

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NÃO ADMISSIBILIDADE DE PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA OFERTADO PELO DEVEDOR

Karla Ferreira de Camargo Fischer[†]

Octavio Campos Fischer[‡]

Sumário: 1 Introdução – 2 Considerações prévias acerca do bem de família – 3 Objeto de proteção do bem de família – 4 Bem de família como tutela do direito fundamental à moradia – 5 O bem de família ofertado à penhora – 6 Considerações finais – 7 Referências bibliográficas



1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o polêmico tema do bem de família ofertado e o direito à moradia. Para tanto, procurar-se-á traçar algumas questões basilares acerca do instituto bem de família, bem como analisar alguns aspectos polêmicos relacionados ao tema, elegendo, para uma análise mais acurada, a questão do bem de família ofertado à penhora.

[†] Professora de Direito Civil da UniBrasil/PR. Mestranda em Direito pela UniBrasil/PR. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Romeu Bacelar/PR. Advogada em Curitiba/PR. www.octaviofischer.com.br

[‡] Professor do Programa de Mestrado em Direito do IDP/DF e da UniBrasil/PR. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba/PR. www.octaviofischer.com.br

A polêmica traçada acerca da possibilidade de oferecimento do bem de família à penhora pelo próprio devedor divide doutrina e jurisprudência em posições maniqueístas a seu respeito. Os posicionamentos favoráveis à penhora pautam-se, basicamente, nos seguintes argumentos: (i) ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, interpretando-se restritivamente a Lei n. 8.009/90; (ii) vedação de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*); e (iii) a proteção concedida pela Lei n. 8.009/90 é passível de renúncia. Por outro lado, àqueles que não admitem a possibilidade da penhora do bem de família ofertado, rebatem os argumentos apresentados através de uma premissa basilar: o bem de família legal relaciona-se diretamente com o direito fundamental à moradia, sendo o seu exercício, essencial à concretização da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, objetiva-se estudar o bem de família legal como uma extensão do direito à moradia, analisando a aparente colisão entre autonomia privada e direito fundamental à moradia, além de analisar questão que versa sobre o conteúdo do mínimo existencial, no sentido de verificar se o direito à moradia pode fazer parte deste mínimo, além de perpassar pela possibilidade de dirigismo negocial nas relações subjetivas, aferindo a possibilidade de oferta do bem de família ou não.

2 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ACERCA DO BEM DE FAMÍLIA

O bem de família surgiu na República do Texas, logo após sua independência do México e mesmo antes de passar a integrar os Estados Unidos, por meio da edição de uma lei em 1839, com a denominação de *homestead*. O período de edição da referida lei foi marcado por uma grave crise econômica, a qual provocou uma insolvência generalizada, buscando a lei *homestead* proteger os bens domésticos móveis e os imóveis

que eram utilizados como residência da família.¹

No Brasil, o bem de família foi inserido no ordenamento civil através do Código Civil de 1916, o qual disciplinava, em seus artigos 70 a 73², o Bem de Família Voluntário ou Convencional, requerendo sua instituição através de escritura pública ou testamento. Segundo o preconizado no antigo diploma civilístico, competia aos "chefes de família" a faculdade de instituir a proteção do bem de família através de escritura pública transcrita no registro de imóveis ou testamento, devendo tal ato ser publicado na imprensa local. Tais formalidades para a instituição do bem de família visavam dar publicidade ao ato. Ainda era preconizado que a instituição da proteção do bem de família não poderia ultrapassar 1/3 do patrimônio líquido da família e a proteção era destinada apenas ao imóvel, não afetando as mobílias e demais acessórios que integravam o lar familiar. Cumpre ainda lembrar que o bem protegido era aquele pertencente às famílias instituídas pelo casamento, uma vez que no código revogado apenas se considerava como família a matrimonializada.

Em 1990, entrou em vigor no ordenamento pátrio a Lei n. 8.009, a qual passou a disciplinar o Bem de Família Legal, instituindo, de forma automática, a impenhorabilidade ao

¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 398.

² 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 ás 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.

imóvel que serve de residência à entidade familiar, por força da lei, sem necessidade de qualquer formalidade. A referida lei ainda amplia o alcance da impenhorabilidade do bem, atingindo os bens móveis, benfeitorias, plantações e equipamentos que guarneçam a residência familiar, desde que devidamente quitados³. Entretanto, excluem-se da proteção os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos, segundo o art. 2º, da Lei n. 8.009/90. A proteção dos bens móveis que guarneçam a residência familiar, busca resguardar àqueles que são essenciais à família, que deve continuar vivendo dignamente.⁴

As exceções à impenhorabilidade estão descritas no art. 3º, da Lei n. 8.009/90⁵, apresentando como questão mais

³ Lei n. 8.009/90. Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por 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. Parágrafo Único. A impenhorabilidade 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 guarneçam a casa, desde que quitados.

⁴ A jurisprudência vem considerando como impenhoráveis: televisão (REsp 875687/RS), aparelho de som, forno microondas, computador, impressora (REsp 589849/RJ), geladeira (REsp 201232/SP), dentre outros que são considerados essenciais à vida moderna, não existindo um rol taxativo acerca do que pode ser penhorado ou não. Dependerá de cada caso, onde o que se deve analisar é a utilidade do bem para a família. A esse respeito cita-se o caso do piano, onde em um determinado caso o referido bem foi considerado impenhorável, em razão de ser "indispensável ao estudo e futuro trabalho" (REsp 207762/SP), e em outro caso, foi considerado como adorno suntuoso, sendo passível de penhora (REsp 371344/SC).

⁵ Lei n. 8.009/90. Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - 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

controvertida o inciso VII, que versa sobre a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação. O Supremo Tribunal Federal⁶ já se pronunciou acerca da constitucionalidade desta matéria, apesar da doutrina ainda clamar por sua inconstitucionalidade⁷.

Outra importante inovação trazida com a Lei 8.009/90 é a ampliação do conceito de família, não considerando como tal apenas a matrimonializada, mas, na esteira da Constituição Federal de 1988, protegendo o imóvel residencial das entidades familiares em sentido amplo^{8,9}.

A Lei do Bem de Família, como também é chamada, ao contrário do previsto no Código Civil, desvincula a relação obrigatória do valor do bem com a totalidade do patrimônio da

sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

⁶ STF, RE 407688 / AC - ACRE, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 08/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁷ Para aprofundamento no tema indica-se o excelente artigo "O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador", das autoras ROSALICE FIDALGO PINHEIRO e KATYA ISAGUIRRE. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 131-164.

⁸ PAULO LÔBO, explica que entidade familiar deve ser entendida de uma forma ampla, não se restringindo a determinadas entidades expressamente previstas nos dispositivos legais, isto porque "A proteção da família é mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana." LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. op. cit., p. 84.

⁹ Aplicando-se este conceito de entidade familiar em sentido amplo, o STJ entendeu como impenhorável o imóvel que servia de residência a duas irmãs. "EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AO IMÓVEL QUE SERVE DE MORADA AS EMBARGANTES, IRMÃS E SOLTEIRAS, ESTENDE-SE A IMPENHORABILIDADE DE QUE TRATA A LEI 8.009/90." (STJ, REsp 57606/MG, RECURSO ESPECIAL, Relator(a) Ministro FONTES DE ALENCAR, Data do Julgamento 11/04/1995).

família, bastando que o imóvel sirva de residência, mesmo sendo este o único patrimônio familiar. Caso a família possua pluralidade de domicílios, a impenhorabilidade recairá sobre o imóvel de menor valor, a não ser que outro imóvel tenha sido gravado como bem de família (segundo as normas do Código Civil). Neste caso, mesmo que o bem gravado apresente valor superior aos demais domicílios da família, este estará revestido com a cláusula da impenhorabilidade, desde que não ultrapasse o valor de 1/3 do patrimônio líquido da família existente ao tempo da instituição.¹⁰

Com a promulgação do novo Código Civil em 2002, o bem de família, o qual se encontrava disciplinado na parte geral do antigo diploma, é deslocado para o Livro de Direito de Família, passando a ser tutelado através dos artigos 1.711 a 1.722. O CC/2002 continua disciplinando o bem de família voluntário ou convencional, ou seja, àquele instituído através da vontade das partes, não se confundindo com o bem de família legal previsto na Lei n. 8.009/1990.

No novo diploma, algumas disposições acerca do bem de família convencional foram alteradas. O bem instituído passa a ser, obrigatoriamente, a residência da família e a impenhorabilidade estende-se às pertenças e acessórios que guarnecem o lar familiar.¹¹ Por outro lado, o novo código

¹⁰ Lei n. 8.009/90. Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil [1916].

¹¹ Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças 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.

Art. 1.713. Os valores mobiliários, destinados aos fins previstos no artigo antecedente, não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição.

mantém a obrigatoriedade de determinadas formalidades para a instituição do bem de família, abolindo apenas a exigência de publicação em imprensa local, entendendo que a escritura em registro público atende a exigência de publicidade para o instituto.

A impenhorabilidade, segundo o disposto no art. 1.716, do CC/2002, durará "enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade". A interpretação literal do referido dispositivo poderia levar ao entendimento de que os filhos, quando atingirem a maioridade civil, estariam desabrigados da proteção do bem de família. Todavia, com o falecimento dos pais, a comunidade de irmãos forma uma nova entidade familiar, e, se por um lado extingue-se o gravame instituído pelos pais, nasce outro, decorrente do bem de família legal, segundo os ditames da Lei n. 8.009/90.

Os dois institutos – Bem de Família Legal e Bem de Família Convencional –, apesar de terem naturezas diversas, destinam-se a proteção da residência familiar¹², tornando-a impenhorável, salvo algumas exceções previstas em seus respectivos dispositivos legais.

O bem de família merece especial tutela em razão de ser “o bem por excelência, que impede ao credor o acesso a coisas indispensáveis à vida do devedor”¹³. Tal proteção busca

§ 1o Deverão os valores mobiliários ser devidamente individualizados no instrumento de instituição do bem de família.

§ 2o Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família deverá constar dos respectivos livros de registro.

§ 3o O instituidor poderá determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários, caso em que a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito.

¹² “No regime atual, 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. Se o bem de família voluntário for instituído, afastará a incidência do modelo legal, pois apenas um pode estar afetado à entidade familiar.” LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. op. cit., p. 398.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil*

permitir que o sujeito viva dignamente, uma vez ser a moradia um dos direitos fundamentais, integrando o mínimo existencial que a pessoa humana necessita para viver com dignidade.

3 OBJETO DE PROTEÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA

PAULO LÔBO conceitua o bem de família como

(...) o imóvel destinado à moradia da família do devedor, com os bens móveis que o garantem, 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 da 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.¹⁴

Partindo desta conceituação, torna-se evidente que o objeto de proteção do bem de família é a entidade familiar. A família é protegida não como um instituto transpessoal, mas como um meio de proteção do próprio sujeito individualmente considerado, tutelando o direito fundamental à moradia, propiciando uma vida digna ao sujeito de direito.

O direito fundamental à moradia foi expressamente inserido no rol dos direitos sociais, através da Emenda Constitucional n. 26, a qual alterou o artigo 6º da CF/88. Desta forma, quando se fala em bem de família, não se pode dissociar sua análise do direito à moradia, o qual deve ser interpretado como elemento essencial à formação, desenvolvimento e

comentado e legislação extravagante. 3. ed. rev. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: RT, 2005. p. 797.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. op. cit., p. 397.

manutenção da personalidade humana. É na casa, segura e inviolável, em que a personalidade da pessoa encontra respaldo para se desenvolver dignamente. Partindo deste entendimento, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a proteção do bem de família também deve ser aplicada ao devedor solteiro, ensinando que se deve buscar o sentido social da norma.

Desta forma, a interpretação sistemática e construtiva dos dispositivos que tutelam o bem de família, a luz da CF/88, é tarefa que se impõe, uma vez que os enunciados oitocentistas do direito civil não mais atendem as demandas sociais vigentes, impondo-se uma releitura de antigos institutos agora sob a ótica de uma Constituição emancipatória.

4 BEM DE FAMÍLIA COMO TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

O tema da impenhorabilidade do bem de família encontra raízes constitucionais e, bem por isto, tem provocado fortes discussões doutrinárias e jurisdicionais. Toma-se como ponto de partida, porém, a idéia de que a decisão do legislador ordinário de impor tal cláusula a determinados bens não pode ser considerada como arbitrária. Buscou-se, em maior ou menor medida, a proteção da dignidade do ser humano, do direito à moradia e de outros valores constitucionais. Bem por isto, percebe-se que a jurisprudência vem trilhando por um correto caminho ao não interpretar a tipificação legislativa de forma restritiva e literal. É que, na esteira dos ensinamentos de LUIZ EDSON FACHIN,

As leis que restringem a constrição judicial de certos bens visam à garantia da dignidade do ser humano como valor fundamental da sociedade. (...) Verifica-se uma constante preocupação com a efetividade dos provimentos jurisdicionais (...) e a

atenção à pessoa do devedor e de sua família (com a edição da Lei nº 8.009/90 ampliando consideravelmente o rol dos bens considerados impenhoráveis). Expande-se aquele núcleo intocável do indivíduo, elegendo a célula familiar como asilo indevassável do ser humano, fonte da sociedade e fator de desenvolvimento.¹⁵

Neste sentido, a Constituição de 1988, mais do que considerá-lo como direito fundamental, dispôs ser a dignidade do ser humano um princípio fundamental do ordenamento jurídico (art. 1º). Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência, aquela mais do que esta, vêm percebendo a importância e a centralidade desse princípio, sendo hoje, como reconhece ANA PAULA DE BARCELLOS, “... um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente”¹⁶. Ousa-se dizer, portanto, que a dignidade do ser humano é um filtro para a humanização da interpretação jurídica, de tal sorte que nenhuma norma pode ser analisada sem considerá-la como seu fundamento, justo porque, na esteira de VIEIRA DE ANDRADE, “...confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais”¹⁷.

Não que com esta orientação se pretenda tornar a dignidade do ser humano em valor absoluto. Pelo contrário. No atual estágio pós-positivista do direito, onde os princípios, porque normativizam os valores dominantes e desejados por uma sociedade, são normas cujo conteúdo não pode ser fixado de forma invariável e completa, a dignidade do ser humano, como leciona RICARDO LOBO TORRES, coloca-se, também,

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220-221.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade e a pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 104.

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 97.

no “jogo de ponderação com os outros princípios”¹⁸. Apenas que ela se põe como a porta de entrada e a moradia de todo ordenamento jurídico¹⁹ e, assim, põe-se, também, como um princípio de difícil e excepcional relativização.²⁰

No presente estudo, entretanto, não se tem como objetivo desvendar o princípio da dignidade do ser humano em todas as suas facetas ou, o que é mais difícil (para não dizer impossível), realizar um completo delineamento de seu conteúdo. Sabe-se que a dignidade do ser humano, enquanto direito fundamental, pode ser tomado em seus aspectos (a) negativo e positivo e (b) subjetivo e objetivo. Sabe-se, também, que, por ser o fundamento por excelência do ordenamento jurídico, não há setor ou ramo deste no qual o princípio da dignidade do ser humano não se faça presente, em maior ou menor medida.

Neste sentido, INGO WOLFGANG SARLET traz a idéia de que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser um elemento de proteção dos direitos fundamentais, “... serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes”²¹. Nesse quadrante, pode-se dizer

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: _____ (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 434.

¹⁹ Ou, na lição de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, “... tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos e culturais” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15).

²⁰ É um tanto estranho dizer que o princípio da dignidade do ser humano pode ser relativizado. Tal idéia pode soar como se fosse possível e admissível alguém ser submetido a um tratamento não digno de ser humano. Por certo, entretanto, que afirmar que o princípio em tela pode ser objeto de ponderação não significa nada disto. Apenas que a satisfação absoluta da dignidade do ser humano é um ideal a ser alcançado e que, por mais boa vontade que se tenha, pode ser de difícil implementação.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado

que esse princípio funciona como um limite do direito fundamental da autonomia privada.

Está-se, aqui, a trabalhar a partir de uma concepção objetiva da dignidade do ser humano. Objetiva, porque se trata não apenas de um direito subjetivo a ser reclamado pelo cidadão, mas de uma determinação de conduta por parte do Poder Público. A esse respeito, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO leciona que

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. (...) Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo.²²

INGO WOLFGANG SARLET compartilha de tal orientação:

(...) a dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Da mesma forma, acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma

Editora, 2002. p. 123.

²² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília; Brasília Jurídica e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2000. p. 153

fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.²³

Assim, a Constituição, em seu sentido material, não poderia se restringir, como ensina FERDINAND LASSALE, a uma “mera folha de papel”. Tem ela uma espécie de “força ativa”, citada por KONRAD HESSE, que significa a necessidade da Constituição em desprender-se da folha de papel para ser aplicada na prática.²⁴

A Constituição deve ser aplicável à realidade social, que não é uma realidade perfeita, pelo contrário, é uma realidade antagônica, e a própria Constituição reconhece essa desigualdade existente. Assim, o tema da impenhorabilidade do bem de família legal deve ser analisado através do filtro constitucional.

O âmbito subjetivo de incidência do art. 1º da Lei nº 8.009/90 é um clássico exemplo. Sua leitura gramatical (“O imóvel residencial próprio *do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável...*”) poderia excluir indivíduos que não se encaixam rigorosamente nesta previsão, é dizer, não constituem “casal” ou “entidade familiar”, por viverem sozinhos. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu firme jurisprudência pautada no direito à moradia para superar tal linha interpretativa:

PROCESSUAL – EXECUÇÃO –
 IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL –
 RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E
 SOLITÁRIO – LEI 8.009/90.

- A interpretação teleológica do Art. 1º, da

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37.

²⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.

- É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. (REsp 182.223-SP, Corte Especial, DJ de 07/04/2003).²⁵

Não se trata de mero alargamento do conceito de *entidade familiar*, mas, como esclarece ANDERSON SCHREIBER, porque tal

construção é engenhosa e se justificaria pelo seu caráter protetivo não houvesse um caminho mais curto, mais óbvio e mais eficaz para se resguardar o imóvel residencial da pessoa. Como se pretendeu demonstrar, o fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro não deve ser buscado no alargamento procustiano do conceito de entidade familiar, mas no direito à moradia, expressamente consagrado pela Emenda Constitucional 26.²⁶

Do mesmo modo, é o que se tem quando o devedor possui um único imóvel, ainda que nele não resida, por estar locado a terceiros:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA.

²⁵ REsp 450.989/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 13/04/2004, DJ 07/06/2004, p. 217.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: FACHIN, Luiz Edson *et alli* (org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 95.

IMÓVEL LOCADO. PENHORA.
JURISPRUDÊNCIA DO STJ.
IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO.

I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar.

II. Recurso especial conhecido e provido.²⁷

Tanto a doutrina como a jurisprudência sedimentaram o fundamento protetivo do bem de família: o direito à moradia no sentido de permitir que o indivíduo viva dignamente. Assim, percebe-se que o presente tema demanda constante desenvolvimento a partir da perspectiva dos direitos fundamentais.

É certo que, comumente, apóia-se em princípios constitucionais para amparar determinada tese ou decisão judicial. Diz-se de modo resolutivo que o direito à moradia está por trás da impenhorabilidade do imóvel residencial. Mas, o recurso a este como a outros direitos fundamentais carece de uma argumentação mais robusta, no que se refere à sua extensão, efeitos e eficácia. Estamos a dizer que não é suficiente mencionar que o direito à moradia impõe que o imóvel residencial seja considerado impenhorável.

Portanto, a fundamentação e a argumentação são dois importantes aspectos que devem ser exigidos na configuração da relação entre direito à moradia, dignidade do ser humano e impenhorabilidade do imóvel residencial. Até porque, nas relações privadas, do outro lado, encontra-se o credor que

²⁷ REsp 714.515/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 07/12/2009.

também é sujeito de direitos fundamentais.

O direito à moradia não pode ser usado, por exemplo, como instrumento de fraude, prejudicando-se o credor através de um determinado planejamento patrimonial, como já teve a oportunidade de detectar o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. CARACTERIZAÇÃO. HIPÓTESE DE DÍVIDA DOS CÔNJUGES QUE, APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO VISANDO AO SEU RECEBIMENTO, PROMOVEM SUA SEPARAÇÃO DE FATO, PARTINDO, CADA UM DELES, PARA RESIDIR EM UM DOS IMÓVEIS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO CASAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA QUALIDADE DE BEM DE FAMÍLIA ÀS DUAS RESIDÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE.

- O Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento no sentido de que a proteção ao bem de família pode ser estendida ao imóvel no qual reside o devedor solteiro e solitário. Esse entendimento, porém, não se estende à hipótese de mera separação de fato entre cônjuges, com a migração de cada um deles para um dos imóveis pertencentes ao casal, por três motivos: (i) primeiro, porque a sociedade conjugal, do ponto de vista jurídico, só se dissolve pela separação judicial; (ii) segundo, porque antes de realizada a partilha não é possível atribuir a cada cônjuge a propriedade integral do imóvel que reside; eles são co-proprietários de todos os bens do casal, em frações-ideais; (iii) terceiro, porque admitir que se estenda a proteção a dois bens de família em decorrência da mera separação de fato dos cônjuges-devedores facilitaria a fraude aos

objetivos da Lei. Recurso especial não conhecido.²⁸

O fato é que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deve considerar todos os lados destas e não somente o devedor. Não se está a dizer que o imóvel residencial possa ser penhorado para satisfazer o credor. Mas, o interesse deste, também há de ser sopesado em determinadas situações.

Veja-se a orientação jurisprudencial acerca da impenhorabilidade de certos bens que guarnecem a casa. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/1990 dispõe justamente que “A impenhorabilidade compreende (...) móveis que guarnecem a casa...”, de modo que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, dentre tais bens, incluem-se “(...) a geladeira, a televisão, o microondas, o freezer, o videocassete, a lavadora e a secadora de roupas, considerados essenciais a habitabilidade condigna, não qualificados como objetos de luxo ou adorno”.²⁹

Todavia, ainda que se possa concordar que, na atualidade, todos esses bens sejam essenciais a uma vida digna, haverá situações em que será necessário realizar uma ponderação. Pense-se no caso de um devedor que reside em um imóvel próprio, com salário acima da média, mas que não paga o seu credor, um humilde prestador de serviços de marcenaria. Este, ao promover a execução do contrato, pode se deparar com a informação de que nenhum bem do devedor é passível de penhora, inclusive os supracitados bens móveis que se encontram no interior do seu imóvel residencial. Teremos, aí, uma situação extremamente delicada: de um lado, um devedor capaz de renovar sua riqueza, adquirindo novos bens móveis, em razão de seu salário, mas, de outro, um credor sem condições de subsistência e sem poder ter seu direito satisfeito

²⁸ REsp 518.711/RO, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 05/09/2008.

²⁹ REsp 260.502/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 17/09/2002, DJ 18/11/2002.

de alguma forma contra aquele. Para um, a geladeira – ainda que essencial – é um bem facilmente renovável; para outro, a geladeira pode vir a ser a única forma de satisfazer o seu direito e, assim, ter uma vida digna.

Portanto, se, de um lado, é inquestionável que a impenhorabilidade do imóvel residencial tem assento constitucional, derivando-se da dignidade da pessoa humana e, mais especificamente, do direito à moradia, de outro, porém, não se pode tornar tal relação absoluta.

Decorre daí que a cláusula da impenhorabilidade do imóvel residencial pode sofrer conformações, contornos ou limites legislativos, sem que isto importe na afronta a valores da Carta Magna. É o que se dá, por exemplo, com as situações elencadas no art. 3º da Lei n. 8.009/90. Ora, o contribuinte não pode alegar impenhorabilidade do imóvel familiar para não pagar o IPTU devido.

Todavia, o problema estará nos limites para a fixação de tais limites. Até onde pode ir o legislador ao estabelecer exceções à impenhorabilidade? Ademais, será que o Poder Judiciário, também, possui similar competência?

Mencione-se, aqui, dois casos bastante delicados.

A jurisprudência tem consolidado que a vaga de garagem de apartamento residencial, quando possui matrícula própria, não está protegida pela cláusula da impenhorabilidade³⁰. Trata-se de entendimento que está a merecer nova reflexão, porquanto é inequívoco que a vaga de garagem – ainda que registrada em separado – faticamente é elemento integrante do imóvel. Tanto que, nos dias atuais, salvo raríssimas exceções, não se tem por costume ser proprietário de uma vaga de garagem em edifício residencial, sem que nele não se tenha a propriedade de um apartamento. Tanto que igualmente não se

³⁰ “A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora” (Súmula 449, Corte Especial, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 02/06/2010, DJe 21/06/2010).

encontra com a mesma frequência de antigamente apartamentos vendidos sem vaga de garagem. O cidadão que compra um apartamento – seja diretamente de uma construtora, seja de um outro proprietário – não consegue comprá-lo isoladamente de sua vaga de garagem. Simplesmente, seria inusitada a situação de alguém fazer a proposta para compra só do apartamento. Por isto, a vaga de garagem é elemento integrante de um apartamento, tal como ocorre em uma casa.

Outro entendimento que merece ser revisto é aquele construído pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 407.688³¹, em que se admitiu a penhora de bem de família do fiador.

Em seu voto, o Min. Cezar Peluso sustentou que tal situação não caracteriza ofensa ao direito à moradia, não se podendo sustentar que o art. 6º, com a redação implementada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, derogou a exceção constante do inc. VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90.

É de se notar que o voto condutor pautou-se em premissa de cariz econômico jurídico para concluir pela validade da supracitada norma ordinária:

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente

³¹ “EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República”. (RE 407688, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006, p. 33).

exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização história, o direito social de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.

Não se concorda com tal raciocínio. Se a impenhorabilidade decorre do direito à moradia (direito este preexistente à EC 26/00) e da dignidade do ser humano, acatar como válida a norma do referido inc. VII é atingir frontalmente a Constituição, especialmente se analisada tal questão à luz do princípio da igualdade: tanto o devedor quanto o fiador tem o mesmo direito à moradia.

Daí porque não se compreende como o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o problema da ofensa à isonomia, decidiu, pelas mãos de seu Relator e apenas por maioria, que devedor e fiador não se encontram em situação similar, na medida em que “a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que, por via oblíqua, também, a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito”.

Realizou-se, aí, uma ponderação que até mesmo poderia ter sido efetivada em relação a qualquer bem do próprio devedor. Afinal, o que restou dito é que, também se deve proteger o direito de moradia do locador/proprietário. Então, se considerado for tal direito, por este raciocínio, o imóvel familiar do devedor também seria penhorável.

O fato é que o legislador andou mal ao estabelecer tal exceção à impenhorabilidade. Se esta é fundada em uma razão constitucional, não se pode admitir uma exceção calcada em raciocínio econômico, apenas com o fito de melhor garantir a eficácia dos contratos.

Este ponto suscita, porém, um debate de caráter primordial: os direitos fundamentais nas relações privadas podem ser objeto de renúncia? Esta questão é pertinente ao presente estudo, na medida que se está diante da situação na qual o cidadão perde o direito à impenhorabilidade apenas porque passou a fazer parte de uma relação jurídica na qualidade de fiador. Note-se que este não está a renunciar diretamente a um direito, mas, ao assumir tal condição, tem como consequência legal a perda do direito à impenhorabilidade de seu imóvel.

Agora, o problema da renúncia surge, igualmente, quando o próprio devedor, espontaneamente, oferece seu único bem imóvel como garantia de um débito.

Perceba-se que, aqui, é importante fazer um esclarecimento terminológico. O termo “renúncia”, como ensina VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, não está a significar uma abdicação definitiva e irreversível de um direito, pois

Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada. E *só pode ser assim*, quer se trate de direitos fundamentalíssimos, quer se trate de direitos patrimoniais ...³²

Mas, a indagação primordial é: todos os direitos fundamentais podem ser objeto de renúncia?

³² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64-65.

Alguns vão sustentar, então, uma solução a partir do princípio da autonomia privada. A renúncia, desde que não importe em um contrato ilícito, é válida, porque o sujeito tem liberdade e autonomia para deliberar sobre se quer ou não exercer um direito, fundamental ou não.

Mas, a autonomia privada não é absoluta. Não é porque o cidadão pode dilapidar todo o seu patrimônio, que ele pode oferecer um bem impenhorável como garantia de um débito.

Esclarece-se que não se pode querer solucionar este problema a partir da idéia de que se o cidadão tem autonomia para ele mesmo atingir um direito fundamental seu, certamente também tem autonomia para renunciar em relação a terceiros. Exemplo disto seria a renúncia ao direito de viver. Não é somente porque alguém pode agir de forma a provocar a própria morte, que poderá celebrar um contrato com terceiros que tenha como objeto disponível o seu direito à vida.

Também, há que se retirar da linha de pré-conhecimento que o fundamento da questão poderia estar na autonomia em relação ao direito de propriedade. O problema, aqui, não se volta para o direito de propriedade.

Com o advento da Emenda 26/00, restou mais nítido que o direito de propriedade é diferente do direito à moradia; ainda que possam ter pontos de contato e entrelaçamento. O direito à propriedade é, basicamente, patrimonial. O direito à moradia é personalíssimo. Está umbilicalmente relacionado com o princípio da dignidade do ser humano e com o princípio do mínimo vital.

Portanto, trata-se de cláusula de ordem pública, que possui uma dimensão objetiva inquestionável. Não se pode esquecer que, para além da sua *dimensão subjetiva*, que corresponde “(...) à exigência de uma ação negativa (...) ou positiva...”³³, os direitos fundamentais possuem uma *dimensão*

³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires & MENDES, Gilmar

objetiva, alcançando “(...) a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”³⁴. Esta dimensão faz com “(...) que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado”³⁵.

Trata-se de uma concepção que supera a visão liberal da autonomia privada, pois, conforme preconizam ROSALICE FIDALGO PINHEIRO e KATYA ISAGUIRRE, “os direitos fundamentais impõem-se ao Direito Privado como valores jurídicos objetivos ou ‘decisões de valor’. Nesta incontível vocação expansiva, a autonomia privada resta conformada aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais...”³⁶.

Esta orientação se torna mais clara quando distinguimos as duas situações de impenhorabilidade: a voluntária e a legal. A primeira decorre de estipulação voluntária do titular de um direito. A segunda deriva da lei. O raciocínio que se deve fazer é que, a partir do momento que o ordenamento jurídico criou situações de impenhorabilidade, que não se confundem com aquelas estipuladas voluntariamente, é porque há uma preocupação não apenas com o devedor, mas com determinado valor fundamental para a sociedade: o direito à moradia. Neste sentido é “que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”³⁷.

Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 152.

³⁴ Ibidem, p. 153.

³⁵ Id.

³⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador. In: FACHIN, Luiz Edson & TEPEDINO, Gustavo (org.). *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146.

³⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista*

Desta forma, fica claro que a impenhorabilidade estipulada pela Lei nº 8.009/90 não decorre do direito à propriedade, mas, sim, do direito à moradia, preexistente à Emenda Constitucional 26/00, porque derivado da dignidade do ser humano³⁸. Partindo desta premissa, passa-se a analisar a questão do bem de família ofertado à penhora pelo próprio devedor.

5 O BEM DE FAMÍLIA OFERTADO À PENHORA

O devedor que, em um processo de execução, oferece seu bem de família à penhora, pode, posteriormente, apresentar embargos pleiteando que o gravame seja desconstituído por se tratar de bem impenhorável, em decorrência da Lei n. 8.009/90? Tal questão acaba por confrontar o princípio da autonomia privada, tão caro ao direito civil, e o direito fundamental à moradia, havendo àqueles³⁹ que entendem

de Direito Constitucional e Internacional. N. 54. p. 28-39.

³⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. Op. cit., p. 139 e ss.

³⁹ Neste sentido, pode-se citar o texto de JANAÍNA ROSA GUIMARÃES, posicionando-se favorável a penhora do Bem de Família ofertado: “Partilhamos, porém, do entendimento na qual entende como justo e legal o exercício da autonomia privada a renúncia à impenhorabilidade do bem de família, em respeito à segurança jurídica e o princípio da boa-fé contratual.” (GUIMARÃES, Janaina Rosa. *Bem de família*: a validade da penhora diante da garantia oferecida pelo próprio devedor. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2611, 25 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17260>>. Acesso em: 02 fev. 2012). E também o posicionamento de DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, citado por FLAVIO TARTUCE, o qual esclarece que “Há aspecto ainda pior; penhorado o bem, abre-se discussão sobre sua impenhorabilidade em sede de embargos de execução ou mesmo ‘exceção de pré-executividade’, o que pode significar anos de debates para que no fim se determine que o credor deve voltar a ‘estaca zero’, já que aquele bem que garantia o juízo era impenhorável. A tristeza e melancolia com que o credor recebe tal informação de seu patrono só são comparáveis as perplexas faces dos torcedores derrotados em final de campeonato com gol impedido e de mão nos descontos”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Impenhorabilidade de bens*. Apud TARTUCE, Flávio. *A polêmica do bem de família ofertado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1624, 12 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10753>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

possível a prevalência da autonomia privada e outros⁴⁰ que defendem a impossibilidade dos sujeitos em dispor de normas de ordem pública, como é o caso da proteção conferida ao bem de família.

Os posicionamentos que entendem que o bem de família oferecido à penhora não estaria resguardado pela impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90, fundamentam sua tese em três argumentos: (i) aplicação do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), baseado na boa-fé subjetiva e em uma interpretação restritiva da Lei n. 8.009/90; (ii) alegação de vedação de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), uma vez que, segundo a boa-fé objetiva, os sujeitos devem manter a lealdade em uma relação negocial;⁴¹ e, por fim, (iii) de que a proteção conferida pela Lei n. 8.009/90 é passível de renúncia, em decorrência da autonomia privada do sujeito, que ofereceu por livre e espontânea vontade seu bem à penhora.⁴² FLÁVIO

⁴⁰ FLAVIO TARTUCE defende posicionamento no sentido de considerar que o direito fundamental à moradia é uma norma cogente, não podendo ser afastada pela vontade dos sujeitos. TARTUCE, Flávio. *A polêmica do bem de família ofertado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1624, 12 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10753>>. Acesso em: 05 dez. 2011. No mesmo sentido são os ensinamentos de LUIZ EDSON FACHIN, em sua obra *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149-150.

⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça já adotou o referido argumento: “CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009, de 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido.” (STJ, Recurso Especial nº 554.622 - RS, Relator: Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 17/11/2005). Entretanto, atualmente, resta pacificado o entendimento de que a renúncia à proteção conferida pela Lei n. 8.009/90, não prevalece por se tratar de norma de ordem pública (REsp 805.713/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007; e REsp 714858/RS).

⁴² TARTUCE, Flávio. *A polêmica do bem de família ofertado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1624, 12 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10753>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

TARTUCE, a fim de rebater os posicionamentos supramencionados, defende não ser possível concordar com tais argumentos em razão da proteção legal da impenhorabilidade do bem de família envolver o direito fundamental à moradia.⁴³ Assim, (i) o argumento pautado na torpeza não seria legítimo para atribuir, ao sujeito que oferece seu bem de família à penhora, má-fé presumida, uma vez que a norma do bem de família legal é imperativa; (ii) no mesmo sentido, o comportamento contraditório, decorrente da boa-fé objetiva, não pode prevalecer ao direito à moradia; e, por fim, (iii) a renúncia a proteção da impenhorabilidade deve ser considerada inválida e ineficaz, em razão de se tratar de direito indisponível não podendo ser objeto de disposição através da autonomia privada do devedor, sendo perfeitamente possível, nestes casos, o “dirigismo negocial nas relações subjetivas”.⁴⁴

No mesmo sentido, LUIZ EDSON FACHIN ensina que “não se afigura possível a renúncia válida do benefício, quando o devedor citado nomeia o bem de família à penhora, ou se o exequente nomeia o bem de família à penhora, mesmo que o devedor concorde expressamente com a nomeação”.⁴⁵

Os posicionamentos contrários a possibilidade de oferta do bem de família à penhora, ao qual nos filiamos, pauta-se no fundamento de que o direito à moradia faz parte do conjunto de direitos mínimos a que o sujeito necessita para viver dignamente. A esse respeito, INGO WOLFGANG SARLET ensina que

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência

⁴³ Id.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Op. cit., p. 149-150.

digna e na medida em que a moradia cumpre esta função. (...) De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com o mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.⁴⁶

Nesta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça vem sedimentando sua jurisprudência, apesar de nem sempre ter decidido neste sentido⁴⁷.

BEM DE FAMÍLIA.
 IMPENHORABILIDADE. NEGATIVA DE
 PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.
 INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO À COISA
 JULGADA. INOCORRÊNCIA. RENÚNCIA AO
 BENEFÍCIO ASSEGURADO PELA LEI N.
 8.009/90. IMPOSSIBILIDADE. DESTINAÇÃO
 RESIDENCIAL DADA AO IMÓVEL
 POSTERIORMENTE À PENHORA.
 DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS
 À ORIGEM PARA ANÁLISE DA QUESTÃO À
 LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado,

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1025.

⁴⁷ No julgamento do REsp 554.622, foi mantida a penhora sobre o bem de família ofertado pelo devedor. STJ, Recurso Especial nº 554.622 - RS, Relator: Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 17/11/2005.

tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

2.- Não viola a coisa julgada a decisão que examina a alegação de impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que não houve decisão anterior sobre a matéria no Acórdão que decidiu a respeito da necessidade de ampliação da penhora.

3.- Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que *A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada ex vi legis* (REsp 805.713/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 210).

4.- Não se aplica a Lei n. 8.009/90, na hipótese em que o executado transfere residência para o imóvel dado, anteriormente, à penhora.

5.- Hipótese em que não é possível, nesse momento processual, concluir se o bem era de família ou se o devedor utilizou dessa alegação com o intuito de fraudar a execução, conforme alega o recorrente, uma vez que o julgamento pelo Tribunal de origem apenas analisou a tese jurídica, não examinando a concretude do caso.

6.- Necessário, no caso concreto, o retorno dos autos à origem para o reexame da questão à luz da jurisprudência destacada neste julgado.

7.- Recurso Especial provido.⁴⁸ (grifo nosso)

Desta forma, verifica-se que a proteção conferida pela

⁴⁸ REsp 714.858/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 25/11/2011.

Lei n. 8.009/90 deve sempre prevalecer uma vez que integra o feixe de direitos indisponíveis do sujeito, não podendo ceder frente a sua autonomia privada. E assim deve ser em razão de relacionar-se com o direito fundamental à moradia, sendo que seu exercício busca tutelar dignamente a pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A textura aberta da Constituição reclama um trato refinado. Isto porque, orientados para uma solução justa e convincente, a interpretação baseada em apenas um ponto de vista pode ser insuficiente para uma adequada compreensão da Constituição e, por conseqüência, de todo o ordenamento jurídico. Isto porque é a Constituição quem delinea toda a aplicação do direito infraconstitucional, aí inserido o direito civil, o qual não mais pode ser pensado de forma isolada, estanque, mas sempre de acordo com os preceitos emanados das normas constitucionais. Assim, no atual estágio do direito, apenas pode-se pensar em um direito civil constitucional.

Neste sentido, pode-se dizer que a impenhorabilidade conferida ao bem de família através da Lei n. 8.009/90, apresenta caráter protetivo, no sentido de tutelar o direito fundamental à moradia, permitindo que o sujeito possa viver dignamente. O direito à moradia inclui-se dentre os direitos necessários a tutelar o mínimo existencial à uma vida com dignidade, daí porque a impenhorabilidade prevista a tutelar o bem de família legal não pode ceder à autonomia privada.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade e a pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires & MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. N. 54. p. 28-39.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GUIMARÃES, Janaína Rosa. *Bem de família: a validade da penhora diante da garantia oferecida pelo próprio devedor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2611, 25 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17260>>. Acesso em: 02 fev. 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São

Paulo: RT, 2005.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Impenhorabilidade de bens. Apud TARTUCE, Flávio. *A polêmica do bem de família ofertado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1624, 12 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10753>>. Acesso em: 05 dez. 2011.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 131-164.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: FACHIN, Luiz Edson *et alli* (org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TARTUCE, Flávio. *A polêmica do bem de família ofertado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1624, 12 dez. 2007.

Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10753>>.

Acesso em: 05 dez. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: _____ (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.