a propriedade seria de destinação de residência do devedor; d) o proprietário não podia vender o *homestead* sem o consentimento da esposa¹⁰. Em decorrência da grave crise econômica do séc. XIX, o Estado do Texas, na expectativa de proteger a perda de inúmeras propriedades, devido à execução por dívidas, promulgou a primeira lei relativa de *homestead* em 1839, Lei n.º 26.

Em 1862, uma lei federal também tratou do assunto, porém passou a conceder gratuidade das terras de domínio público, isentando-a de penhora e de execução por dívidas anteriores à concessão da propriedade. E todos os demais Estados da federação adotaram a norma que formalmente fora implantada no território americano e é válida até os dias de hoje, sendo sua ideia adotada inclusive no Brasil, adaptando-se à legislação e à cultura brasileira, conforme será visto a seguir.

2. BEM DE FAMÍLIA

O bem de família, como se apresenta na atualidade, foi originado no *homestead* americano e aceito por vários países, entre eles o Canadá, a Austrália, a Venezuela, o Chile, a França, a Italiana e o Brasil.

Caio Maia da Silva Pereira apresenta o instituto como um “privilégio que se concede

⁹ CF -Texas/1836 – General Provisions - SEC. 10. All persons, (Africans, the descendants of Africans, and Indians excepted,) who were residing in Texas on the day of the Declaration of Independence, shall be considered citizens of the Republic, and entitled to all the privileges of such. All citizens now living in Texas, who have not received their portion of land, in like manner as colonists, shall be entitled to their land in the following proportion and manner: Every head of a family shall be entitled to one league and labor of land, and every single man of the age of seventeen and upwards, shall be entitled to the third part of one league of land. All citizens who may have, previously to the adoption of this Constitution, received their league of land as heads of families, and their quarter of a league of land as single persons, shall receive such additional quantity as will make the quantity of land received by them equal to one league and “labor” and one-third of a league, unless by bargain, sale, or exchange, they have transferred, or may henceforth transfer their right to said land, or a portion thereof, to some other citizen of the Republic; and in such case the person to whom such right shall have been transferred, shall be entitled to the same, as fully and amply as the person making the transfer might or could have been. No alien shall hold land in Texas, except by titles emanating directly from the Government of this Republic. But if any citizen of this Republic should die intestate or otherwise, his children or heirs shall inherit his estate, and aliens shall have a reasonable time to take possession of and dispose of the same, in a manner hereafter to be pointed out by law. Orphan children, whose parents were entitled to land under the colonization law of Mexico, and who now reside in the Republic, shall be entitled to all the rights of which their parents were possessed at the time of their death. The citizens of the Republic shall not be compelled to reside on the land, but shall have their lines plainly marked.

¹⁰ Verdadeira outorga uxória.

as famílias ou às pessoas em geral para continuar a viver em suas casas livre de ações de seus credores”. E completa que “a propriedade do *homestead* abrange não só a residência principal, mas também o terreno, prédios adjacentes e seus acessórios os quais sejam necessários para o uso da família”¹¹.

2.1 Conceito, finalidade e natureza jurídica

O bem de família pode ser compreendido como um instituto híbrido, pois funde a proteção da pessoa humana com os direitos patrimoniais. A tutela encontrada aqui abrange a proteção do instituto da família em si, pois visa proteger o “lar”, o domicílio do núcleo familiar.

Ele reserva especial guarida à dignidade da família, que mesmo acometida por importantes dívidas poderá, no seio do seu lar, usufruir da mínima paz necessária para sobreviver à intempérie financeira que lhe acomete.

Álvaro Villaça Azevedo conceitua bem de família como “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala o domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”¹².

De acordo com Maria Berenice Dias¹³, o alcance do conceito do bem de família abarca o direito à moradia, considerado um dos direitos da personalidade inerente à pessoa humana que, por sua vez, tem como elemento a estrutura moral da pessoa. Assim, a autora, ao lecionar sobre a proteção do bem da família, igualmente apresenta a proteção da casa como o asilo inviolável, descrito na Constituição Federal, ou seja, nos casos de violação, é capaz do aniquilamento da própria família.

No dizer de Maria Berenice Dias¹⁴, trata-se de uma qualidade que se agrega a um bem imóvel e seus móveis, na expectativa de proteger seus proprietários (devedores) e sua família que nele residem. Na visão de Rolf Madaleno¹⁵, a finalidade da lei é garantir a proteção da habitação a cada indivíduo, isentando o imóvel, destinado a servir de domicílio da família do devedor, de execução por dívidas de índole civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer natureza, além das exceções previstas em lei.

A Lei n. 8.009/1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família, em seu artigo 1º, apresenta a conceituação de bem de família como sendo aquele imóvel destinado à residência do próprio casal ou de entidade familiar. Porém, em 2008, o Supremo Tribunal de Justiça estendeu essa proteção de bem de família às pessoas solteiras, separadas e viúvas,

¹¹ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**, 2011, p. 599.

¹² AZEVEDO, A. V. Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90. **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 87.

¹³ DIAS, M. B. Manual de Direito das Famílias. **Revista dos Tribunais**, 2013, p. 627.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ MADALENO, R. Curso de Direito de Família. Forense, 2013.

ao editar o enunciado sumular n° 364¹⁶.

Em sua doutrina, Flávio Tartuce¹⁷ explica que o entendimento adotado pelo STJ, na impenhorabilidade do bem de família para a pessoa só, tem a finalidade de proteger a pessoa humana que necessita de moradia (art. 6.º, *caput*, CF/88) e não a família como originalmente estabelecia a lei. O autor cita o artigo 226, da Constituição Federal/88¹⁸, o qual estabelece o que se entende por família, ficando evidente que a pessoa solteira, para a Constituição Federal, não constitui família.

Quanto à natureza jurídica, Álvaro Villaça Azevedo¹⁹ afirma que no direito brasileiro, o bem de família “é um patrimônio especial, que se institui por ato jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social”.

Conclui-se, portanto, que o bem de família é uma forma de afetação de bens, com objetivo de assegurar a dignidade humana e o direito à moradia de qualquer pessoa, configurando uma seguridade ao patrimônio mínimo essencial do indivíduo.

2.2. A função social do Bem de Família

A funcionalização do direito tem sido objeto de investigações doutrinárias, principalmente após o “declínio do positivismo jurídico” e a reaproximação com o jusnaturalismo²⁰. Este movimento tem sua intensificação após as barbáries verificadas na 2ª Guerra Mundial, levando o ordenamento jurídico adotar um novo paradigma filosófico e ético, ensejando na famosa “virada Kantiana”²¹ e a adoção pelas Constituições a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ STJ – Súmula n. 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

¹⁷ TARTUCE, F. Direito Civil. Forense, 2016, p. 315.

¹⁸ CF/88 – Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁹ AZEVEDO, A. V. Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90. **Revista dos Tribunais**, 2002, p. 107.

²⁰ LOSANO, M. G. **Prefácio à edição brasileira**, 2007, p. XXXV.

²¹ “Immanuel Kant (1724-1804), um dos filósofos mais influentes do Iluminismo, é uma referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental. Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, conseqüentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria. Apesar de questionamentos ocasionais ao seu sistema de moralidade, a ética kantiana se tornou parte crucial da gramática e da semântica dos estudos sobre a dignidade humana. Por essa razão, correndo o risco da simplificação excessiva, apresenta-se a seguir uma síntese de três dos conceitos centrais do seu pensamento: o imperativo categórico, a autonomia e a dignidade” (BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 919, p. 127-195, mai., 2012.).

Mario G. Losano ao prefaciar a versão brasileira de Norberto Bobbio - Da Estrutura à função -, traz a seguinte reflexão “(...) O positivismo jurídico nos seduz como cientistas neutrais; ao invés, o jusnaturalismo nos permite afirmar nossos valores morais. (...)”.²²

Interessante essa indagação, pois Norberto Bobbio²³, ao expor a temática da funcionalização, alude que a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, foi muito bem construída, em especial do ponto de vista estrutural do direito. Todavia, negligencia quanto à investigação da razão teleológica, sendo necessária sua complementação, a partir de normas promocionais com o fim de incentivar condutas, por meio de benefícios ou privilégios.

Como dito acima, a “Virada Kantiana” foi um grande marco no ordenamento jurídico, onde passou-se a exigir do Estado uma análise do ser humano como destinatário e fundamento do direito, ou seja, o ser humano passa a ser o meio e o fim do próprio ordenamento jurídico, rejeitando todo e qualquer tratamento que coisifique o ser humano.

Esse movimento, foi intensificado, com a promulgação da Constituição em 1988, onde o direito privado passou a ser objeto de diversas incursões doutrinárias, exigindo de todos uma análise que privilegiasse os valores sociológicos, éticos e morais, além, de compatibilizá-lo com o princípio da dignidade da pessoa humana e, até mesmo, com o estatuto do patrimônio mínimo²⁴, estes, necessários para compreensão do sistema a partir da realidade social, desprendido daquele conceito elaborado pelas doutrinas individualista e voluntarista, que serviram de base o Código Civil de 1916²⁵, um movimento, alcunhado, de teoria da constitucionalização do direito privado.

Apesar da importância dessa temática, deixa de aprofundá-la em razão dos objetivos que se busca o presente trabalho. Apesar disso, é inconteste que direitos de cunho eminentemente patrimonial, foram mitigados, a fim de viabilizar uma investida mais humana, como exemplo, verifica a necessidade de garantir o direito ao devido processo legal e seus

²² *Ibidem*, p. XXX.

²³ BOBBIO, N. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**, 2007, p. 56.

²⁴ FACHIN, L. E. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**, 2006, p. 1.

²⁵ TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**, 2001, p. 2-3.

consectários, por ocasião da exclusão de associado de determinada associação²⁶. Assim, sendo necessária a observância dos institutos privados à luz da Constituição, é inevitável a abordagem do bem de família com base nesse prisma, chegando à sua função social.

O bem de família encontra respaldo no art. 5º, XXVI, da CF²⁷, onde considera como impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, isto é, é impenhorável a pequena propriedade que atende à sua função social, todavia, a interpretação não está adstrita apenas ao imóvel rural, mas também ao imóvel urbano, entretanto, com relação a este, a sua impenhorabilidade decorre do atendimento ao plano diretor, conforme determina o art. 182, § 2º, da CF²⁸.

Portanto, a impenhorabilidade dos bens imóveis, rural e urbano, decorre do atendimento da sua função social, em sede da Constituição. Função social, por sua vez, está ligada à conduta proativa do proprietário ou do possuidor no exercício do direito de propriedade ou de posse, pois se assim não o fizer, a própria Constituição já trouxe as penalidades capazes de estimular o atendimento da função social, isto é, a penhorabilidade, o aumento progressivo de impostos, da desapropriação, do parcelamento²⁹ etc.

²⁶ Este tema já foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, onde deu provimento ao Recurso Extraordinário n.º 158.215, determinando a manutenção da relação jurídica entre os litigantes, ante à ausência da observância dos valores constitucionais naquela relação privada, *in verbis*: DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos prolatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/04/1996, DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757)

²⁷ CF/88 - Art. 5º (...) XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

²⁸ CF/88 - Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

²⁹ CF/88 - Art. 182. (...) § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Desta análise é possível, portanto, afirmar que a função social do bem de família decorre do exercício do direito fundamental à moradia, tanto pela pessoa solteira³⁰, quanto pela família, cujo fundamento é encontrado no art. 6º, da CF, que lhe fora acrescido pela Emenda Constitucional n.º 26/2000.

Esse direito fundamental é de observância obrigatória, ainda que seja considerado pela doutrina e jurisprudência como de eficácia limitada, necessitando, desta feita, de regulação infraconstitucional para fazer jus à eficácia plena. Sem embargos, é fato que ele goza de duas eficácias, uma negativa e outra positiva. José Afonso da Silva³¹, ao tratar da temática, define ambas da seguinte forma:

Esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. E ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família – e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente.

A eficácia negativa do direito à moradia legitima a impenhorabilidade do bem de família, por outro lado, a eficácia positiva, garante ao proprietário e ao possuidor do bem de família o mínimo existencial efetivando, desta feita, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entender de forma diferente, isto é, pela possibilidade da penhorabilidade do bem de família, é marcar de morte as eficácias do direito à moradia, além de colocar o Brasil em situação de descrédito perante os Estados Estrangeiros, dado o descumprimento dos compromissos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948³² e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais - Pidesc, adotado pela ONU em 1966³³, os quais, o Brasil é signatário.

³⁰ STJ – Súmula 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

³¹ SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**, 2005, p. 315.

³² Signatário desde a sua consecução, tendo ratificado no mesmo dia de sua elaboração.

³³ Ratificado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

Estes compromissos, de natureza social, tratam de diversos direitos humanos, dentre eles o de moradia, conforme se verifica, respectivamente, do art. 25, §1º, e art. 11, §1º, *in verbis*:

Art. 25. 1. Todo ser humano 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.

Art. 11. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um 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. (grifo nosso)

Não obstante à sua natureza de direito humano, é fato que não possuem hierarquia de norma constitucional, pois não observaram o regime estatuído pelo art. 5º, §3º, da CF³⁴, aliás, nem poderia, já que as ratificações ocorreram em momento anterior à Emenda Constitucional nº 45/04, logo, segundo a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fixada por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.333–SP, essas normas possuem caráter de supra-legalidade, ou seja, na pirâmide de Kelsen, estaria abaixo da Constituição, mas superior às normas infraconstitucionais.

Sendo essa a característica dessas normas, deveria ser incontroverso que todas as previsões de penhorabilidade do bem de família seriam inconstitucionais e, até mesmo, inconventionais, dado o seu conteúdo de direito fundamental de observância obrigatória por todos na sociedade, em especial pelos três poderes.

Colocada essas premissas de forma sistematizada, conclui-se que a função social do bem de família, de fato, é a proteção do direito fundamental à moradia, consubstanciado no art. 6º, da CF, não sendo passível de revisão pelo Poder Legislativo, dada a sua característica de cláusula pétrea, além da necessidade da declaração de inconstitucionalidade ou de não recepção de normas que atentem contra a sua autoridade.

³⁴ CF/88 – Art. 5º. (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

3. BEM DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Através do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850³⁵, o qual isentava da penhora alguns bens do devedor executado, o Brasil passou a tratar da proteção do bem de família em sua legislação. Porém, a exclusão da execução do bem imóvel, que servisse de domicílio, ainda não era tratada da forma como é atualmente.

À época, por influência do Código Napoleônico e das doutrinas voluntarista e individualista, o caráter patrimonial dos bens e dos direitos ainda era muito forte³⁶, inviabilizando quaisquer propostas de criação de um regime jurídico do bem de família, dado o interesse do credor no adimplemento das obrigações ser superior àquele. Apesar da forte influência, o Código Civil de 1916 trouxe consigo algum regramento como será demonstrado.

3.1 Código Civil de 1916

A partir do projeto de Clóvis Beviláqua, de 01 de dezembro de 1912, a Comissão Especial do Senado aceitou, finalmente, a possibilidade da proteção do bem de família em detrimento aos credores e apresentou emenda, concernente ao tema, ao então presidente, Feliciano Penna.

A emenda propunha a inclusão, no Código Civil, de quatro artigos que passaram a constituir o Bem de Família. Tais disposições foram posteriormente inseridas no Código Civil Brasileiro de 1916, inicialmente, colocado em sua Parte Geral, no Livro das Pessoas e, posteriormente, transferida para o Livro dos Bens, através dos artigos 70 a 73.

O Código Civil de 1916, em seus artigos 70 a 73³⁷, não limitava o valor do bem para estabelecer a proteção. Assim, ficava a cargo dos cônjuges, elegerem livremente o imóvel (inclusive o de maior valor) para que o mesmo ficasse protegido de posteriores execução por dívidas. Com o decorrer do tempo, este instituto sofreu várias alterações.

3.2 Decreto Lei n.º 3.200/1941

Este decreto dispunha sobre a organização da família e as proteções concedidas pela legislação a essa instituição. Nesse dispositivo, o bem de família já apresenta algumas alterações. O capítulo IX passou a disciplinar o bem de família e estabeleceu parâmetros para

³⁵ Regulamento nº 737/1850: “**Art. 493. A respeito dos bens da mulher casada, e do menor, não comerciantes, guardar-se-ha o direito civil**”. Acesso em junho de 2017: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>

³⁶ TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**, 2001, p. 2-3.

³⁷ No Código de 1916, o dispositivo estava previsto em sua parte geral, completando o regime de bens, incluído no art. 70 a previsão de escolha, pelos chefes de família, de bem utilizado para domicílio estar a salvo de execuções, excetuando as relativas a impostos prediais. Os demais artigos 71 a 73 introduziram subsídios para sua validade.

sua isenção nas execuções.

No início, o documento estabeleceu que o imóvel devesse ser rural, com valor limite para a eleição do bem de 100 contos de réis, depois alterado para um milhão de cruzeiros e, posteriormente, 500 salários mínimos. Porém, a exigência de limite de valor ao bem era retirada se a família residisse no imóvel por no mínimo dois anos. O imóvel não seria partilhado, no caso da morte de um dos cônjuges, e só entraria no inventário com o falecimento de ambos.

Na hipótese da família ser proprietária de mais de um bem, o decreto concedia ao juiz a liberalidade de alterar o bem, eleito pela família, levantando assim sua impenhorabilidade, e colocando-a em outro bem.

3.3 Código de Processo Civil de 1973 e Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973

Apenas em 1973, o instituto aparece regulamentado no Código de Processo Civil³⁸. No mesmo ano, a Lei de Registros Públicos foi promulgada. Esta, por sua vez, tratou das formas de registro do bem, para sua inclusão no manto protetivo como bem de família, regulamentando a formalização do registro por escritura, a fim de dar publicidade ao ato.

No art. 260, da Lei de Registros Públicos³⁹ estabeleceu o Bem de Família Voluntário, o qual regulamenta que, para instituição de um Bem de Família, este deve ser feito por meio de escritura pública, fato que impossibilitará futura penhora.

3.4 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, trata dos Direitos Sociais⁴⁰, incluindo o direito à moradia. Alguns doutrinadores entendem que não seria errado fazer comparar esse artigo com o *homestead* estabelecido na Constituição Texana. Esta similaridade fica mais transparente ao observarmos o inciso XXVI, do artigo 5º⁴¹: em ambos os institutos, a proteção da impenhorabilidade recai sobre o imóvel rural.

³⁸ CPC/73 - Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: (...) VI - ao bem de família (arts. 647 a 651);

³⁹ L. 6.015/73 - Art. 260. A instituição do bem de família far-se-á por escritura pública, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicílio de sua família e ficará isento de execução por dívida. (Renumerado do art. 261, pela Lei nº 6.216, de 1975)

⁴⁰ CF/88 - Art. 6º. São Direitos Sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴¹ CF/88 - Art. 5º. (...) XXVI. a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; (texto do Estatuto da Terra, Lei 4.504/64, incorporado na Carta Magna);

Porém, a diferença mais acentuada entre os dois institutos é o fato da lei do *homestead* garantir a impenhorabilidade também dos bens domésticos (móveis), que guarnecem a casa, fato este que a Constituição de 1988 não abordou.

3.5 Lei do Bem de Família nº 8.009 de 1990

Em meio a uma sociedade devastada pela inflação, em 1990, é eleito o primeiro presidente pelo voto direto, Fernando Collor de Mello, que se viu impelido a adotar medidas drásticas, a fim de reduzir a inflação e pôr fim a uma grave crise econômica que assolava, há muitos anos, o país.

Neste contexto, a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, foi promulgada a fim de proteger a residência da família. Apesar da Lei de Registros Públicos continuar vigente, o instituto do “Bem de Família voluntário” perdera sua eficácia social, pois a nova lei estendeu a todos os imóveis residenciais, da entidade familiar, a impenhorabilidade, e não apenas aos eleitos e registrados, como estava previsto anteriormente, apontando-os como bens de família. Desta forma, criou o Bem de Família legal.

Com essa Lei, o legislador foi capaz de expressar, com clareza, a preocupação da população nesse período.

3.6 Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 fez previsão expressa ao Bem de Família, regulamentando-o nos artigos 1.711 a 1.722. Observe-se que este diploma estendeu, expressamente, a proteção aos bens móveis que guarnecem a residência da família, inclusive aqueles destinados à produção de renda para o sustento da família.⁴²

É incontestável que, as razões pelas quais fundamentam o teor positivo da norma são desde a ordem moral à social, estabelecendo o mínimo para a sobrevivência digna da família, mesmo diante das dificuldades financeiras, enfrentadas de tempos em tempos. A Constituição, ao reconhecer a moradia como direito fundamental, dá guarida às decisões judiciais que protegem o respectivo bem imóvel da impenhorabilidade.

4. O BEM DE FAMÍLIA À LUZ DOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO STJ

O Superior Tribunal de Justiça, em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), tem adotado o entendimento de ampliar a proteção do bem de família, percepção fundada na garantia da moradia, ou ainda, do patrimônio mínimo

⁴² CC/02 – Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

do indivíduo, assegurados na Carta Magna como Direito Fundamental.

Ainda na vertente da ampliação da proteção, incluem-se novos modelos familiares⁴³, reconhecidos no julgamento do REsp nº 205.179/SP⁴⁴. Assim, uniões e famílias, reconhecidas e protegidas⁴⁵ pela Constituição Federal, abrangem desde famílias formadas por ambos os pais, as Binucleares⁴⁶, as Unipessoais⁴⁷ e as Socioafetivas⁴⁸.

4.1 Bem de Família de alto valor

A proteção do imóvel de alto valor sempre gerou constrangimento na sua aceitação. De fato, o legislador, prevendo má-fé do devedor, proibiu alteração de domicílio ao imóvel de maior valor, em caso de insolvência (art. 4º, Lei nº 8.009/90⁴⁹).

Todavia, o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90⁵⁰, ao se deparar com a problemática da existência de dois imóveis em nome do devedor, a resolve com a designação do bem em que ensejará a penhora, isto é, aquele de menor valor, salvo, registro para este fim em bem diverso, ainda que seja de valor superior. Apesar da solução legal, a questão não é pacífica, razão pela qual inúmeros recursos foram conhecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse proferida decisão pondo termo à querela.

Merecem destaque dois destes julgados, o REsp. nº 1.178.469/SP (julgado pela 3ª Tur-

⁴³ Na atualidade não são somente consideradas famílias as uniões compostas por pai, mãe e filho. Tratam-se de novos modelos familiares as formadas pelo vínculo afetivo.

⁴⁴ Neste julgado o STJ ao interpretar o princípio da dignidade humana optou por retirar do casamento o monopólio na criação ou legitimação da família, e passou a permitir outras formas de entidades familiares.

⁴⁵ STJ – Súmula n. 364. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

⁴⁶ Formada por famílias recompostas, pluriparentais e mosaicos, Maria Berenice Dias (em sua obra Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2013) apresenta o termo para designar aquelas entidades familiares formadas pela pluralidade das relações parentais, em especial as fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões.

⁴⁷ Também conhecida como monoparental, é entendida como família pessoas que vivem sozinhas, pessoas solteiras, separadas, viúvas ou ainda formada por apenas um dos genitores e seus descendentes.

⁴⁸ Maria Berenice Dias observa que este termo surgiu da tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo, reconhecida também como família eudemonista, “que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.” (Manual de Direito das Famílias. São Paulo: RT, 2013.)

⁴⁹ L. 8.009/90 - Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

⁵⁰ L. 8.009/90 - Art. 5º. (...) Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

ma) e o REsp. nº 1.351.571/SP (julgado pela 4ª Turma). O primeiro tratou de questão relacionada à dívida decorrente de quotas condominiais. O pedido girava em torno da possibilidade de desmembramento de parte ideal de imóvel para pagamento da dívida.

A 3ª Turma entendeu que é possível a retirada da isenção da impenhorabilidade, de parte ideal do imóvel, desde que não o descaracterize, como a garagem, por exemplo. Relativo ao imóvel em si, o entendimento unânime foi de que, diante do fato do Código Civil falar de residência, e não de valor, o imóvel, ainda que de alto valor (o luxuoso), não poderá sofrer constrição judicial em face da sua proteção.

No REsp. nº 1.351.571/SP, julgado pela 4ª Turma, em matéria semelhante, o julgamento não foi unânime. O entendimento majoritário da Turma prevaleceu no sentido de manter a proteção da impenhorabilidade. Nesse julgado, o Relator, Min. Luís Felipe Salomão, cujo voto foi vencido, argumentou que a ponderação de princípios, entre a proteção do devedor e o imóvel de valor suntuoso, ofende o princípio da razoabilidade.

O Relator ressaltou que a proteção inserida pelo legislador no CPC/73 era sobre o patrimônio mínimo e, com isso, fez profundas reflexões sobre a dignidade da pessoa humana, acrescentando nesse caso, igualmente a figura do credor como portador de dignidade. No entender do Ministro relator, a impenhorabilidade do patrimônio luxuoso excede o patrimônio da vida, em detrimento do direito do credor, ferindo, desta feita, o princípio da isonomia e chegou a propor à Turma que adotasse nova sistemática de ponderação.

Mesmo assim, seu voto foi vencido pelo entendimento dos Ministros Raul Araújo e Antônio Carlos Ferreira, os quais sustentaram que a legislação já trazia as devidas exceções e que, se optassem em seguir o Ministro Salomão, esse entendimento traria insegurança jurídica. Diante do debate, a Ministra Maria Isabel Galloti defendeu outra possibilidade. Não a análise em si da impenhorabilidade, mas sim, a análise sobre fixação do valor mínimo necessário para garantir a subsistência e votou com o relator.

O desempate se deu após vista para análise do Min. Marco Buzzi que, ao final, acompanhou os Ministros Araújo e Ferreira, os quais proferiram seu voto sustentados no princípio da especificidade “*Lex specialis derogatlegi generali*”⁵¹.

Nesse julgado, triunfou o entendimento de que a norma especial prevalece sobre a geral, motivo pelo qual, em virtude do instituto do bem de família ter sido especificamente tratado pelo referido ordenamento normativo, é imprescindível, tal como determinado no próprio diploma regedor, interpretar o trecho constante do *caput* do artigo 1º, “salvo nas hipóteses previstas nesta lei”, de forma limitada.

Por essa razão, o entendimento do STJ permanece pacificado, no sentido de que as ressal-

⁵¹ O critério cronológico, também conhecido como “*lex posterior*”, é verificado a partir da sucessão de normas, ou seja, a lei posterior prevalece sobre a anterior, naquilo em que for incompatível (revogação e ab-rogação). Designa-se a este princípio o termo em latim “*lex posterior derogatlegi priori*”, ou seja, lei posterior derroga leis anteriores. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 250.). Lumia denomina esse critério como “critério temporal” atribuindo o mesmo significado. LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 89.

vas à impenhorabilidade ao bem de família obrigatório, são sempre conferidas na interpretação literal e restritiva da lei.

4.2 Bem de família indireto

Trata da proteção do único Bem de família locado a terceiro, cuja renda obtida da locação é revertida para a manutenção da família⁵². Esta decisão foi decorrente do Ag.Rg. n.º 385.692/RS, 4ª Turma, julgado em 2012.

O STJ tem entendimento consolidado em prestigiar a manutenção da entidade familiar, protegendo o único bem da família utilizado para este fim. Desse julgado, originou-se o enunciado de súmula n.º 486⁵³, o qual passou a denominar essa modalidade como proteção de “bem de família indireto”, pois a tutela da moradia é dada de forma mediata ou reflexa⁵⁴.

Ainda, seguindo o mesmo entendimento, o REsp 950.663/SC, 4ª Turma, sob relatoria do Min. Salomão, proferiu decisão para o caso de único imóvel do devedor, o qual estava em usufruto, para destino de moradia de sua mãe, pessoa idosa. A proteção, aqui estabelecida, teve sua justificativa ampliada, pois a proteção estaria além de basear-se na moradia, julgando-se com base no sistema de tutela constante do Estatuto do Idoso⁵⁵.

4.3 Bem de Família em terreno desocupado

Para o STJ, o terreno vazio, desocupado, ou mesmo em construção, continua sendo alcançado pela proteção dada ao Bem de família, se este for o único imóvel do devedor. Esse argumento veio em consequência do REsp. n.º 825.660/SP, de relatoria do Min. João Otávio Noronha. Tratou-se de execução de dívida, decorrente de imposto predial que, a rigor, afastaria a impenhorabilidade. Contudo, a Turma optou por manter a impenhorabilidade. A Turma julgadora manteve a impenhorabilidade para garantir a finalidade atribuída à Lei e, com isso, concede maior amplitude ao conceito de Bem de família.

O caso era relativo à família que foi obrigada a mudar de seu único imóvel, deixando-o vazio, devido a uma enchente que causou sérios danos. O relator entendeu o motivo da mudança como justo, não decorrendo de mero capricho e, apesar da execução de dívida *propterrem*, o imóvel ficou protegido de sofrer qualquer tipo de constrição.

⁵² TARTUCE, F. **Bem de Família Vazio**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI238163,21048-O+bem+de+familia+vazio>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

⁵³ STJ – Súmula n. 486. 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.

⁵⁴ TARTUCE, F. **Bem de Família Vazio**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI238163,21048-O+bem+de+familia+vazio>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

⁵⁵ Deste julgado originou o Informativo n.º 543 do STJ: “constitui bem de família, insuscetível de penhora, habite”.

4.4 Bem de Família ofertado como garantia da execução

Trata-se de bem oferecido à penhora por devedor sem advogado que, após a constituição de um procurador, alega que o referido imóvel é seu domicílio e único Bem da família, portanto, impenhorável. Essa espécie de bem traz à tona inúmeras discussões acerca da boa-fé e da proibição de comportamento contraditório.

O presente artigo encontrou três correntes que aceitam o bem ofertado a penhora⁵⁶. A primeira segue o entendimento de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Com isso, surge a tese pela qual se deve dar interpretação restritiva à Lei nº 8.009/1990, sendo os Embargos liminarmente rejeitados.

A segunda corrente, adotada pelo STJ no REsp nº554.622/RS (3ª Turma), também entende que os Embargos devam ser prontamente rejeitados, baseados na vedação do comportamento contraditório “*venire contra factum proprium*” fundamentando, ainda, que deve existir boa-fé objetiva no plano da lealdade dos participantes da relação negocial⁵⁷.

A última corrente apresenta paralelo com o Aval e defende que se trata de justo e legal exercício da autonomia privada, sendo a renúncia à impenhorabilidade do bem de família algo possível. No entanto, Flávio Tartuce⁵⁸ não compactua de nenhuma das correntes citadas, que entendem possível a penhora de bem de família ofertado pelo devedor.

Para o doutrinador, a questão envolve o Direito Fundamental da moradia, que salva-guarda o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), recepcionado na Constituição. Nessa vertente, sustenta que os argumentos relativos à má-fé, diante do benefício da própria torpeza, são afastados pelo argumento da boa-fé que, por sua vez, afasta o comportamento contraditório e a ponderação entre o direito de propriedade e boa-fé objetiva. Para o autor, a renúncia acatada pelo STJ é inválida e ineficaz, pois defende ser irrenunciável essa proteção, não sendo admitido, nesse caso, o livre exercício da autonomia da vontade privada por ser questão de ordem pública. Com este raciocínio, sustenta que os embargos à execução deveriam ser acolhidos.

⁵⁶ TARTUCE, F. **A polêmica do bem de família ofertado**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/>>. Acesso em: fev 2017.

⁵⁷ Bem de Família. Indicação. Penhora. A indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei n. 8.009/1990 quanto a sua impenhorabilidade, máxime se tratar de norma cogente contidora de princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência do STJ. Assim, essa indicação não produz efeito capaz de ilidir aquele benefício. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, proveu o agravo e o recurso especial. O voto-vencido entendia que, ao revés, da indicação resulta a renúncia à benesse, visto que o direito à impenhorabilidade não seria similar à indisponibilidade. Precedentes citados: REsp.684.587-TO, DJ14/3/2005; REsp. 242.175-PR, DJ 8/5/2000, e REsp. 205.040-SP, DJ13/9/1999. Ag.Rg. no REsp.813.546-DF, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 10/4/2007.

⁵⁸ **Direito Civil. Direito de Família**. v. 5. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

4.5 Bem de Família de propriedade do fiador de locação

Dentre as exceções contidas na Lei nº 8.009/90 consta, no inciso VII, do artigo 3º, a possibilidade da penhora recair sobre bem decorrente de fiança concedida em locação, ainda que este bem seja o único bem imóvel de propriedade do fiador.

Doutrina e decisões jurisprudenciais divergem sobre a inconstitucionalidade desse inciso, sendo encontrada, em seus postulados, a tese da penhorabilidade do único bem de propriedade do fiador. Porém, a doutrina minoritária⁵⁹ entende ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia⁶⁰ e a proteção da dignidade humana⁶¹, vez que o fiador também é pessoa portadora de dignidade e merecedora de moradia. Trata-se de um contrato acessório, onde o fiador, que em regra é o devedor subsidiário, responde com todo seu patrimônio.

Por certo, a nova visão constitucional do Direito Civil trará novas luzes ao entendimento majoritário adotado pelos Tribunais e passará a tratar com verdadeira isonomia o fiador.

5. PATRIMÔNIO MÍNIMO

Com o fim da Segunda Guerra, o mundo se viu defronte as atrocidades cometidas, nesse período, contra seus semelhantes. Após descobertas a respeito dos campos de concentração, os Chefes de Estado uniram-se a fim de promover uma nova Ordem Jurídica Mundial, que promovesse a proteção integral da dignidade humana.

Nesse caminho, desenvolveram o documento internacional da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual tinha por finalidade, evitar qualquer tipo de tratamento desumano a qualquer indivíduo.⁶² A relevância do princípio da dignidade da pessoa humana⁶³ é tamanha que foi incorporado às diversas constituições europeias, dentre as quais, se destacam a Constituição Italiana (1947), a Constituição Alemã (1949) e a Constituição

⁵⁹ São declaradamente associados a ideia de inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90: Prof. Flávio Tartuce, a Des. Rosa Nery (2.º TAC/SP, Apelação com revisão 593.812-0/1) e o Min. Carlos Veloso (STF, RE. n. 352940).

⁶⁰ Artigo 5.º, *caput*, da CF/1988.

⁶¹ Artigo 1º, inciso III da CF/1988.

⁶² Alexandre de Moraes define Direitos Humanos como “um conjunto institucionalizado (positivado) de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade o respeito à sua dignidade por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e o desenvolvimento da personalidade humana.” MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

⁶³ Sobre sua origem, Min. Luis Roberto (STJ) em seu voto esclarece que provém de fonte religiosa, da bíblia, quando apresenta o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Esta concepção migrou da religião para a filosofia com o Iluminismo momento em que o homem passa a ser o centro e a passa-se a valorizar a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Só com o passar do XX que a sociedade e o Estado unem forças uniram forças e transformaram a dignidade em um objetivo político, a ser alcançado. Porém foi após a 2ª. Guerra Mundial, que a ideia de dignidade da pessoa humana migrou progressivamente para o mundo jurídico.

Portuguesa (1976).

Luís Edson Fachin⁶⁴, ao apresentar a noção de dignidade humana, explica que ela vai além da ideia de dignidade patrimonial, como aquela estabelecida com o fim de assegurar “um bem viver” a cada um. O doutrinador defende que, nessa vertente, se estabelece a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, por estar amparada na Dignidade da Pessoa Humana, a qual é fundamento do Estado Democrático de Direito – Art. 1º, CF/88. O Estado tem o dever, seja por meio da sua legislação ou de outros meios, buscar resguardar um mínimo de patrimônio, para que cada indivíduo tenha vida digna.

Essa teoria, já adotada no Brasil, aparece de inúmeras formas em nossa legislação. Na Constituição Federal, por exemplo, o inciso III, bem como o *caput* do artigo 5º, tutelam o direito à vida.

Já o art. 170⁶⁵ também da CF trata da ordem econômica e social e dispõe sobre a ordem econômica a fim de valorizar o trabalho e livre iniciativa perseguindo a garantia de todos terem uma existência digna.

Outro bom exemplo é o Código Civil, que prevê no artigo 548, a proibição de doação total do patrimônio sem a devida reserva do mínimo para assegurar a sobrevivência do doador.

No mesmo sentido, vale frisar a impenhorabilidade do único bem de família, prevista no Código de Processo Civil, artigos 824 a 826.

Nas palavras de Luís Edson Fachin⁶⁶, cabe ao Judiciário, quando provocado, intervir para manutenção da sobrevivência do devedor a fim de assegurar sua dignidade e, para isso, deverá agir por meio da interpretação da norma, voltada a sua finalidade social.

Assim, resta claro que o patrimônio mínimo amplia a percepção sobre a propriedade em si, para elevá-la a uma finalidade social, totalmente voltada a preservação da Dignidade da Pessoa Humana, devendo todos os intérpretes e operadores do direito assimilarem tal realidade como a única.

6. ATIVISMO JUDICIAL OU PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO

As duas grandes guerras mundiais deixaram, como legado, inúmeras mudanças de paradigmas para o direito moderno. A força constitucional, agora com um viés social, traz consigo a força normativa dos princípios constitucionais, os quais são considerados como

⁶⁴ Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶⁵ CF/88 - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

⁶⁶ Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

norma jurídica invocável pelas partes e seus advogados, e por certo, aplicável direta e imediatamente pelo Poder Judiciário.

Reconhece-se a Constituição como verdadeiro estandarte para convocação da atuação dos poderes públicos, a fim de atingir a busca pela plenitude do desenvolvimento social. Desponta a imprescindibilidade de nova interpretação da Constituição e de suas normas infraconstitucionais, a fim de que expressem a realização da vontade do Constituinte.

Nesse sentido, é exigido do intérprete, no desempenho de suas funções, desvelar o sentido da norma baseada nos princípios Constitucionais o que, por consequência, refletirá nos casos concretos, transformando o intérprete em co-autor legislativo, pois este, em sua atuação, revelará o real objetivo da norma, apresentando nova valoração de seu sentido, sempre buscando atingir a finalidade adequada aos valores constitucionais.

O ativismo judicial, praticado no Brasil, está associado à participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais⁶⁷. Luís Roberto Barroso⁶⁸ explica que a postura ativista pode se manifestar de três formas: a) para aplicar diretamente a Constituição, b) declarar a inconstitucionalidade de norma ou ainda, c) na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Fica claro o papel do Magistrado como intérprete da lei. Como possuidor de vontade política, sua função é restrita a aplicação da Constituição e das Leis, de forma a concretizar a vontade do povo, ora emanada através do legislador, seu verdadeiro representante. Isso

decorre da separação dos poderes. O Ministro Gilmar Mendes, em seu discurso de posse⁶⁹ na presidência do STF, esclareceu que não cabe ao Judiciário substituir o legislador.

Ocorre que, na ausência de lei ou no risco iminente de alguma norma vigente infringir algum Princípio Constitucional, caberá aos Tribunais Superiores, em suas decisões, encontrar interpretação, a partir da vontade do legislador, para aplicação do direito.

Para Hans Kelsen⁷⁰, o ativismo judicial é um problema relacionado à teoria da interpretação, na medida em que o intérprete, ao debruçar-se sobre a análise e a definição da norma ou do princípio, utilizado nos casos de ausência de norma, estará sob o manto da subjetividade.

Não é fácil, contudo, identificar quais decisões judiciais representam uma postura ativista necessária e quais usurpam competências dos demais Poderes. O presente artigo observa que as “novas” espécies de bem de família, protegidas pela impenhorabilidade, são originárias de precedentes de decisões, tomadas pela 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal

⁶⁷ BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: mar. de 2017.

⁶⁸ Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: mar. de 2017.

⁶⁹ Discurso de posse na presidência do STF do Min. Gilmar Mendes em 23/04/2008. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>>. Acesso em jun. 2017.

⁷⁰ KELSEN H. **Teoria Pura do Direito**. 1999.

de Justiça, e não oriundas da Legislação.

Ao analisarmos as decisões do Superior Tribunal de Justiça, por vezes sentimos que a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativizada conforme seu portador. Ou seja, a dignidade do devedor parece ter mais valor que a do credor.

Fica evidente que a atuação do Judiciário, ao preservar a proteção do bem de família, nos casos do indivíduo que vive só, quando o bem de família é utilizado por familiar idoso ou ainda, para locação que gerará renda, a fim de suprir a manutenção da família, são decisões elogiáveis. Porém, guardam certa dúvida as decisões que protegem o bem de família vazio, ou que impedem a penhora parcial de imóvel de elevado valor. Estas, no momento da interpretação da norma, na busca de sua finalidade, parecem exorbitar sua competência.

No caso do bem de família vazio, entendemos que este não atinge a função social da propriedade, não é moradia da família, não gera renda, tampouco revela importância na preservação do respectivo patrimônio mínimo. Não é razoável, portanto, a manutenção da propriedade do bem, em detrimento do direito do credor, ainda que este seja o Poder Público, que poderá reverter a renda deste crédito em benefício da coletividade.

Relativo ao bem de elevado valor, nos casos em que exista possibilidade de parcial penhora, sua proibição pelo STJ pareceu fundamentar-se na manutenção da segurança jurídica, com harmonização dos julgados de ambas as turmas.

A divergência entre os Ministros da 4ª Turma, no Resp. n. 1.251.571/SP, deixou nítido que houve a mitigação do princípio da razoabilidade e da isonomia das partes no processo. Em contrapartida, a consequente supervalorização da preservação do patrimônio muito superior ao mínimo, gerando um prejuízo ao credor e um elevado benefício ao devedor.

De certo, é importante que o intérprete da lei se atenha à finalidade da norma, a fim de não exorbitar em suas decisões, com o fim de preservar a “harmonia” entre elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentou o bem de família desde sua origem, normatização até as Decisões Judiciais na defesa de sua proteção. Ficou evidente que o bem de família, como forma de afetação de bens, tem o objetivo de assegurar a dignidade humana e o direito à moradia de qualquer pessoa, fato este de suma importância. Também foi demonstrado que a interpretação da norma constitucional vem acompanhada da importância de se assegurar um patrimônio mínimo essencial do indivíduo para sua sobrevivência.

A interpretação do direito, na esteira dos costumes, sofreu inúmeras alterações e ampliou a proteção do bem, reservado às entidades familiares, para um patrimônio mínimo, salvaguardado a qualquer indivíduo, na expectativa de assegurar a sua dignidade.

Com a análise dessas decisões, acreditamos que o STJ busca, com afincos, atingir a finali-

dade da norma em suas decisões, pautando-se dentro de equilíbrio entre os Poderes, sem apresentar qualquer autoritarismo do julgador.

Porém, em determinados casos, seu ativismo judicial deixou dúvidas sobre aplicação arbitrária, ou não, da lei, com sobreposição aos demais Poderes. Sob análise da ponderação de direitos fundamentais, com a finalidade da norma, determinadas decisões careceram de integral respaldo constitucional.

O ativismo judicial é decorrente do aumento das demandas, diante da ausência de norma capaz de dar pronto atendimento ao litígio. No caso do Brasil, decorre também do avanço na interpretação do Direito Constitucional. Mas, os tribunais devem decidir cautela para evitar excessos, os quais seriam enxergados realmente como sobreposição de Poderes.

O Judiciário é órgão responsável pela aplicação da Lei, seja de forma objetiva ou interpretativa, nos casos de cláusulas abertas. Dele, são esperadas decisões que materializem a finalidade da Lei. Seu objetivo último é a manutenção da paz social, amparada no princípio da dignidade da pessoa humana. E o faz, na certeza de cometer mais acertos do que erros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, J. E. de. A Penhora de bens imóveis. Alguns apontamentos sobre a atual sistemática e os projetos de Reforma do Código de Processo Civil. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**. edição 60, São Paulo, 2014.

AZEVEDO, Á. V. **Bem de Família. Comentários à Lei 8.009/90**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Bem de Família**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

BARROSO, L. R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2010/12/LRBarroso-A-dignidade-da-pessoa-humana-no-Direito-Constitucional-contemporaneo.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 919, p. 127-195, mai., 2012.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: Novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manoele, 2007.

_____. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. 3.ª ed. São Paulo: Martins

Fontes, 2010.

CAHALI, Y. S. C. e; JOSÉ, F. (orgs). **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. v. V – Direito de Família Patrimonial. Edição especial comemorativa 100 anos. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, M. H. **Direito civil Brasileiro**. v. 5. Direito de Família. 26ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, L. E. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: À luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Bem de família e o patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, p. 681-691, 2015.

FREDIANE, Y. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões -Volume V – Direito de Família Patrimonial**. Edição especial comemorativa 100 anos. São Paulo: RT, 2011.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, S. N. **Do bem de família**. In.: CAHALI, Yusaid e CAHALI, Francisco. Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões. Vol. 6: Direito de Família Patrimonial. Edição Especial 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 429-635, 2001.

LOSANO, M. G. Prefácio à edição brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versani. São Paulo: Manoele, 2007.

LUMIA, G. **Elementos de Teoria e ideologia do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Questões do Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

MORAES, A. de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R; M. Código Civil Comentado. 8ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

PAIM, G. B. **Tendências constitucionais no direito de família: bem de família e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PELUZO, C. (org). **Código Civil comentado – Doutrina e Jurisprudência**. 6ª ed. Barueri: Manoli, 2012.

PENA JR., M. C. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de Direito Civil**. v. V. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, A. J.; GOZZO, D.; LIGIERA, W. R. (orgs). **Direito e Dignidade da Família, do começo ao fim da vida**. São Paulo: Almedina, 2012.

SANTIGO, M. R. Da Instituição de Bem de Família no Caso de União Estável. edição 60. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**, 2014.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, F. **A penhora do bem de família do fiador de locação**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/artigos>> . Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **A polêmica do bem de família ofertado**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/artigos>>. Acesso em: 22 jul. 2019..

_____. **Bem de Família Vazio**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI238163,21048-O+bem+de+familia+vazio>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **Direito Civil**. v. 1. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Direito Civil. Direito de Família**. v. 5. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TASSINARI, C. **Jurisdição e Ativismo judicial** – limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.