

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**LAIZ ANDRESSA KURAHASHI**

**IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL  
SOBRE AS CONTRADIÇÕES DA LEI 8009/90 QUANTO À SUPRESSÃO DE  
PROTEÇÃO AO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO**

**CURITIBA**

**2012**

**LAIZ ANDRESSA KURAHASHI**

**IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL  
SOBRE AS CONTRADIÇÕES DA LEI 8009/90 QUANTO À SUPRESSÃO DE  
PROTEÇÃO AO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO**

**Projeto de pesquisa apresentado como requisito  
para conclusão do Curso de Direito na Faculdade  
de Direito da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Sérgio Said Staut Junior**

**CURITIBA**

**2012**

**LAIZ ANDRESSA KURAHASHI**

**IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL  
SOBRE AS CONTRADIÇÕES DA LEI 8009/90 QUANTO À SUPRESSÃO DE  
PROTEÇÃO AO FIADOR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador:

---

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Junior

Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Membros da banca:

---

Prof. Dr. André Peixoto de Souza

Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

---

Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Curitiba, 21 de dezembro de 2012.

Meus sinceros agradecimentos ao prof. Dr. Sérgio Said Staut Junior que gentilmente aceitou a missão de me orientar neste desafio e ao meu caro colega Felipe Frank, pela sua preciosa ajuda.

## RESUMO

O Direito pátrio, por meio da Lei 8.009/1990, buscou proteger a família, resguardando a dignidade da pessoa humana e promovendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ao não permitir que a execução de dívidas ocorra até o limite da moradia do devedor. No entanto, o legislador optou por excluir do pálio da lei o devedor cuja obrigação advém de fiança concedida em contrato de locação, o que contraria a sistemática constitucional empregada na confecção da lei, bem como a sua contemporânea aplicação. Destarte, cumpre identificar em que medida o inciso VII do art. 3º da Lei 8009/90 apresenta uma exceção desproporcional à impenhorabilidade do bem de família e fere os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** bem de família; fiança; contrato de locação; dignidade da pessoa humana; isonomia.

## ABSTRACT

The Brazilian law, by means of Law 8.009/1990, sought to protect the family, defending the dignity of the human person and promoting the building of a free, fair and caring society, while not allowing the execution of debts occurs to the extent of the debtor's home. However, the legislature chose to exclude from the pallium of the law the debtor whose obligation arises bail granted on lease, which contradicts the constitutional logic employed in the confection`s law, as well as its contemporary application did. Thus, this paper aims to identify how far the item VII, Article 3 of Law 8009/90, presents a cammed exception to homestead and the principles of equality and human dignity.

**Key words:** homestead; bail; lease contract; human dignity; isonomy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA.....</b>	<b>10</b>
2.1 CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA.....	10
2.2 BREVE HISTÓRICO DO HOMESTEAD AMERICANO.....	11
2.3 BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	14
2.4 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL SOB O PÁLIO CONSTITUCIONAL.....	17
2.5 NOVAS DIRETRIZES À ATUAÇÃO DO ESTADO FRENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	21
<b>3 O BEM DE FAMÍLIA LEGAL.....</b>	<b>25</b>
3.1 A LEI 8009/90.....	25
3.2 AS EXCEÇÕES À IMPENHORABILIDADE.....	29
3.3 A FIANÇA LOCATÍCIA E A LEI 8.009/90.....	31
<b>4 O BEM DE FAMÍLIA SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>37</b>
4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PATRIMÔNIO MÍNIMO.....	37
4.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.....	41
4.3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REXT 407.688-8 E DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90.....	45
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O bem de família, advindo do instituto americano do homestead, foi recepcionado pelo direito brasileiro no Código Civil de 1916, o qual possibilitava aos chefes de família destinar um imóvel domiciliar para resguardá-lo das execuções por dívidas.

Tal conceito foi criado a partir da necessidade de proteção ao bem residencial para resguardar a propriedade da entidade familiar. Ao longo da história, o instituto do bem de família criou novos contornos, em especial a partir da Constituição Federal de 1988, atingindo o seu ápice com a criação da Lei 8.009/90.

Pela Carta Constitucional de 1988, o Estado se comprometeu a promover a dignidade da pessoa humana, assegurando direitos fundamentais aos sujeitos, como a liberdade e a igualdade, bem como consignou no artigo 170 da Constituição a existência digna da pessoa como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Ao Estado foi conferido o poder de interferir na esfera da autonomia privada dos sujeitos, para que estes ficassem adstritos a dispor integralmente de seu patrimônio, sem que lhes restasse um mínimo de patrimônio a assegurar uma vivência digna.

Sob esse prisma e em consonância com a realidade social do país, foi confeccionada a lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, objetivando assegurar a dignidade da pessoa humana concretamente considerada, ao proteger um mínimo de patrimônio ao indivíduo, mesmo que diante de sua inadimplência.

A proteção ao devedor promovida pela Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família sobrepõe-se, portanto, a uma questão meramente econômica, eis que traduz a realização dos princípios constitucionais conferidos à pessoa humana na Carta de 1988.

Não obstante as inúmeras discussões acerca do tema, nesse trabalho travar-se-á uma discussão sobre ponto específico da lei, qual seja, a exclusão do fiador do manto protetor da impenhorabilidade do bem de família.

A exceção prevista no artigo 3º, VII da Lei 8009/90, que estabelece que o fiador de contrato de locação pode responder com o seu único bem de família no

processo de execução não é coerente com a sistemática constitucional, revelando uma exceção desproporcional e uma afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana.

Assim, apesar do que restou consignado no Rext nº 407.688-8 do STF, o presente trabalho buscará verificar, à luz dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, em que medida a opção legislativa de excluir o fiador de contrato de locação da proteção da impenhorabilidade do bem de família se revela inconstitucional.

Com efeito, não se ambiciona esgotar a matéria acerca do instituto do bem de família, mas sim reacender a discussão sobre a exclusão do fiador de contrato de locação do pálio protetor do instituto, contribuindo, assim, com uma crítica à interpretação dada pelos aplicadores da lei à exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90.

## 2 A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA

### 2.1 CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA

A figura jurídica do bem de família é de um instituto moderno, cujas raízes encontram-se na proteção do ente familiar e de sua residência. Foi construída historicamente e aprimorada de acordo com a realidade social do país, recebendo, entretanto, concreta eficácia apenas com a introdução da Constituição Federal de 1988 e a promulgação da Lei 8.009/90, onde conseguiu firmar-se como instituto civil-constitucional que é.

Com efeito, antes de iniciarmos o estudo do desenvolvimento histórico do instituto do bem de família no direito pátrio, assim como ponderar algumas questões acerca da inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, insta-nos, primeiramente, conceituar o instituto do bem de família.

Para Paulo Lôbo:

bem de família é o imóvel destinado à moradia do devedor com os bens móveis que o guarnecem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida. Tem por objetivo proteger os membros da família que nele vivem da constrição decorrente de responsabilidade patrimonial, que todos os bens econômicos do devedor ficam submetidos, os quais, na execução, podem ser judicialmente alienados a terceiros ou adjudicados ao credor. O bem ou os bens que integram o bem de família ficam afetados à finalidade de proteção da entidade familiar. (LÔBO, 2012, p. 398)

Álvaro Villaça Azevedo, por sua vez, discorre que o bem de família “é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (AZEVEDO, 2010, p. 80).

Já para Caio Mário da Silva Pereira, “a instituição do bem de família é uma forma de afetação de bens a um destino especial que é ser residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio” (PEREIRA, 2009, p. 594).

O Código Civil de 2002, versando sobre o bem de família voluntário, também conhecido como bem de família convencional, disciplina o instituto nos arts. 1.712 e 1.715, considerando-o como o “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”, o qual, por sua vez, ficará “isento de execução posteriores à sua instituição, salvo as que provenierem de tributos relativo ao prédio, ou de despesas de condomínio”.

Por sua vez, o art. 1º da Lei 8.009/90 conceitua-o como “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar” que compreende “o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”, os quais são impenhoráveis e não poderão responder “por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

Em essência, o bem de família é considerado como o asilo da família que recebe a proteção do Direito contra a expropriação patrimonial absoluta do devedor, para garantir um patrimônio mínimo e uma vivência digna à pessoa humana no convívio social.

Neste sentido, para bem compreendermos a figura jurídica do bem de família e os valores que ele traz consigo, o estudo histórico do conceito torna-se fundamental.

## 2.2 BREVE HISTÓRICO DO HOMESTEAD AMERICANO

Para expor os propósitos do presente trabalho, inicialmente faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do surgimento histórico da figura jurídica do bem de família. Entretanto, por uma questão metodológica, não se trará aqui uma discussão acerca das influências e contribuições do direito romano para a evolução deste instituto. Longe de menosprezá-lo, o que se pretende é trazer

de forma sintetizada as aproximações históricas existentes entre a moderna figura jurídica e o direito brasileiro.

O instituto do bem de família tem suas raízes fincadas no *homestead* norte americano, fruto do contexto histórico vivenciado pela República do Texas e por seu então país vizinho, os Estados Unidos da América.

Separado do México desde 1836, o Texas constituía república independente, ainda não anexado aos Estados Unidos, sendo detentor de terras férteis e clima apropriado, mas carente de povoação.

Por sua vez, os Estados Unidos, que haviam passado por franco desenvolvimento agrícola e comercial, época em que atraiu o investimento e a instalação de inúmeros bancos europeus, sofreu uma grande crise econômica e financeira entre os anos de 1837 e 1839. Referida crise, decorrente de uma onda de especulações e emissão descontrolada de moedas sem lastro, iniciada em 1830, acarretou a insolvência generalizada dos americanos.

A partir de então, os bancos iniciaram a massiva execução de dívidas dos devedores, levando-os à expropriação patrimonial, e, conseqüentemente, a perderem seus lares. Interessante destacar que nesta época o Governo americano promoveu inúmeras medidas com vistas a proteger as famílias e os devedores americanos, sendo a mais importante dentre elas a promulgação da lei que aboliu a prisão por dívidas em 1833.

Sobre o assunto, o Professor Fachin aponta que:

À época, com o largo desenvolvimento da agricultura, comércio e indústria nos Estados Unidos, iniciou-se uma fase de especulação desmedida sobre o açúcar, algodão, ferrovias, terrenos na cidade e terras do oeste. Tal conjuntura inevitavelmente desembocou na grande crise econômica e financeira entre 1837 e 1839, e com ela, o grande número de penhoras dos bens reduziu drasticamente o patrimônio dos devedores, atingindo as famílias americanas que ficavam em completo desabrigo econômico e financeiro. (2006, p. 156)

Nesse contexto, a República do Texas promulgou em 26 de janeiro de 1839 a Lei do *Homestead*, onde foi estabelecida a concessão de uma gleba de terra aos colonos a qual não poderia, ao lado dos instrumentos de trabalho e bens domésticos móveis, ser penhorada ou executada para o pagamento de dívidas.

O pioneirismo observado no *homestead* texano advém do fato de que pela primeira vez foi concedida a proteção a um bem imóvel, vez que a

impenhorabilidade de bem móvel já havia sido contemplada pelo direito mexicano como assinala o Professor Álvaro Villaça Azevedo:

É de ressaltar-se a feliz lembrança do Prof. Paul Bureau, que se baseia no art. 536 do *Paschal's Annotated Digest*, de que, quando o México se separou da Espanha, editou, em 4.1.1823, lei imperial de colonização, que em seu artigo 26, já estatuiu que todos os instrumentos agrícolas, máquinas e outros utensílios que tivessem sido introduzidos no território pelos colonos, para seu uso, à época de sua entrada no império, seriam isentos de penhora, bem como as mercadorias que cada família havia levado consigo até o valor de 2 mil dólares.

A lei do *homestead* trouxe, ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí residir, nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência. (2010, p. 15).

O *homestead* consistia, portanto, em uma propriedade rural de 50 acres, isento de penhoras, conferida ao colono para que ele se firmasse na terra junto com sua família e a cultivasse para prover a própria subsistência, medida esta que, além de garantir o domicílio familiar, promoveu a povoação do território texano<sup>1</sup>.

Com o êxito dessa medida, outros Estados americanos adotaram o *homestead*, cada qual com suas particularidades. De toda sorte, dentre as leis estaduais americanas que recepcionaram o instituto jurídico do *homestead*, todas apresentavam atributos em comum, quais sejam, a necessidade de existência de um direito (propriedade, usufruto etc.) sobre o imóvel que se pretendia ocupar a título de *homestead*, a necessidade de que o titular desse direito fosse chefe de uma família (*head of a family*) e a necessidade de que o imóvel fosse ocupado por esta (*occupancy*). Além dessas condições, alguns Estados americanos estabeleciam ainda que o *homestead* deveria receber uma publicidade especial, com vistas à prevenção de terceiros (*dedication*) (AZEVEDO, 2010, p. 19).

A proteção à pequena e média propriedade recebeu guarida também em outros países, como no Canadá em 1878, na Inglaterra em 1875, na Alemanha em 1930, na França em 1909 e na Itália em 1942 (FACHIN, 2006, p. 157-159). Ressalte-se, entretanto, que nos primórdios destes *homesteads*, o que se pretendia proteger era muito mais a propriedade que à família propriamente dita.

---

<sup>1</sup> O Professor Azevedo assevera que estatísticas comprovam que a população texana passou de 70 mil habitantes em 1836 para 250 mil em 1840. (2010, p. 14).

## 2.3 BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Brasil, a figura jurídica do bem de família foi efetivamente introduzida pelo Código Civil de 1916<sup>2</sup>, na Parte Geral, no Livro dos Bens, através dos artigos 70 a 73<sup>3</sup>, onde estabeleceu-se que o chefe de família solvente poderia constituir o bem de família para proteger o imóvel residencial de sua propriedade contra execuções de dívidas contraídas posteriormente à sua constituição, nos seguintes termos:

Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicilio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único. A isenção se refere a dividas posteriores ao ato, e não às anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexecúvel em virtude de ato da instituição.

Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento publico inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado.

Dessa forma, o *homestead* foi introduzido no direito brasileiro como bem de família voluntário, uma vez que a prerrogativa em tela somente seria concedida através da iniciativa e do interesse do chefe da família.

Nestes moldes, o legislador de 1916 elegeu o modelo de família matrimonializada para conceder a proteção da lei, estabelecendo que o bem de família deveria ser constituído pelo cônjuge titular do poder de chefia, deixando ao

<sup>2</sup> Conforme aponta o Professor Fachin, a tentativa de introdução do *homestead* americano já florescia no direito brasileiro com o projeto de Código Civil proposto por Coelho Rodrigues em 1893, o qual previa o “lar de família” (2006, p. 133).

<sup>3</sup> Inicialmente o instituto do bem de família foi alocado no Livro das Pessoas, sendo transferido para o Livro dos Bens após grave censura do Sen. Justiniano Serpa que, em seu discurso perante a 35ª Reunião da Comissão Especial do Senado, realizada em 1915, bradou estar a figura jurídica do bem de família mal colocada no capítulo das pessoas jurídicas, nas seguintes palavras: “não há, realmente, um terceiro caminho. Ou o instituto entra no direito de família, como o direito de alimentos, como a tutela e todas as instituições garantidoras ou protetoras da família, ou será uma forma do direito das coisas. Na parte geral, entre as pessoas jurídicas, será, no meu sentir, um desvio de classificação tão manifesto quanto o que na gramática, denominasse sujeito a um predicado, ou, em história natural, pusesse a borboleta na classe dos pássaros” (AZEVEDO, 2010, p. 68)

desamparo as pessoas solteiras e demais espécies de família. Esta posição, todavia, foi objeto de inúmeras discussões, sendo que jurisprudência minoritária chegou a estender a proteção do bem de família em favor de modelos outros, que não centrados no matrimônio (concubinato puro, sociedades de fato, etc).

O legislador estabeleceu ademais que “o instituidor deveria ser necessariamente proprietário do bem destinado ao domicílio familiar” (AZEVEDO, 2010, p. 102), bem como que deveria encontrar-se em estado de solvência, consignando para tanto que a proteção contra execuções fazia referência às dívidas contraídas após o ato de constituição, evidenciando que o imóvel familiar não estaria isento quanto aos débitos contraídos anteriormente a ela.

Com referida condição, o instituidor deveria possuir patrimônio suficiente para o pagamento das dívidas que eventualmente tivesse até o momento da instituição, pois caso a condição de solvabilidade não fosse preenchida, poderia o credor promover a execução do domicílio familiar.

Nesse sentido, o Professor Álvaro Villaça Azevedo destaca que:

Assim, quem tem dívidas pode instituir bem de família; o que a lei não permite é que essas dívidas não se paguem com outros bens do patrimônio do devedor. (2010, p. 102)

Outro ponto sobre o qual o novo instituto introduzido pelo Código Civil de 1916 suscitou discussões e é indagado até hoje no Código Civil de 2002, refere-se à possibilidade de o imóvel hipotecado ser instituído como bem de família. Sobre a questão, manifesta-se o Professor Fachin no sentido de que a garantia real não obsta à instituição do bem de família, “já que ela só será executada se no seu vencimento não for paga” (2006, p. 136).

Como pode ser observado, a figura jurídica do bem de família trouxe uma série de requisitos para que fosse implementada. Dentre eles, destaca-se o formalismo exigido para a sua constituição, visto que o artigo 73 reclamou a escrituração pública, bem como a publicação de edital, com vistas a dar ampla publicidade ao ato, entendendo que assim estar-se-ia permitindo a que terceiros eventualmente prejudicados pudessem impedir o nascimento do bem de família, precavendo-se a fraude contra os credores.

As solenidades estabelecidas pelo Código Civil de 1916 foram ratificadas pelo Código de Processo Civil de 1939, que regulou nos artigos 647 a 651 o procedimento para a constituição do bem de família.

Mais tarde, o procedimento estabelecido pelo Código de Processo Civil de 1939 foi revogado pela Lei dos Registros Públicos de 1973, a qual, com as alterações promovidas pela Lei 6.216, manteve as formalidades pertinentes ao registro público da instituição e a necessidade de publicação em edital.

Insta destacar que a lei, tal qual lançada, não se manifestou acerca da proteção do imóvel rural, assim como ficou silente quanto à extensão e ao valor do prédio. Tais omissões foram objeto de inúmeras controvérsias, as quais foram dirimidas apenas em 1941 através da promulgação do Decreto-Lei 3.200, o qual limitou o valor do imóvel em 100 mil cruzeiros<sup>4</sup>, e afixou, implicitamente, a possibilidade do imóvel rural ser objeto de constituição de bem de família, ao consignar no artigo 22 que: “Quando instituído em bem de família prédio de zona rural, poderão ficar incluídos na instituição a mobília e utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho, mencionados discriminadamente na escritura respectiva”.

Por sua vez, os efeitos da instituição do bem de família, delineados nos artigos 70 e 71, estabeleciam que a consequência primeira da instituição seria tornar o prédio isento contra a execução de dívidas contraídas pelo instituidor, com exceção às dívidas provenientes de impostos relativos ao próprio imóvel e às dívidas anteriores à instituição.

Já o segundo efeito desencadeado pela constituição do bem de família seria a inalienabilidade do prédio, uma vez que o imóvel não poderia ser alienado sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais, ou seja, sem que houvesse a concordância da esposa(o) e dos filhos menores, estes representados por curador especial designado por um magistrado, quando seus interesses colidissem com o interesse de seus pais, nos termos do artigo 387 daquele Codex.

---

<sup>4</sup> Devido ao decurso do tempo e à inflação econômica, o valor inicialmente estabelecido pelo Decreto-lei 3.200 restou defasado, sendo elevado pela Lei 2.514/55 para o valor de um milhão de cruzeiros, o qual foi posteriormente elevado pela Lei 5.653 de 1971 para o valor de 500 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Atualmente, o bem de família voluntário foi limitado pelo Código Civil ao valor de até um terço do patrimônio líquido do instituidor, ao tempo da constituição do bem de família.

Contudo, os efeitos encerrar-se-iam com a morte dos dois cônjuges e atingida a maioridade pelos filhos. Dessa forma, os procedimentos para alienação do imóvel eram quase tão rigorosos quanto para sua constituição.

Em que pese às boas intenções desfechadas pelo Código Civil de 1916, o bem de família constituído voluntariamente encerrava onerosidade e burocracia desmedidas, as quais inviabilizaram a realização do instituto idealizado, como assinala o Professor Luiz Edson Fachin:

A tutela do interesse familiar, na originária formulação do bem de família, cujas origens eram conhecidas, plantou suas sementes já na codificação civil. Nada obstante, o excesso de formalidade não forneceu solo fértil aos bons propósitos do legislador de então. (2006, p. 133)

Isto porque a codificação civil de 1916 pautava-se muito mais na regulação das relações patrimoniais, que na família em si, o que conferia à figura jurídica do bem de família entraves de ordem formal, que não lhe permitiam a sua realização como instrumento de efetiva justiça.

Destarte, o instituto em estudo somente veio a receber o devido acolhimento legal após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.009/90, como veremos oportunamente em capítulo específico.

## 2.4 A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL SOB O PÁLIO CONSTITUCIONAL

Como visto, o instituto do bem de família foi introduzido no direito brasileiro sob uma sistemática essencialmente patrimonialista, razão pela qual não logrou grande êxito na esfera da concretude. O verdadeiro propósito desta figura jurídica tornou-se exequível somente após uma quebra do paradigma que sustentava o ordenamento civil anterior, como mostrar-se-á adiante.

O Direito Civil foi tradicionalmente erigido sob a ótica patrimonialista. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro foi desenvolvido sob as influências do liberalismo e do individualismo, ou seja, arraigado à figura do homem livre e proprietário, típico do Estado Liberal francês. “Na verdade, a codificação, especialmente a codificação civil, cristalizou os valores do liberalismo burguês da

época, que tinha por fundamento central a patrimonialização das relações civis. Era o domínio do ter sobre o ser” (LÔBO, 2011, p. 520).

A codificação civil teve suas normas esculpidas pelo modelo de família patriarcal, tendo por objeto tutelar a propriedade, pois esta era observada como a finalidade da realização do homem e da sociedade, uma vez que “a propriedade, na concepção liberal e individualista, era a realização da pessoa; esta sem aquela não se realizaria” (LÔBO, 2011, p. 520).

A estrutura da família pautada no patriarcalismo desenvolveu ao largo da história variadas funções, dentre elas, funções religiosas, políticas, econômicas e procracionais (LÔBO, 2012, p. 18).

Entretanto, em decorrência das mudanças sociais ocorridas em meio ao século XX, os paradigmas jurídicos sofreram profunda alteração, eis que “a complexidade contemporânea imprimiu ao Direito feições antes impensáveis, revelou rupturas e inexatidões, e mostrou, especialmente, a fratura de um projeto de racionalidade” (FACHIN, 2006, p. 178), o que culminou na *repersonalização das relações civis*<sup>5</sup>.

O interesse sobre o patrimônio como supremacia do direito deu lugar à valorização da pessoa humana, ao passo que a função da família passou a ser atribuída à afetividade, eis que os sujeitos estariam unidos por laços de liberdade e responsabilidade (LÔBO, 2012, p. 17).

Com efeito, o Estado passou a reconhecer e interessar-se pelas relações de família, razão pela qual as normas protetivas passaram a possuir caráter de direito subjetivo público. Ressalte-se aqui que a família albergada pela nova ordem constitucional refere-se ao ente familiar socialmente construído, e não à tradicional estrutura de família que reconhecia apenas a modalidade constituída pelo matrimônio<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, seguindo a linha de pensamento de E. Denninger, assevera que o novo paradigma experimentado pelo direito pós-moderno sobreveio em razão do “fim da razão prática universal” e avalia que “o século XX foi profundamente marcado por duas grandes guerras, pelos horrores efetivamente praticados pelo Estado constituído, especialmente durante o Nazismo. Sua política de racismo, destruição e morte, assegurada por lei, permitiu que fossem ultrapassados limites até então intransitados, provocando, como reação, a necessidade de concreta efetivação dos direitos humanos, subjazendo, ex novo, a ideia de que o direito ou é humano, ou não é direito.” (2003. p. 66-67)

<sup>6</sup> Sobre as formas contemporâneas de família, Paulo Lôbo acentua que: “a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos

A concretização da repersonalização do Direito Civil somente tornou-se possível em decorrência da transposição da linha divisória que restringia o Direito Constitucional à esfera das relações de poder e cidadania e fê-lo permear todo o ordenamento jurídico para conformar todo o Direito pátrio, inclusive, o Direito Civil, o que culminou com a redefinição deste e a interação entre ambos os espaços normativos (LÔBO, 2011, p. 522).

Com o estabelecimento da nova ordem constitucional, o direito voltou suas atenções para os aspectos pessoais das relações de família, tirando de foco as relações patrimoniais exclusivamente, uma vez que foi reconhecida na pessoa humana o fundamento e a finalidade da sociedade e do Estado.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso acentua que: “A Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial. Estabeleceu, assim, a inviolabilidade da casa, o sigilo da correspondência e das comunicações, a livre iniciativa, a garantia do direito de propriedade, além de prometer a proteção da família” (2009, p. 67).

A família, outrora reconhecida como a unidade fundamental da sociedade, passou a ser identificada como o ambiente de realização do sujeito, vinculada ao valor da solidariedade inserido pelo artigo 3º da Constituição Federal. Nas palavras de Paulo Lôbo, “a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época” (2012, p. 20).

Por outro lado, o sujeito foi alçado à posição nuclear da estrutura constitucional e identificado como a célula constitutiva da sociedade. O sujeito a que o Direito faz referência trata-se, entretanto, não do sujeito individualizado em si mesmo, detentor de uma autonomia privada sem limites, mas reconhecido como pessoa humana em meio à sociedade, permeado de valores de solidariedade, mantenedor de relações de afetividade.

A Carta de 1988 quebrou o paradigma do individualismo e consolidou a solidariedade social. Nestes moldes, também delineou que o desenvolvimento da sociedade deveria ocorrer em respeito, reconhecimento e promoção da dignidade da pessoa humana, que, como destaca o Professor Fachin, é o “princípio estruturante,

---

vínculos de família é o que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)” (2011, p. 18).

constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional” (2006, p. 179).

Com a quebra do paradigma do individualismo liberal, o dogma da vontade também foi redefinido. A autonomia privada, antes pensada como espaço da esfera privada dos sujeitos onde eles possuíam absoluta liberdade de contratar, passou a “se submeter ao valor da pessoa como princípio fundamental constitucional prevalente nas relações entre particulares” (CABRAL, 2011, p. 139). Isto porque “os atos de autonomia privada, embora tenham fundamentos diversificados (...), têm denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções tuteladas e que sejam socialmente úteis” (CABRAL, 2011, p. 135).

A autonomia privada passou então a desempenhar uma função social, função esta que “consagra o não-individual, o bem comum e o bem-estar de toda coletividade, na realização dos interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os interesses do indivíduo” (CABRAL, 2011, p. 143) e inseriu aos atos de vontade limites de ordem social, vale dizer:

*A função social é um princípio que se agrega à autonomia privada formando um só *standart* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que orienta o exercício dos direitos subjetivos na direção do bem comum e da justiça social. É instrumento de superação do individualismo egoístico e de correção dos excessos da autonomia da vontade. A função social da autonomia privada insere o exercício deste poder nos limites da ordem pública, do interesse social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana. (CABRAL, 2011, p. 143)*

Em que pese à nova ordem jurídica estabelecida, registre-se que o direito ainda caminha para desvencilhar-se do forte espectro patrimonialista, ao passo que o patrimônio não pode mais ser encarado como o ponto de convergência da sociedade, uma vez que, conforme adverte Paulo Lôbo “as relações de família também têm natureza patrimonial; sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, desnaturam a função da família, como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros” (2012, p. 25).

Neste ínterim, a repersonalização das relações civis foi fundamental para a afirmação da pessoa humana como objeto central do direito, ou, nas palavras dos Professores Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk: “‘Repersonalizar’ o Direito Civil é, portanto, conforme as lições de Tepedino e Perlingieri, colocar a pessoa humana no centro das preocupações no Direito. Trata-se de revisitar, de

algum modo, a ideia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui fim em si próprio” (2011, p. 311).

A repersonalização do direito civil sob o pálio constitucional construiu, dessa maneira, uma nova maneira de pensar a dogmática, cunhada no indivíduo inserido no meio familiar, na pessoa humana em correlacionamento com o outro, proporcionando solo fértil para o florescimento do instituto do bem de família.

## 2.5 NOVAS DIRETRIZES À ATUAÇÃO DO ESTADO FRENTE À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao constatarmos na constitucionalização do Direito Civil as bases fundamentais para a construção de um Direito mais social e menos patrimonialista, chama a atenção os mecanismos disponibilizados pela Carta Magna para promover os valores que consagrou. Destarte, insta-nos apreciar os alicerces constitucionais em que a República foi soerguida.

A Constituição de uma República como “o conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia” traduz “o tipo de ordenamento com o qual se opera” (PERLINGIERI, 2002, p. 5), e constitui, neste sentido, o alicerce fundamental da nação, pois consagra e congrega os valores edificantes da sociedade.

No caso do Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 elegeu como núcleo fundamental do ordenamento a tutela da dignidade da pessoa humana e para realizá-la, ou seja, para promover o homem dignamente em meio à sociedade, estabeleceu direitos fundamentais a ele inerentes. Deste modo, a atuação do sistema jurídico brasileiro volta-se para o desígnio dos valores consagrados pela sua Constituição, uma vez que “a dignidade da pessoa humana deve ser tomada em sua concretude, e não como ente abstrato situado em um lugar metafísico” (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 411).

Para tanto, a Constituição foi bastante diligente ao permear os valores da dignidade humana por todo o ordenamento, redefinindo até mesmo o papel da ordem econômica, cuja finalidade passa a ser a de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 CF/88).

A justiça social trata-se, portanto, de um novo prisma estruturante para a ordem econômica, que deve reger-se com respaldo na existência digna dos sujeitos, para promovê-los em sua plenitude. Neste sentido, o Professor Fachin discorre precisamente que “a justiça social passa a ser princípio estruturante da atividade econômica inserta no artigo 170 da Constituição. É, na realidade, a adoção expressa de um novo credo em matéria constitucional, em que o paradigma adotado ultrapassa os sistemas das liberdades meramente formais desaguando nos direitos sociais econômicos” (FACHIN, 2006, fl. 171).

Com efeito, a busca pela realização da justiça social traça para a ordem econômica um papel que transcende valores meramente patrimoniais, eis que nela esculpe valores de solidariedade e de dignidade, e imprime outra feição até mesmo para a estrutura contratual, qual seja, a função social.

Com isto, o Direito recebeu novos contornos, passando a regular as relações sociais e interpessoais, relativizando a noção de autonomia privada dos sujeitos e, principalmente, agindo proativamente em defesa destes. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana ensejou o desenvolvimento do homem alocado na sociedade, sob uma postura solidária, inserindo-se aqui o fundamento jurídico do bem de família legal, que passou a ter sede constitucional a partir de uma leitura ampla da proteção à dignidade humana, estreitamente ligada à garantia material de um *patrimônio mínimo* apto a atender às necessidades concretas dos indivíduos (FACHIN, 2008, p. 7).

Destarte, denota-se que a Carta Magna vai muito além de afirmar a dignidade da pessoa humana como núcleo fundamental, mas alberga mecanismos de consolidação deste valor e passa a ser identificada como uma Constituição dirigente, ao traçar objetivos a serem perseguidos pelo Estado e trazer normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos (NOVELINO, 2009, p. 113).

Eros Roberto Grau ao traçar alguns esboços acerca do tema *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, afirma que:

a Constituição do Brasil não é um mero “instrumento de governo”, enunciador de competências e regulador de processos; mas além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um “estatuto jurídico do político”, mas sim um “plano global normativo” da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro (2006, p. 364).

Nesse sentido, verifica-se que as promessas firmadas no artigo 3º, I e IV, da Constituição Federal, de que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos”, não se tratam de meros preceitos legais, mas de imperativos concretos impingidos ao Estado.

Tais circunstâncias acarretaram a redefinição do papel do Estado, que, por sua vez, ao ser guiado pelos princípios constitucionais, abandona a postura inerte que mantinha e assume o papel de promotor da dignidade da pessoa humana, uma vez que esta só pode ser concretizada a partir de sua efetiva atuação.

A tutela do sujeito passou, então, a ser exercida por meio de ações positivas do Estado, consubstanciadas em medidas afirmativas e protetivas do sujeito, com atos, inclusive, impeditivos de ações voluntárias de disposição absoluta de patrimônio para assegurar-se, desta maneira, um mínimo à vivência digna da pessoa humana<sup>7</sup>.

Por outro lado, a constitucionalização do Direito repercutiu sobre os diferentes Poderes estatais, uma vez que as novas diretrizes traçadas pela Constituição impuseram uma efetiva atuação do Estado, a serem promovidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Como ressalta Luis Roberto Barroso, a constitucionalização do direito impôs ao legislador e ao administrador “deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados na Constituição” (2009, p. 364).

Desta sorte, a atuação do legislador se dá em razão das diretrizes constitucionais traçadas pelo Constituinte, que, a seu turno, elegeu como norma diretiva da República a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o Poder Legislativo desempenha seu papel na República, entre outras funções, ao editar normas para promover o sujeito em meio à sociedade, em especial, no meio familiar, sendo certo que a sua principal função trata-se de “editar

---

<sup>7</sup> Neste sentido, o Professor Fachin discorre sobre as previsões do Código Civil sobre a restrição à disposição integral do patrimônio, com vistas a proteger um mínimo a garantir a subsistência do sujeito, como ocorre com a vedação imposta pelo artigo 548 do atual Código Civil. Ressalta ainda os méritos do Código Civil de 1916 que já previa alguns meios obstativos à prodigalidade dos sujeitos, afirmando, todavia, que: “É certo que essa “repersonalização” do Direito Civil somente encontrou explícita guarida na Constituição Federal de 1988, não só porque explicitou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, mas também porque a matéria cível foi diretamente constitucionalizada” (2006, p. 92).

leis que atendam às demandas e necessidades sociais”, o que deve ser realizado “sempre levando em conta os valores da Constituição e a realização dos fins públicos nela previstos” (BARROSO, 2009, p. 132).

Com efeito, Eros Roberto Grau ressalta que é “essencial, para a conservação da República, a vinculação do legislador, pois não há governo sem essa sua vinculação à Constituição, ainda que conforme diferentes graus de intensidade vinculativa”. (GRAU, 2006, p. 367). Assim, o legislador, ao introduzir novas normas ao ordenamento jurídico, deve fazê-lo em sintonia com os preceitos constitucionais, bem como para promover as diretrizes traçadas na Constituição.

Nesta ordem de ideias, a Lei 8.009/90 foi editada como forma de realização dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar às famílias um patrimônio mínimo ao resguardar o lar da família. Não obstante as relações que envolvem a lei serem aparentemente pertinentes à esfera de interesses privados, trata-se de uma lei de ordem pública, que busca atingir a justiça social, razão pela qual “o assunto, pois, não deve ser captado na ótica de mercado, deslocando a primazia para a valorização da pessoa e não bens em si mesmos. A defesa de um patrimônio mínimo denota o caráter instrumental (meio) da esfera patrimonial em relação à pessoa (fim)” (FACHIN, 2006, p. 166).

Destarte, verifica-se que sob a luz das novas diretrizes consolidadas pelo Constituição de 1988 e com a construção do novo paradigma da pós-modernidade, a Lei 8.009/90 foi concebida para realizar os preceitos constitucionais da República, ao fornecer meios para uma vida digna.

### 3 O BEM DE FAMÍLIA LEGAL

#### 3.1 A LEI 8.009/1990

A consolidação definitiva da proteção do bem de família no direito pátrio ocorreu com a promulgação da Lei 8.009/1990, que trouxe proteção ampla em termos de impenhorabilidade do imóvel residencial da entidade familiar.

A ideia principal do instituto trazida pela lei em estudo foi a proteção do imóvel para uma vida digna dos integrantes da família, uma vez que a família não pode ser vista como um ente abstrato, mas deve ser vislumbrada como o ambiente onde pessoas concretas constituem, ou podem vir a constituir, correlacionalmente suas personalidades.

O caráter inovador desta modalidade de bem de família advém de que a sua constituição independe de ato da vontade do sujeito, vez que decorre de imposição legal, ao passo que “diverso do bem de família estatuído pelo Código Civil, este tipo de bem de família é imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar” (PEREIRA, 2009, p. 601), assim como pode ser pleiteado a qualquer momento da execução. Como decorre de lei, não reclama escrituração pública para sua constituição, como ainda o faz o atual Código Civil.

Vale ressaltar que, embora anterior ao Código Civil de 2002, a lei não foi por ele repreendida, muito menos se confunde com o instituto do bem de família convencional. Pelo contrário, o novo Código Civil é perfeitamente congruente com a Lei 8.009/90, sendo recepcionado pelo Codex no artigo 1.711, ao estabelecer a possibilidade dos cônjuges ou da entidade familiar instituir bem de família sobre até um terço de seu patrimônio líquido, mediante escritura pública, “mantidas as regras sobre a impenhorabilidade estabelecida em lei especial”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Tecendo comparação pontual sobre o bem de família legal e o disposto no Código Civil, Paulo Lôbo discorre sobre a coexistência dos dois tipos de bem de família, explicitando que “o bem de família legal tem por finalidade a proteção da moradia da família, enquanto o bem de família voluntário visa à proteção da base econômica mínima da família”, concluindo que “Se o bem de família voluntário for instituído, afastará a incidência do modelo legal, pois apenas um pode estar afetado à entidade familiar” (2012, p. 398).

A índole pública do instituto é evidenciada na medida em que ao Estado é possibilitado interferir na esfera da autonomia privada dos sujeitos, que, por sua vez, não podem renunciar ao privilégio da impenhorabilidade, bem como estão obstados a dispor do bem de família, por exemplo, em relações negociais, eis que a medida em referência visa à proteção não unicamente do devedor, mas de toda a família, de tal sorte que qualquer negócio jurídico que disponha em contrário, mesmo que haja expressa concordância do devedor, não poderá levar a efeito a expropriação do imóvel residencial.

Não obstante as inúmeras críticas lançadas contra a Lei 8.009/90<sup>9</sup>, a feição social e a valoração ética em que o tema está inserido superaram as dúvidas sobre a sua criação e os fins constitucionais que albergou, como assinala o Professor Rainer Czajkowski:

São patentes o cunho social da lei e os objetivos humanitários a que ela se destina. Seu conteúdo passa a ser tão controvertido porque faz prevalecer a um direito social sobre um direito de crédito, limitando a responsabilidade patrimonial dos devedores e, a pretexto de garantir um mínimo material para sobreviver condigna da família, preenche também os objetivos constitucionais de construir uma sociedade justa (art. 3º, I da Constituição), erradicar a marginalização e garantir a não submissão a tratamento degradante (arts. 3º, III, e 5º da Carta) (1993, p. 21).

O mesmo autor ainda enaltece que a Lei 8.009/90 não implica um desvirtuamento da ordem constitucional, eis que o ordenamento pátrio já previa hipóteses restritivas à afetação do patrimônio do devedor para o adimplemento de obrigações, veja-se:

Ao lado do bem de família voluntário, da impenhorabilidade existente no Estatuto Processual e da inalienabilidade de bens regulada nos arts. 1.676 e 1.677 do Código civil, a impenhorabilidade da Lei 8.009/90 é apenas e tão-somente mais uma limitação da responsabilidade patrimonial do devedor e, reafirme-se, este benefício não chega a originar uma generalizada incerteza sobre a exigibilidade das obrigações, nem sobre a incidência imperativa das normas que a regulam, mas apenas exclui certos bens, em certas condições, desta sujeição (1993, p. 20).

---

<sup>9</sup> No que tange aos apontamentos contrários à Lei 8.009/90, foram assinalados vícios de ordem formal, pois a lei decorrente da Medida Provisória 143/90 foi convertida em lei sem supostamente possuir o requisito da urgência, bem como foi promulgada pelo Presidente do Senado Federal e não pelo Presidente da República, e vícios de ordem material, no que se refere ao incentivo à inadimplência e à má-fé do devedor, entre outros.

Por oportuno, passa-se a uma rápida análise das disposições sobre a impenhorabilidade trazida pela lei em comento e a sua aplicação pelos tribunais pátrios.

Pois bem. A Lei 8.009/90 ponderou no artigo 1º que o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, e os móveis que guarnecem a residência, desde que quitados, não podem ser expropriados para fazer frente ao pagamento de dívidas civis, trabalhistas, fiscais, ou de quaisquer naturezas, contraídas pelos cônjuges (leia-se aqui também os companheiros) ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e que residam no bem de família, com exceção às hipóteses contempladas pela mesma norma.

A impenhorabilidade reconhecida pela lei alude, contudo, ao único imóvel utilizado para moradia permanente do ente familiar, sendo certo que “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”, conforme leva a efeito o parágrafo único do artigo 5º da referida lei.

A entidade familiar disposta pela lei faz referência aos tipos de família reconhecidos pela Constituição Federal no artigo 226, quais sejam, a família matrimonializada, a derivada de união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental. Entretanto, a entidade familiar não pode ser sopesada sob um rol taxativo, eis que podem existir maneiras outras de constituição de entidade familiar, como já reconhecido pela jurisprudência pátria, em especial, quanto à família formada por irmãos e derivada de relação homoafetiva<sup>10</sup>.

Em abono a tal tese confira-se a doutrina do Professor Álvaro Villaça Azevedo:

---

<sup>10</sup> Sobre o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar destaque-se o seguinte excerto do acórdão proferido pela Primeira turma do Supremo Tribunal Federal, RE 687432 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 18/09/2012, “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”.

essa enumeração de formas de constituição de família não é, nem poderia ser taxativa; primeiramente, porque não é a lei que escolhe o modo de constituir família; depois porque as enunciadas não esgotam essas formas de constituição. A família nasce espontaneamente, como uma instituição social que é. (2010, p. 191).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça consolidou na súmula 364 o entendimento de que a impenhorabilidade do imóvel residencial aplica-se também à pessoa que reside sozinha, como ocorre com o viúvo, o separado e o solteiro, em respeito ao direito à moradia, consagrado pelo artigo 6º da Constituição Federal.

Ademais, a norma apresenta correta amplitude à impenhorabilidade do bem de família ao compreender como objeto de proteção tanto os imóveis urbanos quanto os rurais<sup>11</sup>, não abrangendo, entretanto, o terreno não edificado, porquanto o imóvel constituído bem de família deve servir de moradia para esta.

Todavia, parte da doutrina e da jurisprudência vem firmando o entendimento de que o imóvel parcialmente alugado ou destinado a outro fim que não o residencial, como por exemplo, para o exercício da atividade profissional, não pode ser penhorado, vez que a renda obtida com a locação “supõe-se reverter-se em benefício da família, o que corresponde aos fins sociais da lei.” (LÔBO, 2012, p. 401).

Com ênfase, maior controvérsia existe em torno da locação integral do único bem imóvel, cuja renda é destinada para a locação de outro imóvel de valor inferior para servir de moradia da família e para manutenção de suas necessidades. Sobre o tema, Paulo Lôbo posiciona-se no sentido de que “tais circunstâncias não afastam a proteção legal, porque não tem intuito de fraudar credores e a impenhorabilidade preserva o direito fundamental à moradia em outro local com a renda obtida pelo imóvel” (2012, p. 401).

Por seu turno, os bens móveis também integram o bem de família legal, que ficam afetados ao imóvel, e são compreendidos como “todos os (bens) que podem ser destacados do imóvel onde se encontrem, por movimento próprio ou remoção de

---

<sup>11</sup> Antes mesmo da concepção da legislação ordinária em comento, a pequena propriedade rural recebeu tratamento especial pela Constituição Federal de 1988 que, no art. 5º, XXVI, dispôs que “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”, de tal sorte que a Lei 8.009/90 apenas veio a melhor regulamentar esta proteção com guarida expressa na Carta Constitucional.

força alheia, sem perder suas autonomias físicas e econômicas, (...) e que são utilizados pelos integrantes da entidade familiar.” (LÔBO, 2012, p. 400).

Como se extrai do próprio dispositivo legal, o artigo 2º exclui, de forma lógica e coerente, a impenhorabilidade sobre os veículos de transporte (exceto o veículo utilizado como instrumento de trabalho), obras de arte e adornos suntuosos, cabendo à interpretação do aplicador da lei traçar os contornos do que são *adornos suntuosos*.

Outra grande e acertada novidade conferida pela lei 8.009/90 concerne ao parágrafo único do artigo 2º, que reconhece às pessoas que residem em imóvel locado o amparo da impenhorabilidade aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário.

Entretanto, a lei estabeleceu algumas ressalvas à impenhorabilidade do bem de família, cominadas nos artigos 2º, 3º e 4º da lei em estudo, casos em que a realidade fática mostra-nos ser possível a distorção do caráter social da lei e que colocam em risco a própria seriedade do ordenamento jurídico.

### 3.2 AS EXCEÇÕES À IMPENHORABILIDADE

Como exposto, a impenhorabilidade do bem de família não é absoluta, e pode ser afastada nas hipóteses previstas expressamente pela Lei 8.009/90.

As exceções à proteção dos bens do devedor foram estabelecidas em virtude de que algumas circunstâncias poderiam acarretar a subversão do instituto, situações em que se estaria contemplando a proteção do devedor de má-fé, como na hipótese excepcionada pelo artigo 4º, em que a lei dispõe que não irá proteger o sujeito que, “sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”.

A abordagem sobre as hipóteses de penhorabilidade do bem de família do devedor é ainda mais precisa no artigo 3º, *in verbis*:

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.

A primeira exceção ao pálio da impenhorabilidade contemplada pelo artigo 3º alude à possibilidade de execução do bem residencial para o pagamento de créditos de trabalhadores domésticos e, no entendimento de Villaça Azevedo, de todos aqueles que trabalharam em prol da construção do imóvel familiar, como por exemplo, o pedreiro e o electricista (AZEVEDO, 2010, p. 207).

A prerrogativa da impenhorabilidade também não pode ser exercida frente à dívida decorrente de financiamento para a construção e a aquisição do imóvel, bem como do crédito decorrente de pensão alimentícia, em virtude do caráter eminente deste, pois traz íntima relação com a existência digna da pessoa humana, que vem a proteger o alimentando.

Ainda, o imóvel residencial pode ser expropriado para o adimplemento dos impostos derivados do imóvel familiar, assim como das obrigações *propter rem*, como por exemplo, as despesas condominiais.

Já o inciso V do referido artigo, discorre sobre a garantia real da hipoteca, consignando-se a possibilidade da expropriação de imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

A jurisprudência, por seu turno, admite a penhorabilidade do bem de família apenas quando há hipoteca na qual o devedor renuncia à impenhorabilidade, desde que a dívida tenha sido constituída em proveito da própria família ou do devedor (solteiro). Se for constituída em proveito de terceiros ou de pessoa jurídica, ainda que o proprietário seja sócio, não havendo demonstração de efetivo benefício para a família, a hipoteca não se mantém.

Este vem sendo o entendimento do STJ, como demonstra a seguinte ementa de acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. 1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade. 2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90. 3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro. 4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 988.915/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 08/06/2012).

Além disso, o bem de família pode ser expropriado nos casos em que tenha sido adquirido com produto de crime, assim como para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Ressalte-se que esta exceção faz-se lógica e necessária para que o ordenamento jurídico não se assente condizente com práticas criminosas e chegue ao cúmulo de proteger o patrimônio construído sobre proventos ilegais.

Por fim, temos a exceção contemplada pelo inciso VII, acrescida pela Lei nº 8.245/91. A exceção inserida neste inciso versa sobre a possibilidade do bem de família ser penhorado nos casos em que a obrigação exequenda decorra de fiança concedida em contrato de locação, o que, como se demonstrará a seguir, não pode prosperar no ordenamento pátrio, pois absolutamente contrária aos desígnios do instituto do bem de família e aos princípios constitucionais nele empreendidos.

### 3.3 A FIANÇA LOCATÍCIA E A LEI 8.009/90

Numa leitura Constitucional do Código Civil, principalmente à luz dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), da Solidariedade Social (art.

3º, I) e da Isonomia (art. 5º, *caput*) (CF/1988), verifica-se que o dispositivo do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990 confronta com os ideais constitucionais insculpidos no instituto do bem de família.

Isto porque o legislador, ao editar a Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família, viu-se em meio a dois interesses contrapostos: o interesse do credor, representado pelo direito de ter seu crédito satisfeito, e o interesse do devedor, de responder por suas obrigações com todos os bens que possuísse. Assim sendo, ao ponderar os preceitos constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade social, optou por proteger um mínimo de patrimônio ao devedor para assegurar-lhe uma vivência digna, mesmo que em detrimento do direito de crédito do credor.

A acertada escolha do legislador demonstra que “entre a garantia creditícia e a dignidade da pessoa, opta-se por esta, que deve propiciar a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência” (FACHIN, 2006, p. 173).

Com efeito, trata-se de um limite social às obrigações e aos contratos e traz para a concretude uma efetiva proteção ao sujeito, mesmo que em situação de inadimplência.

No entanto, ao nos depararmos com a exceção perpetrada contra o fiador em contrato de locação, verificamos que a garantia de condições mínimas de sobrevivência e amparo à pessoa não encontram guarida frente ao crédito do locador.

Esta exceção não estava prevista na redação original da Lei 8.009/1990, sendo que a sua inserção ocorreu apenas em 1991, com o advento da Lei nº 8.245, a qual dispunha sobre a locação de imóveis urbanos.

Alguns juristas, inclusive boa parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como será analisado oportunamente, asseveram que a ressalva feita ao fiador de contrato de locação foi instituída para facilitar ao locatário o acesso à moradia e viabilizar o mercado imobiliário, eis que os locatários encontravam grande dificuldade para encontrarem fiadores que possuíssem mais de um bem imóvel para emprestar-lhes a garantia pessoal.

No entanto, a exclusão contemplada pelo dispositivo legal não distingue os contratos de locação residenciais dos contratos de locação comerciais, caindo por terra o argumento de que a exceção pretende assegurar o direito à moradia, eis que

o fiador pode ter seu bem de família expropriado para fazer frente ao pagamento de dívidas provenientes de alugueres de imóvel comercial.

Ainda, a própria Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245, traz no artigo 37 outras formas de garantia ao contrato de locação que não a fiança. São elas a caução, o seguro de fiança locatícia e a cessão de quotas de fundo de investimento. Havendo, deste modo, outras formas de garantir o contrato de locação, o suposto acesso ao direito à moradia pode ser realizado de outras formas que não sejam tão prejudiciais à dignidade da pessoa humana quanto o é a fiança concedida em contrato de locação nos moldes atuais.

Por certo, o mercado adapta-se as novas situações que o cotidiano impõe. Todavia, cabe também ao Estado provocar estas mudanças, vale dizer, deve o Estado proibir que o bem de família do fiador possa ser expropriado para garantir dívida decorrente de contrato de locação. Seguramente, o mercado imobiliário não deixará de existir caso o fiador seja patrocinado pela impenhorabilidade do bem de família, mas o fará utilizar as outras formas de garantia que o ordenamento lhe oferece, ou então, trará para os contratos de locação os mesmos riscos a que se submetem as demais espécies de contratos e obrigações que são garantidos por fiança, qual seja, a de que o fiador não poderá fazer frente ao cumprimento da obrigação com o seu bem de família.

A exceção feita à obrigação decorrente de contrato de locação tende muito mais a um caráter patrimonialista que social, posto que a sua finalidade imediata encontra-se na tutela à garantia creditícia sem levar em conta a proteção da dignidade da pessoa humana, o direito à moradia e os valores de solidariedade em que a República se assenta.

Por outro lado, há veemente desrespeito ao princípio da isonomia inserido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, face ao descompasse gerado pela introdução da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador, eis que o ordenamento jurídico colocou o garante em posição de inferioridade face ao próprio locatário afiançado.

Isso porque o parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.009/90 assegura ao locatário que reside em imóvel locado a impenhorabilidade dos bens móveis quitados que guarneçam a sua residência e que sejam de sua propriedade. Por outro lado, afirma que os bens de família do fiador cuja obrigação decorre de

contrato de locação são excluídos da proteção da impenhorabilidade.

Ocorre, entretanto, que a fiança “é o contrato acessório pelo qual terceira pessoa (fiador) se responsabiliza, total ou parcialmente, pelo cumprimento da obrigação do devedor, caso não seja cumprida por este” (WALD, 2011, *apud* Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas 1990, p. 999), e “é acessório uma vez que a sua sorte depende diretamente da obrigação principal, extinguindo-se com a extinção daquela e somente tornando-se exigível com o seu descumprimento” (WALD, 2011, p. 999-1000)

Deste modo, os bens do locatário afiançado, devedor principal da obrigação, restam protegidos pelo pálio da impenhorabilidade e seus bens móveis não podem ser expropriados para responder por dívidas de qualquer natureza, enquanto que o seu fiador, cuja obrigação é essencialmente subsidiária, pode suportar tais constringências. Conclui-se, portanto, que a situação normativa imposta pela exceção em estudo acarreta a inversão dos limites da obrigação, uma vez que a obrigação acessória ultrapassa os limites da obrigação principal.

Por seu turno, o benefício de excussão, também chamado de benefício de ordem, restou desconfigurado através da inserção da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador. Isto porque “em sua relação com o credor, o fiador pode opor o chamado benefício de ordem (CC, art. 1.491 e CCom., art. 261) que consiste em, quando demandado pela dívida, exigir a execução prévia dos bens do devedor, indicando-lhes à penhora até a contestação da lide” (WALD, 2011, p. 1001), bem como porque “no contrato de fiança, está implícito que o fiador só é obrigado a pagar depois de verificado que o devedor principal não pode fazê-lo, a menos que figure cláusula expressa visando afastar essa ordem de preferência” (SIDOU, 2011, p. 1062).

Desta sorte, o locatário afiançado incitado a adimplir suas dívidas e que só tiver em sua propriedade um bem de família, não poderá responder pela obrigação. A seu turno, a execução será dirigida ao fiador, o qual, mesmo que esteja em situação equiparada ao do locatário afiançado e só possuir um único bem de família, terá o seu patrimônio expropriado.

Sobre as injustificáveis controvérsias do inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, o Professor Rainer Czajkowski acentua que:

De todas as exceções do art. 3º esta parece ser a redigida de forma mais inadequada, por colocar o fiador em situação de inferioridade frente ao próprio afiançado. A Lei 8.009/90 garante a impenhorabilidade até dos móveis quitados que guarnecem a residência alugada ao locatário e que sejam de sua propriedade (art. 2º, parágrafo único), mas não protege o imóvel residencial do fiador e sua família, portanto, também não os móveis que guarnecem essa moradia. A discriminação é ainda mais flagrante se analisado o exercício de direito regressivo por parte do fiador contra o locatário afiançado, em que este goza da proteção legal sobre o bem de família de sua propriedade, que eventualmente tiver, enquanto que o fiador, quando precisou honrar a garantia prestada, teve o mesmo benefício expressamente excluído pela lei (1993, p. 110).

Vale dizer, a geladeira, o fogão e a cama do locatário afiançado não podem ser penhorados para fazer frente ao pagamento das dívidas provenientes dos alugueres do imóvel que locou, independentemente de ter fixado ali a sua moradia ou estabelecimento comercial, ao passo que a geladeira, o fogão e a cama pertencentes ao fiador serão expropriados para pagamento da dívida do locatário afiançado. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 3º, III, DA LEI 8.009/90. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. BENS DE FAMÍLIA DO LOCATÁRIO. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Para abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no tribunal de origem. Hipótese em que a aplicação do art. 3º, III, da Lei 8.009/90 não foi debatida no acórdão recorrido. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

**2. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inovação trazida pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, que tornou impenhorável o bem de família do fiador nas obrigações decorrentes de fiança concedida em contrato de locação, não se aplica ao locatário, sendo vedada a penhora dos bens de família de sua propriedade, ainda que em execução proposta pelo locador a fim de solver dívida advinda da relação locatícia.**

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 772.230/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 23/10/2006, p. 351) (Grifos não constam do original)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

**1. Esta Corte Superior de Justiça, acompanhando o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do RE nº 407.688/SP, passou a adotar o entendimento de que, mesmo após a**

**edição da Emenda Constitucional nº 26/2000, é legítima a penhora sobre bem de família de fiador de contrato de locação, a teor do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, acrescentado pelo artigo 82 da Lei nº 8.245/91, inclusive para os pactos anteriores à vigência deste diploma legal. Precedentes.**

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1049425/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 29/09/2008) (Grifos não constam do original)

Há ainda quem defenda que o legislador para compreender tal exceção pauta-se na autonomia da vontade do fiador, que opta por prestar a fiança mesmo sabendo que possui um único bem de família para assegurar a obrigação do locatário. No entanto, a Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família é, para todos os efeitos, de ordem pública e a autonomia privada do fiador deve ser limitada pela dignidade da pessoa humana, como ocorre com restante do ordenamento jurídico.

Veja-se que a lei em referência traz inovação justamente neste sentido, uma vez que o seu caráter público inibe a disposição pelo devedor de todos os seus bens, sem que lhe reste um patrimônio mínimo a assegurar-lhe uma vida digna, nos ditames da justiça social.

Ademais, a lei exclui do manto protetor da impenhorabilidade apenas o fiador de contrato de locação, sendo que “não é válida a penhora de imóvel residencial de fiador ou avalista do devedor, cujas dívidas foram contraídas para construção do imóvel residencial” (FACHIN, 2006, p. 152), o que demonstra ainda mais a ausência de razoabilidade para a exceção feita à espécie de garante de obrigação específica.

Sendo assim, não há qualquer escusa à impropriedade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, principalmente quando sopesados os valores constitucionais que a exceção ao fiador de contrato de locação comporta, como se demonstrará adiante em melhor estudo.

## 4 O BEM DE FAMÍLIA SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

### 4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PATRIMÔNIO MÍNIMO

A ideia da dignidade da pessoa humana advém de uma construção filosófica, cultural e histórica, iniciada a partir de uma reflexão sobre a pluralidade humana e os atributos que conferem aos homens serem iguais e diferentes a um só tempo. Em que pese já na Antiguidade afirmar-se que os homens detinham uma “qualidade própria, uma ‘dignidade’ inerente à espécie humana” (MORAES, 2003, p. 77), foi a partir do cristianismo que surgiu a concepção de uma dignidade individualizada, inerente a cada ser humano, decorrente da relação direta que cada indivíduo possuiria com o mesmo Deus, a qual encontra residência na alma de cada indivíduo (MORAES, 2003, p. 77-78).

O cristianismo introduziu a concepção ética de que o homem, por sua *natureza fraca e pecadora*, deve realizar atos de dever para atender à lei divina e tornar-se virtuoso. Este dever, desempenhado pelo homem através de uma *conduta moral*, permaneceu na concepção ética ocidental mesmo com o afastamento da *filosofia moral dos princípios teleológicos e das fundamentações transcendentais* ocorridos em meio ao renascimento humanista (MORAES, 2003, *apud* CHAUI, 1997, p. 78-79).

Foi, entretanto, Kant quem conferiu novos contornos à moralidade, através de seu *imperativo categórico*, que preceituava ao homem um agir “de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral” (MORAES, 2003, *apud* CHAUI, 1997, p. 80), composto pelo preceito de que “o ser humano deve sempre ser tomado também como um fim, e não apenas como meio. Ainda que como meio seja tomado, simultaneamente deverá ser um fim em si mesmo”. (FACHIN; RUZYK, 2011, *apud* KANT, s.d., p. 309)

Maria Celina Bodin de Moraes ao discorrer sobre o substrato material da dignidade da pessoa humana, construída a partir da ideia kantiana, infere dele quatro postulados, a destacar: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é

parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado” (2006, p. 85).

Ato contínuo, assinala que “são corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade” (2006, p. 85), demarcando, desta forma, que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como uma condição jurídico-normativa.

Em que pese à razão prática kantiana também ter sido utilizada como substrato do positivismo jurídico, em virtude de seu abstracionismo, por uma questão metodológica, a reflexão que se fará aqui parte da moral kantiana como fundamento do respeito à dignidade da pessoa humana atual, resgatada através da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948 (ONU), a qual estabeleceu, desde o artigo I<sup>12</sup>, um referencial normativo à compreensão da noção jurídica de dignidade, e que “tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988” (MORAES, 2003, p. 82).

O preceito da dignidade da pessoa humana se assenta como um atributo inerente a todo e qualquer ser humano, perpetrando-se como a qualidade que distingue o homem das coisas e que “é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”, ao passo que, constituindo-se a “expressão da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida” (SARLET, 2011, p. 331).

Para além de ser uma característica inerente à natureza humana, Sarlet afirma ainda o sentido cultural que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta, “sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente” (2011, p. 332)

Fator importante para o estudo do princípio refere-se, entretanto, não apenas acerca de uma conceituação em abstrato, como *mero apelo ético*, mas é necessário que o seu conteúdo seja acurado “no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana”, estabelecendo-se como “limite e tarefa dos poderes estatais” (SARLET, 2011, p. 333).

---

<sup>12</sup> Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Ou, ainda nas palavras de Sarlet, podemos conceituar de forma mais ampla e completa a dignidade da pessoa humana como:

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (2011, p. 336).

Albergado na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana influenciou diretamente o Direito Privado. Neste sentido, os *três pilares do direito civil*, quais sejam, o contrato, a propriedade e a família, também tiveram suas esferas modificadas em decorrência deste princípio. (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 314).

Gustavo Tepedino afirma que “O Texto Constitucional brasileiro, por intermédio de tais dispositivos (a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa), constrói uma nova ordem pública, que penetra nas entranhas dos institutos de direito civil, tradicionalmente reservados à liberdade individual, superando a vestuta partição entre o direito público e o direito privado, em função dos valores superiores da dignidade da pessoa humana e da plena realização de sua personalidade, para os quais se funcionalizam, assim, a família, a propriedade, a empresa privada.” (TEPEDINO, 2011, p. 116)

No que concerne à família, o princípio da dignidade da pessoa humana sobrepujou o caráter institucional da família e cominou a ela a finalidade de ser o ambiente de realização e satisfação dos anseios dos sujeitos, que estão unidos por laços de afetividade, num âmbito de coexistencialidade. Sob esta perspectiva, o direito passou a buscar a proteção do ente familiar, uma vez que está assim protegendo um espaço de afeto e, simultaneamente, oferecendo meios de tutela da dignidade dos componentes da família (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 314).

Para o direito à propriedade, o princípio da dignidade da pessoa humana fez emergir a função social, a qual relativiza o direito absoluto dos sujeitos sobre a propriedade, a qual deixa de ter como único fim a satisfação do interesse de seu proprietário, mas passa a atender também aos anseios da coletividade, e insere,

ainda, a problemática do acesso à propriedade, um dos deslindes do acesso à moradia.

Nesta ordem de ideias, podemos destacar como subprincípio da relação existente entre o princípio da dignidade e a propriedade “a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, da tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo” (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 316).

A tutela a um patrimônio mínimo é, por sua vez, a base que ancora a exceção que se faz ao direito material de execução. Vale dizer, “trata-se de reconhecer limites para a responsabilidade patrimonial do devedor, por meio da vedação a pretensão de reduzi-lo à miserabilidade” e que desemboca na necessidade “de assegurar um patamar patrimonial que propicia livre desenvolvimento de capacidades individuais” (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 316).

Neste sentido, extraímos significado mais palpável acerca do princípio da dignidade da pessoa humana por ser um “dado concreto, aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade – que não se apresenta apenas em um âmbito formal, mas se baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade” (FACHIN; RUZYK, 2011, p. 311).

Sob estes matizes é que se verifica na impenhorabilidade do bem de família o seu caráter instrumental, que alberga a proteção da dignidade da pessoa humana, cuja personalidade desenvolve-se no seio familiar, bem como o direito a um patrimônio mínimo.

O mínimo, por sua vez, é captado sob a ótica de um “conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo” (FACHIN, 2006, p. 280-281), cujo conteúdo deve ser instituído “pelo princípio da subsistência digna” (FACHIN, 2006, p. 289). Vale dizer, o mínimo não corresponde obrigatoriamente ao simples direito de propriedade, mas refere-se às condições materiais mínimas a propiciar uma vivência digna dos sujeitos.

É natural que a ideia inserida neste instituto civil-constitucional gere certo desconforto ao ordenamento por “legitimar a limitação e a restrição ao crédito e ao exercício sobre o próprio patrimônio ou os bens de outrem” (FACHIN, 2006, p. 289), no entanto, o prisma a ser considerado trata-se de que “A existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e

ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam” (FACHIN, 2006, p. 278).

Resta latente a injustiça cominada pela exceção contida no inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, uma vez que, em flagrante ato atentatório à dignidade da pessoa humana, relega proteção à moradia do fiador de contrato de locação, o que representa, inclusive, a desconsideração de que o garante não tem direito a um patrimônio mínimo. Como exposto, a proteção concedida pelo ordenamento jurídico ao devedor advém da concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e não pode ser ignorado pelo ordenamento, sob pena de estar-se atentando contra a Magna Carta e até mesmo distorcer o imperativo categórico kantiano de que o homem jamais deve ser utilizado como um meio para atingir outras finalidades, vez que sempre deve possuir finalidade em si mesmo.

#### 4.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O princípio constitucional da igualdade traz em seu cerne o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que consiste, de forma bastante simplista, “no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais” (MORAES, 2003, p. 86).

Para o Estado democrático de direito, a igualdade é compreendida como seu elemento central, “como fundamento republicano que funciona como eixo definidor de legitimidade do direito e de suas práticas discursivas” (DA SILVA, 2011, p. 525).

Trata-se de um preceito voltado tanto para o aplicador da lei, quanto para o legislador, eis que “não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas” (MELLO, 2004, p. 9).

O destinatário do princípio constitucional da igualdade é, neste sentido, “o legislador e, em consequência a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.” (MELLO, 2004, *apud* CAMPOS, 1956, p. 9).

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o princípio da isonomia é encontrado no *caput* do art. 5º, assim como no art. 3º, I, III e IV, que tratam do

compromisso do Estado de reduzir as desigualdades sociais e promover do bem de todos. Os preceitos traçados na Constituição visam estabelecer formas de regular a vida social e impedir que a lei seja fonte de privilégios ou de perseguições.

Para tanto, o direito reconhece a disparidade entre os sujeitos e busca na igualdade propiciar meios que não excluam uns e outros da sociedade. No brilhante brocardo de Rui Barbosa, encontramos preciosa lição acerca da igualdade:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios de inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualmente flagrante, e não igualdade real” (TEPEDINO, 2011, *apud* BRABOSA, 1995, p. 115)

Entretanto, cumpre acrescentar que a igualdade não se resume à igualdade formal dos sujeitos, mas principalmente a igualdade substancial. A igualdade formal, revestida pelos ideais liberais, encontra respaldo na esfera normativa e impõe tratamento igualitário aos sujeitos perante a lei. Já igualdade substancial, ou material, por seu turno, possui conteúdo axiológico e garante igualdade efetiva entre os sujeitos, eis que assimila a existência de desigualdades entre eles e impende um tratamento desigual para os desiguais, objetivando diminuir disparidades.

A partir do reconhecimento de que os sujeitos são desiguais e precisam de uma atuação efetiva do Estado para equilibrar as relações sociais, nasce para o Poder Público o dever de dirimir estas desigualdades, sem que, entretanto, seus atos incorram, eles próprios, em atos contrários à justiça social. Surge, neste sentido, a cautela de distinguir em que medida um tratamento pode ser considerado injusto, quais são as “discriminações juridicamente intoleráveis” (DA SILVA, 2011, p. 528) e quais se encontram em consonância com o ordenamento jurídico para realização dos preceitos constitucionais.

Esta necessidade surge a partir de que “o não reconhecimento de um *discrímén* como odioso (*suspect classification*) pode fazer com que um determinado grupo de pessoas aos quais ele se aplica se veja menos protegido em seus direitos e, portanto, mais sujeito a “violações” jurisprudencialmente toleráveis, fazendo com que essas pessoas sejam titulares de uma cidadania de menor importância ou densidade” (DA SILVA, 2011, p. 533).

Em busca de uma metodologia para estabelecer *critérios para identificação do desrespeito à isonomia*, Celso Antônio Bandeira de Mello indica ser necessário:

investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: guarda ou não harmonia com eles (MELLO, 2004, p. 22).

No caso da impenhorabilidade do bem de família, a desigualação infligida contra o fiador em contrato de locação não está afinada com os valores prestigiados pelo ordenamento jurídico. Não se vislumbra nesta exceção qualquer consonância lógica entre os interesses absorvidos pelo sistema constitucional e confere tratamento absolutamente desproporcional a tipo específico de garante, em relação obrigacional minimamente específica, qual seja, contrato de locação.

Todo o ordenamento jurídico ruma à proteção da dignidade da pessoa humana, proteção esta que, em uma de suas manifestações, limita a expropriação patrimonial do devedor e protege seu bem de família, isto em reconhecimento e respeito à dignidade que lhe é inerente. No entanto, a exclusão do benefício à impenhorabilidade ao fiador de contrato de locação não respeita esta limitação e coloca-o em posição de inferioridade em face das demais espécies de garante, bem como frente ao próprio locatário, como explicitado anteriormente.

Celso Antonio Bandeira de Mello, em busca de estabelecer elementos que identificam a ocorrência de infringência ao princípio da isonomia, aponta que a ofensa ao princípio ocorre quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. (...)

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita (2004, p. 47-48).

No caso do inciso VII, art. 3º da lei 8.009/90, a inconstitucionalidade do preceito normativo decorre do fato de que o tratamento legal imposto ao fiador em contrato de locação não guarda coerência lógica com a totalidade da ordem constitucional (princípio da dignidade humana e direito à moradia) e até mesmo da ordem civil (posição de inferioridade do fiador face ao próprio locatário afiançado e inversão do benefício de ordem).

Há, neste sentido, eminente disparidade de tratamento do princípio da igualdade *na lei*, vez que o legislador impôs uma desigualdade para um grupo determinado ao retirar-lhe uma segurança a um patrimônio mínimo, em detrimento dos mais comezinhos valores adotados pela República.

A desigualdade e injustiça incorrida pelo legislador não apresentam justificativa para a diferenciação realizada, em especial, quando da análise da exceção em comparação aos princípios constitucionais inseridos na ordem econômica e social.

O princípio da isonomia foi flagrantemente violado pelo inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, na medida em que retirou do fiador de contrato locação a proteção ao patrimônio mínimo pertencente a todo e qualquer sujeito no ordenamento pátrio, exceto quando a sua postura é contrária à própria ordem constitucional, como ocorre, por exemplo, com o devedor de má-fé.

Não é este o caso do fiador de contrato de locação. Ele é, como todos os demais devedores, digno de respeito do Estado e da sociedade, de modo que a concessão de garantia pessoal em um negócio jurídico não pode impor-lhe tamanho tratamento prejudicial, ao ponto de ter o lar de sua família expropriado.

Veja-se que tal distinção é realizada de forma específica, atingindo apenas um grupo particular de garante. É como se a lei afirmasse que todos os sujeitos estão obstados a dispor de seu bem de família e fazem jus a proteção de sua dignidade, mas o fiador de contrato de locação não.

Este sujeito é o único a que o ordenamento permite dispor de seu patrimônio mínimo em relações negociais, sob o pretexto de garantir o direito à moradia de terceiro, tendo, portanto, a proteção de sua dignidade diminuída frente ao interesse de outrem.

Todavia, “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania” (MELLO, 2004, *apud* BUENO, 1857, p. 18). Resta-nos concluir que, diante da ausência de razão muito valiosa do bem público, a violação à isonomia aqui em estudo incorreu na diminuição da dignidade do fiador em contrato de locação.

Mais flagrante ainda é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que, embora seja o “guardião da Constituição”, permitiu que a inconstitucionalidade da norma fosse mantida.

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva refletindo sobre o princípio da igualdade no entendimento do STF aduz que: “Em matéria de violações à igualdade, por inserção indevida de destinatários da norma, o Judiciário deve funcionar como legislador negativo, retirando a eficácia da norma viciada e, portanto, corrigindo o rol de seus destinatários” (2011, p. 531).

Entretanto, não foi esta a postura adotada pela Suprema Corte Brasileira no julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, onde ficou consignada a constitucionalidade do inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, cuja análise merece estudo especial, a ser deduzido em tópico próprio.

#### 4.3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REXT 407.688-8 E DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90

Desde a introdução do inciso VII no art. 3º da Lei 8.009/90 pela Lei 8.245/91, a doutrina, e até mesmo parte dos aplicadores da lei, não se posicionavam favoravelmente à exceção à impenhorabilidade do bem de família do locador cuja obrigação decorresse de contrato de locação. Entretanto, a discussão sobre a inconstitucionalidade deste inciso tornou-se ainda mais acirrada a partir da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, que alterou o artigo 6º da Constituição e inseriu dentre os direitos sociais o direito de moradia, nos seguintes termos:

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.

A controvérsia constitucional travada sobre a existência ou não de violação à Carta Constitucional em face da nova redação dada ao artigo 6º da Constituição, alcançou, como curso natural do processo, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 407.688-8, interposto por um fiador de contrato de locação que teve seu bem de família penhorado em decorrência da obrigação assumida por ele em prol do locatário afiançado, colocando-se em discussão se a possibilidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação persistia mesmo após o advento da emenda supramencionada.

O Relator do processo, o Ministro Cezar Peluso, ao negar provimento ao Recurso e entender pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, consignou que o direito à moradia, garantido constitucionalmente, não se confunde com o direito de propriedade de imóvel, assim como que deve ser provido pela ordem constitucional através da viabilização do mercado imobiliário, ao passo que o direito à moradia também é assegurado através de locação de imóvel. Veja-se, por oportuno, alguns excertos de seu voto:

(...) não repugna a ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, *com direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores (RE 407.688-8. p. 884,885).

(...) a norma deveras comporta redução teleológica que, para acomodar à tutela do direito social de moradia, na dupla face de resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação, exclua do seu programa normativo, sem mudança alguma do texto legal, certa *hipótese* de aplicação, qualificada pela existência de outro ou outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador (RE 407.688-8. p. 886).

Entretanto, em seu voto, o Ministro Cezar Peluso partiu da premissa de que a exceção é permitida pelo ordenamento constitucional, pois confere tutela ao direito à moradia em imóvel locado, deixando, todavia, de sopesar que a exceção legal não faz qualquer distinção entre imóvel residencial e imóvel comercial, o que demonstra que o art. 3º, VII, busca tão somente garantir e afirmar o mercado imobiliário, independentemente de qualquer caráter social.

Entre os frágeis argumentos trazidos pelo Ministro no julgamento do Recurso Extraordinário, tais como que “os fiadores não são obrigados a prestar fiança” (RE 407.688-8. p. 887), ou ainda, que o fiador, ao garantir uma obrigação de terceiro e “declara que pode garantir, mas na verdade, não pode, pois não tem nada para garantir” é então “um fraudador” (RE 407.688-8. p. 902), salta aos olhos a assertiva de que “a existência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia” trataria de romper o *equilíbrio de mercado*, o que faz transparecer que o preceito do artigo 170 da Constituição, de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, foi olvidada pelo defensor da Constituição.

Tem-se, pois, que o julgamento do Ministro tomou o assunto sob uma ótica estritamente mercadológica, preterindo seu papel de defensor da Constituição. O direito ao crédito do locador pode ser viabilizado através das outras formas preconizadas no artigo 37 da Lei 8.245/91, tais como a caução, o seguro de fiança locatícia e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento (opção incluída pela Lei 11.196/2005), sem que haja dano concreto, em caso de inadimplemento pelo locatário, à dignidade da pessoa humana do fiador, assim como para que o seu direito constitucional à moradia não seja deixado à mercê do locatário afiançado, como entende o Ilustre Ministro.

Neste sentido, há de se afastar em absoluto o argumento utilizado pelo Ministro Cezar Peluso, em discussão travada com o Ministro Eros Grau, de que se o locatário “não tivesse arrumado o fiador” então “não morava” (RE 407.688-8. p. 890), uma vez que o seguro fiança locatícia é instrumento absolutamente viável à substituição da fiança e cujo custo corresponde, aproximadamente, ao valor de uma a duas vezes e meia o valor do aluguel (<http://www.tudosobreseguros.org.br>).

Assim, verifica-se que a garantia ao crédito possibilitada pelo seguro atende aos preceitos constitucionais, sem acarretar na nocividade da garantia fidejussória. O posicionamento do Ministro Nelson Jobim, que acompanhou o voto do Relator, e supôs que o seguro de fiança locatícia colocaria o locatário nas mãos das empresas de seguro (RE 407.688-8, p. 924-926) foi fulcrado nitidamente no Direito Econômico, sem qualquer base empírica ou teórica, assim como sem qualquer estudo de campo sério que mostrasse a diminuição da oferta ou encarecimento da locação nesses casos, consistindo-se em mera dedução.

A ausência de um procedimento adequado de estudo desqualifica a afirmação do Ministro, sendo, neste caso, essencial uma pesquisa empírica acerca do “impacto pertinente, sobretudo no sentido de facilitar a aproximação prática” entre a diminuição da oferta de imóveis locatícios ou o encarecimento da locação, o que impede que seja dada “maior concretude às argumentações” do Ministro quanto à redução do mercado (Demo, 1994, p. 37).

O digníssimo Ministro, ao entender que “à medida que restringimos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores – como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuídos” (FONTE: RE 407.688-8. p. 894), pareceu subestimar a capacidade de adaptação mercado, posto que o tomou como algo imutável, congelado em suas formas predispostas de existir.

Todavia, não é este o caminho que aponta a realidade. O mercado se adéqua às circunstâncias fáticas e legais, e, portanto, cumpre tanto ao legislador, quanto ao seu aplicador, e, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, garantir o cumprimento das diretrizes constitucionais, inclusive, incitando o mercado a se adaptar aos preceitos constitucionais, e não o contrário.

Ademais, o Ministro contradiz a própria assertiva de que o fiador garante o contrato de locação por vontade própria. Por certo, conhece o ilustre Ministro as circunstâncias fáticas que contornam as relações locatícias residenciais, sabe que as imobiliárias não deixam opção aos locatários, senão apresentar um fiador para garantir o contrato de locação, que geralmente é um pai, um vizinho, um amigo, um parente, que se vê impingido a conceder a garantia ao locatário para ajudá-lo; sabe, pois, que os particulares envolvidos não são materialmente iguais, razão pela qual carecem de maior proteção do Estado, e, nestas circunstâncias, do Poder Judiciário.

Entre os julgadores que seguiram o voto do Relator, destaque-se a posição defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa, o qual afirmou, inoportunamente, que “a decisão de prestar fiança, como já se disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social

que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria” (RE 407.688-8, p. 899-900).

A insubsistência deste argumento existe na medida em que, como dito alhures, a Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família é de ordem pública, e, dada as vestes constitucionais assumidas pela autonomia privada, os sujeitos não podem dispor do bem de família em relações negociais, posto que tal medida acarreta consequências não apenas para o fiador, mas para toda a família.

Ademais, esta liberdade de prestar fiança sob a negação do bem de família é defendida apenas quando se fala em fiador de contrato de locação, eis que a fiança decorrente de qualquer outro tipo de obrigação coloca limites à autonomia privada e impede que o garantidor cumpra com a obrigação através da residência da família. Tal circunstância bem demonstra a manifesta violação ao princípio da isonomia, posto que a discriminação legal cominada pelo inciso VII do art. 3º é absolutamente desproporcional e não atende aos demais princípios constitucionais. Neste sentido, preciosa é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário (2004, p. 43).

O julgamento de improcedência do recurso, contudo, não foi unânime. Os Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello posicionaram-se contrariamente à declaração de constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação em face do art. 6º da Constituição.

Todavia, apenas o Ministro Celso de Mello venceu a ideia de impenhorabilidade do bem de família no caso da fiança de contrato de locação à ideia de violação da dignidade humana e do *mínimo existencial*. A defesa dos Ministros Eros Grau e Ayres Brito pautou-se restritivamente à matéria concernente ao direito de moradia, que pode ser consolidado, realmente, pela locação de imóvel, o que fragilizou, em grande medida, os argumentos favoráveis à impenhorabilidade do bem de família do fiador e os tornaram votos vencidos.

No entanto, como exposto no presente trabalho, a impenhorabilidade do bem de família não se constitui no mero direito de moradia, mas é também, direito a

um patrimônio mínimo, é a realização da justiça social pela ordem econômica, é a concretização do preceito da dignidade da pessoa humana e de todo o ordenamento civil-constitucional.

## 5 CONCLUSÃO

A Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família, fruto de um momento histórico de constitucionalização que redesenhou a sociedade brasileira, veio a ser editada para promover efetiva proteção à família e às pessoas que nela se correlacionam, garantindo com isso a proteção da moradia e da dignidade da pessoa humana.

Tratou-se de uma medida essencial à proteção da família contra a expropriação patrimonial absoluta do devedor até o limite da moradia, garantindo, deste modo, um patrimônio mínimo a assegurar uma vivência digna à pessoa humana em seu convívio familiar.

O instituto jurídico do bem de família somente veio a receber o devido acolhimento legal após a promulgação da Lei 8.009/90, em virtude da repersonalização do Direito Civil sob o pálio constitucional. Isto porque a Constituição de 1988 traçou diretrizes e impôs deveres ao Estado, com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.

No entanto, com o advento da Lei 8.245, de 1991, o ordenamento pátrio inseriu no rol de exceções do artigo 3º da Lei 8.009/90 o inciso VII, o qual retirou do fiador do contrato de locação o manto protetor da impenhorabilidade do bem de família, o que acarretou flagrante ofensa aos princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), da Solidariedade Social (art. 3º, I) e da Isonomia (art. 5º, *caput*), tanto pelo legislador, quanto pelos aplicadores da norma.

O supracitado dispositivo infraconstitucional não respeita a determinação contida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que trata de forma desproporcionalmente desigual locatário e fiador, cujas obrigações nascem da mesma relação jurídica, entabulada por meio do contrato de locação.

Veja-se que o locatário, que é o devedor principal da obrigação, não pode ter seu bem de família penhorado, mesmo que a execução seja iniciada pelo locador e proprietário do imóvel alugado, tendo em vista a proteção dada pela própria Lei nº 8.009, ao passo que o fiador do contrato de locação, devedor solidário, e cuja obrigação é subsidiária da principal, poderá ver seu imóvel residencial, sede familiar, penhorado para satisfazer um crédito locatício.

Com a impossibilidade da penhora do bem de família do locatário afiançado e a penhorabilidade do bem de família do fiador, o benefício de ordem, também resta prejudicado. Assim, nos termos em que o inciso VII foi inserido no art. 3º da Lei em estudo, faz transparecer que o ordenamento jurídico colocou o garante em posição de inferioridade face ao próprio locatário afiançado.

Frise-se que a exclusão contemplada pelo dispositivo legal em análise sequer distingue os contratos de locação residenciais dos contratos de locação comerciais, de tal modo que o fiador de contrato de locação pode ter seu bem de família expropriado para fazer frente ao pagamento de dívidas provenientes de alugueres de imóvel comercial, o que demonstra a impropriedade do argumento de que a exceção feita ao fiador em contrato de locação tem caráter social, eis que, supostamente, traria em seu cerne uma proteção ao direito de moradia.

Ademais, o ordenamento pátrio possui outras formas de garantir o acesso à moradia em imóvel locado, tais como a caução, o seguro de fiança locatícia e a cessão de quotas de fundo de investimento, previstos no artigo 37 da Lei 8.245. Estas opções, além de serem economicamente viáveis, são condizentes com a realidade social e econômica do país, além de não acarretarem prejudicialidade à dignidade da pessoa humana concreta, como ocorre com o fiador na hipótese de inadimplemento pelo locatário garantido fidejussoriamente.

Desta forma, compete ao Estado impor ao mercado que adote outras formas de garantir os contratos de locação e proibir que o bem de família do fiador possa ser expropriado para adimplir débitos decorrentes de alugueres locatícios, ou então, que o mercado imobiliário assuma os mesmos riscos que as demais espécies de contratos e obrigações que são garantidos por fiança se submetem, qual seja, a de que o fiador não poderá fazer frente ao cumprimento da obrigação com o seu bem de família.

Como exposto, a proteção concedida pelo ordenamento jurídico ao devedor advém da concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e não pode ser ignorado pelo ordenamento, sob pena de estar-se atentando contra as mais mezinhas garantias constitucionais. A importância dada pelo ordenamento à impenhorabilidade do bem de família denota-se do caráter público conferido à Lei 8.009/90, a qual intentou inibir a expropriação patrimonial do devedor para lhe assegurar um patrimônio mínimo a garantir-lhe uma vida digna, nos ditames da justiça social.

O fiador do contrato de locação, assim como as demais espécies de devedores e garantes, é digno de respeito do Estado e da sociedade, de modo que a concessão de garantia pessoal em um negócio jurídico não pode impor-lhe tratamento desigualitário, ao ponto de ter o lar de sua família expropriado.

Assim, atentando-se à possibilidade de violação aos direitos fundamentais da igualdade, da dignidade e da moradia, a partir deste inciso VII, é que se verifica sua inconstitucionalidade, sendo, portanto, necessário reacender o debate sobre a exclusão do fiador de contrato de locação do pálio protetor do instituto em questão, tencionando-se à reavaliação da jurisprudência do STF que, atualmente, entende pela constitucionalidade do referido dispositivo infraconstitucional, afirmando como possível a penhora de bem imóvel residencial da família do fiador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.200**, de 19 de abril de 1941.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973.

BRASIL. **Lei n. 8.009**, de 29 de março de 1990.

BRASIL, **RE 407.688-8/ Recurso Extraordinário** (Relator: Min. Cezar Peluso). Julgamento: 08/02/2006. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**. 1ª ed., 2ª tiragem. Curitiba : Juruá, 1993.

DA SILVA, F. D. L. L. **Princípio da Igualdade no Direito constitucional**. In: TORRES, R. L.; KATOAKA, E. T.; GALDINO, F. (org.), TORRES, S.F. (sup.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_ ; RUZYK, Carlos E. Pianovski. **Princípio da dignidade Humana no direito Civil**. In: TORRES, R. L.; KATOAKA, E. T.; GALDINO, F. (org.), TORRES, S.F. (sup.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Igualdade no Direito Civil**. . In: TORRES, R. L.; KATOAKA, E. T.; GALDINO, F. (org.), TORRES, S.F. (sup.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Famílias**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed., 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de família**. v. V. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. Tradução de: Maria Cristina Cicco. **Perfis de Direito Civil**. 2ª ed. – Renovar, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Princípio da Dignidade Humana no Direito Constitucional**. . In: TORRES, R. L.; KATOAKA, E. T.; GALDINO, F. (org.), TORRES, S.F. (sup.). Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SIDOU, J. M. Othon. **Efeitos da Fiança – Benefício de Excussão ou de ordem**. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (org). Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia. Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos. V. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Rui Barbosa e o Direito Civil**. In TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (org). Obrigações e Contratos: obrigações: estrutura e dogmática. Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

WALD, Arnaldo. **Exoneração do Fiador. Contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia**. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (org). Contratos em

espécie: atribuição patrimonial e garantia. Coleção doutrinas essenciais: obrigações e contratos. V. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Tudo sobre Seguros, Portal Institucional. Disponível em:  
< <http://www.tudosobreseguros.org.br/sws/portal/pagina.php?l=395>>. Acesso em dez. 2012.