

A POLÊMICA DO BEM DE FAMÍLIA OFERTADO.

FLÁVIO TARTUCE¹

O *Bem de Família* está situado no centro de importantes discussões do Direito Privado Contemporâneo.² Como é notório, o instituto recebe atualmente um duplo tratamento legislativo, tanto no Código Civil de 2002 quanto na Lei n. 8.009/1990.

De início, o Código Civil de 2002 disciplina o que convém denominar como *Bem de Família Voluntário* ou *Convencional*, aquele que é instituído por escritura pública ou testamento, que deve ser devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis. O instituto estava previsto na Parte Geral do Código Civil de 1916, entre os arts. 70 a 73. O Código Civil de 2002 o deslocou para a Parte Especial, no livro que regulamenta o Direito de Família, entre os arts. 1.711 a 1.722, o que é plenamente justificável do ponto de vista metodológico.³ Além da proteção da impenhorabilidade, o Código Civil de 2002 reconhece a inalienabilidade como regra do *Bem de Família Voluntário*, conforme o seu art. 1.717.⁴ Nos termos ainda do Código Civil de 2002, as exceções à sua impenhorabilidade constam do art. 1.715, abrangendo as

¹ Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito (EPD, São Paulo). Professor convidado da ESA/OAB-SP, de outros cursos de pós-graduação e em escolas de magistratura. Coordenador da Coleção Professor Rubens Limongi França, da Editora Método. Autor da coleção *Direito Civil*, em seis volumes, também pela Editora Método (Série Concursos Públicos). Advogado em São Paulo.

² Diante de sua importância para a perpetuação da pessoa humana, as iniciais serão sempre maiúsculas.

³ Quanto à instituição dependente de *ato voluntário*, é claro o art. 1.711, *caput*, do Código de 2002 ao prever que “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”. Com o intuito de proteger os credores, o legislador limitou o *Bem de Família Voluntário* a um terço do patrimônio do instituidor. A sua constituição depende, ainda, do registro imobiliário, como estatui o art. 1.714 da mesma codificação.

⁴ CC/2002. “Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem de família não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público”.

dívidas anteriores à instituição, as dívidas posteriores de tributos e as dívidas posteriores de condomínio.⁵

Além dessa modalidade, continua em vigor o tratamento que já constava da Lei n. 8.009/1990, cuja origem está no trabalho acadêmico de Álvaro Villaça Azevedo, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que desenvolveu os seus estudos a partir do conceito de *homestead*, do Direito Norte-Americano.⁶

Essa importante norma, com apenas oito artigos, mas enorme amplitude prática, protege, e de forma automática, o imóvel de residência da entidade familiar (*Bem de Família Legal*). A impenhorabilidade abrange os bens móveis que guarnecem a residência, desde que essenciais à família.⁷ As exceções à impenhorabilidade constam do art. 3º da Lei n. 8.009/1990.⁸

⁵ CC/2002. “Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz”.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família. São Paulo: RT, 5ª Edição, 2002.

⁷ Lei n. 8.009/1990. “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. 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 guarnecem a casa, desde que quitados”. O art. 2º da lei exclui alguns bens do *manto da impenhorabilidade*, caso dos veículos de transporte, das obras de arte e dos adornos suntuosos. Quanto aos móveis essenciais à entidade familiar, podem ser retirados alguns exemplos da obra de Theotônio Negrão, a partir da experiência jurisprudencial (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. Atualizador: José Roberto F. Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 37ª Edição, 2005, p. 1212). Assim, são considerados *impenhoráveis*: a antena parabólica, aparelho de televisão, armários de cozinha, dormitório, estofados, fogão, geladeira, guarda-roupas, jogo de jantar, jogo de sofás, secadora de roupas e toca-fitas. Por outro lado, são bens móveis *penhoráveis*: aparelho de ar condicionado, aparelhos elétricos sofisticados, bicicleta e piscina de fibra de vidro. Há divergência jurisprudencial em relação a bens como microondas, rádio-gravador e videocassete (quanto ao último, o entendimento do STJ é pela penhorabilidade: REsp 162.998/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, julgado 16.04.1998, DJ 01.06.1998, p. 141).

⁸ Lei n. 8.009/1990. “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

Como se iniciou o presente artigo, várias são as polêmicas relativas ao Bem de Família, sobretudo quanto à última modalidade, que acaba por prevalecer na prática.⁹ E é assim, porque o instituto está relacionado com uma das fundamentais necessidades do ser humano: a moradia.¹⁰ Vejamos algumas dessas questões controvertidas que constituíram *pano de fundo* do recente cenário civilístico nacional.

Como primeira questão controvertida, pode ser citada a discussão acerca da proteção do imóvel em que reside pessoa solteira. O Superior Tribunal de Justiça acabou por consolidar o entendimento de que *o fim teleológico* da Lei n. 8.009/1990 não é proteger um grupo de pessoas, mas *a pessoa*: a sua dignidade e o direito constitucional à moradia, o que ampara a impenhorabilidade do imóvel de residência do solteiro.¹¹

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. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)".

⁹ É de se discutir a viabilidade prática do *Bem de Família Convencional ou Voluntário*. Primeiro, pela desnecessidade de sua instituição, já que a proteção do *Bem de Família Legal* é automática. Segundo, porque o *Bem de Família Convencional* traz despesas de escritura e registro ao instituidor, o que não ocorre quanto ao instituto que consta da lei específica. Terceiro e por último, diante da clara limitação à autonomia privada existente no *Bem de Família Convencional*, já que o imóvel passa a ser também inalienável, como regra. Todos esses pontos fazem com que o *Bem de Família Legal* prevaleça na prática jurídica.

¹⁰ Prevê o art. 6º da Constituição Federal de 1988, conforme redação que foi dada pela Emenda Constitucional n. 26: "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".

¹¹ Dos vários julgados, destaca-se o seguinte, pelo teor de sua ementa: "Processual – Execução – Impenhorabilidade – Imóvel – Residência – Devedor solteiro e solitário – Lei 8.009/1990 – A interpretação teleológica do art. 1.º, da Lei 8.009/1990, 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. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário" (STJ, REsp 182.223/SP, julgado 06.02.2002, Corte Especial, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 07.04.2003, p. 00209, REVJUR, vol. 00306, p. 00083; Veja: STJ, REsp 276.004/SP (RSTJ 153/273, JBCC 191/215), REsp 57.606/MG (RSTJ 81/306), REsp 159.851/SP – LEXJTACSP 174/615 –, REsp 218.377/ES – LEXSTJ 136/111, RDR 18/355, RSTJ 143/385).

Demonstrando tratar-se de questão já consolidada, das decisões mais recentes, extrai-se a seguinte ementa: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. OCUPAÇÃO UNICAMENTE

Outra aplicação prática a ser citada é que a jurisprudência tem ampliado o conceito de família para os fins da impenhorabilidade da referida lei. Isso porque, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, a família seria decorrente do casamento, da união estável ou da entidade monoparental (constituída entra ascendentes e descendentes).¹² Reconhecendo que esse rol constitucional é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o imóvel em que residem duas irmãs é Bem de Família e, portanto, impenhorável.¹³

Outra questão a ser comentada é que toda essa tendência de proteção da moradia é confirmada pelos julgados que apontam que mesmo o imóvel locado a terceiro é Bem de Família, desde que os seus aluguéis sejam utilizados para a locação de um outro, destinado à residência da família.¹⁴

Por fim, como último ponto de discussão recente, é fundamental salientar a que permeou o Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n.

PELO PRÓPRIO DEVEDOR. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DADA PELA LEI N. 8.009/90. I. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (EREsp n. 182.223/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como 'entidade familiar', para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei n. 8.009/90, a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado. II. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para afastar a penhora". (STJ, REsp 759.962/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 328)

¹² CF/88. "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

¹³ "Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/1990" (STJ, REsp 57.606/MG, rel. Min. Fontes de Alencar, 4.ª Turma, julgado 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410).

¹⁴ "Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Bem de família. Locação a terceiros. Renda que serve a aluguel de outro que serve de residência ao núcleo familiar. Constrição. Impossibilidade. Lei 8.009/1990, art. 1.º. Exegese. Súmula 7-STJ. I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 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. II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula 7 do STJ. III. Agravo improvido" (STJ, AGA 385.692/RS, julgado 09.04.2002, 4.ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.08.2002, p. 177. Veja: STJ, REsp 114.119/RS, 302781/SP, 159.213/ES (RDR 15/385) e 183.042/AL).

8.000/1990, pelo qual o fiador de locação pode ter o seu imóvel de residência penhorado. A inconstitucionalidade da norma já foi defendida por este autor, mas, infelizmente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua constitucionalidade, por maioria de votos, diante da preocupação de proteção do mercado.¹⁵

A todas essas questões instigantes deve ser somado o debate acerca do oferecimento do bem de família à penhora pelo próprio devedor, o que pode ser denominado como *a polêmica do Bem de Família Ofertado*.

Pois bem, melhor explicando, imagine-se o caso em que um devedor, executado, ainda sem advogado constituído ou que lhe oriente, ofereça o próprio Bem de Família, imóvel de sua

¹⁵ TARTUCE, Flávio. A penhora do Bem de Família do fiador de locação. Abordagem atualizada. Texto publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, mar. abr/2006. p. 11-15.

O julgado que concluiu pela constitucionalidade da norma tem a seguinte ementa: “FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República” (STF, RE 407688/SP - SÃO PAULO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 08/02/2006).

Juntando-se ao *coro* daqueles que defendem a inconstitucionalidade da norma, podem ser citadas Rosalice Fidalgo Pinheiro e Katya Isaguirre, jovens expoentes da escola do Direito Civil Constitucional do Estado do Paraná. São suas as seguintes conclusões, em comentários ao julgado do STF: “Em conformidade com argumentos lançados, a prevalência do voto vencido, proferido pelo Min. Eros Grau, na decisão do STF, impõe-se em um Estado que se queira democrático de direito. Considerando-se que este deposita na dignidade da pessoa humana, os contornos de sua axiologia material, torna-se imprescindível o reconhecimento de direitos fundamentais. Eis que a democracia concretiza-se na promoção de direitos sociais, compreendidos da designação de direitos fundamentais, perfazendo a dimensão social do Estado. Por fim, há de se recordar a que a realidade de mercado não possui força para subverter a tutela existencial da pessoa. A negativa à penhora do bem de família do fiador é postura necessária para busca de um verdadeiro equilíbrio de valores na sociedade contemporânea. Sob este aspecto, há de se ressaltar que o Estado pode e deve estabelecer meios mais adequados à proteção do mercado imobiliário, por meio de regras que, por exemplo, tornem o seguro-fiança mais atrativo e protetivo ao direito de crédito do locador. Não se trata, portanto, de ‘postura acadêmica voltada à inviabilizar o direito de moradia’, mas de uma construção que demonstra a nova função da doutrina e sua contribuição para o processo evolutivo do Direito. Para além da tradicional função de simples mediação dos conflitos, a doutrina tem o dever de assumir uma postura crítica de condições positivas para a transformação qualitativa do homem” (O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador. In Diálogos sobre Direito Civil. Volume II. Org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 162).

residência, à penhora.¹⁶ Depois, devidamente orientado por seu procurador, o próprio devedor opõe embargos à penhora, alegando tratar-se de um imóvel impenhorável, por força da Lei n. 8.009/1990.

Surgem duas correntes bem definidas em relação ao tema.

Para uma primeira corrente, os embargos opostos pelo devedor devem ser rejeitados de imediato.

O primeiro argumento que surge está relacionada com aquela antiga regra pela qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, corolário da boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano psicológico, intencional (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

¹⁶ A reforma processual introduziu alterações quanto à nomeação de bens a penhora. Quanto ao *cumprimento de sentença*, é a redação do atual art. 475-J do CPC, alterado pela Lei n. 11.232/2005: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. § 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo. § 3º O exeqüente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. § 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante. § 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte”. Como se pode perceber pelo destaque, a prioridade é que a indicação e bens à penhora seja feita pelo exeqüente. No tocante à *execução de título extrajudicial*, o raciocínio é o mesmo, pela atual redação do art. 652 do CPC, devidamente atualizado pela Lei n. 11.382/2006: “O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. § 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. § 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655). § 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exeqüente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. § 4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. § 5º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências”.

Como reforço para esse primeiro argumento, surge a tese pela qual se deve dar interpretação restritiva à Lei n. 8.009/1990.¹⁷

O segundo argumento utilizado por aqueles que sustentam que os embargos do devedor devem ser rejeitados se houver o oferecimento do Bem de Família e posterior insurgência está fundado na alegação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que também mantém relação com a boa-fé, mas aquela de natureza objetiva, que existe no plano da lealdade dos participantes da relação negocial.¹⁸ Esse entendimento já chegou a ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para que os embargos do devedor fossem repelidos.¹⁹

Da ementa transcrita na última nota, aliás, decorre o terceiro argumento para se penhorar o *Bem de Família Ofertado*, o de que a proteção constante da Lei n. 8.009/1990 é passível de

¹⁷ Entre os doutrinadores que propõem essa interpretação restritiva, pode ser citado Daniel Amorim Assumpção Neves. É até interessante a simbologia por ele utilizada: “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”. (Impenhorabilidade de bens. Análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Daniel_impenhorabil.doc. Acesso em 17 de outubro de 2007).

¹⁸ Na *IV Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 362, prevendo que “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. Sobre o tema, na civilística nacional, destaca-se o trabalho de Anderson Schreiber (A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição, 2007). Na ótica instrumental, já surgem defensores da aplicação do conceito ao processo civil (DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In *Leituras complementares de Direito Civil. O Direito Civil-Constitucional em concreto*. Org. Cristiano Chaves de Farias. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 199-207).

¹⁹ “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, REsp 554.622/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.11.2005, DJ 01.02.2006 p. 527).

renúncia, pois está na parte disponível dos direitos pessoais.²⁰ Em suma e em outras palavras, trata-se de um justo e legal exercício da autonomia privada a renúncia a impenhorabilidade do bem de família, o que ocorre quando o devedor o oferece à excussão.²¹

Apesar dos notáveis esforços para amparar esses três argumentos, não há como com eles concordar, em hipótese alguma. E a premissa basilar para a tese contrária é aquela pela qual o *Bem de Família Legal* envolve um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia.

Ora, muito se tem dito a respeito da dignidade humana como propulsora da tendência de constitucionalização do Direito Civil e da possibilidade de aplicação das normas constitucionais protetivas da pessoa nas relações privadas (*eficácia horizontal*). Em realidade, parece-nos que um dos modos de especializar essa máxima proteção se dá justamente pela proteção da moradia como ocorre nos casos envolvendo o *Bem de Família Ofertado*. A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, *concretizando o Texto Constitucional*.²²

²⁰ Em sentido muito próximo: “Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade. Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, *sponte sua*, o benefício legal. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 249.009/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.08.2001, DJ 17.03.2003 p. 225)

²¹ A autonomia privada, consagradora de um dos mais importantes princípios do Direito Privado Contemporâneo, constitui um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual, na formação dos atos e negócios jurídicos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de auto-regulamentar os seus interesses, decorrente da sua própria dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública (TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O princípio da autonomia privada e o direito contratual contemporâneo. In *Direito Contratual. Temas Atuais*. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2008, p. 49). Sobre o tema é essencial a obra de Francisco Amaral (*Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 5ª Edição, 2003).

²² Expressão inspirada na obra coletiva *A Constituição concretizada*. (Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000).

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.²³ Do ponto de vista *constitucional*, esse feixe de *direitos mínimos* ou *mínimo existencial* mantém relação com o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição, um direito social e fundamental.²⁴ Já sob o prisma *civil*, esse feixe de direitos representa o direito à *propriedade mínima*: o direito ao imóvel próprio como um direito mínimo para o livre desenvolvimento da pessoa.²⁵ Como se sabe, nos meios populares, o *sonho da casa própria* povoa a mente de milhões de brasileiros. É na casa própria que a pessoa humana se concretiza, se aperfeiçoa e se relaciona; é *nela* que exerce plenamente a sua dignidade.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37. Nesse trabalho o autor desenvolve muito bem a idéia do *mínimo existencial*.

²⁴ Entre os autores que defendem a aplicação dos direitos sociais de forma imediata nas relações privadas, pode ser citado Daniel Sarmiento (*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen júrís, 2004, p. 333-342). Como exemplo de saudável aplicação desses direitos, o autor aponta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira é impenhorável pela proteção da Lei n. 8.009/1990.

²⁵ A inspiração dessa conclusão vem da leitura da brilhante tese de Luiz Edson Fachin, *O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição, 2006, p. 140-154). Em certo trecho do trabalho, ao escrever sobre a proteção do *Bem de Família Legal*, conclui o jurista: “É possível o reconhecimento da impenhorabilidade de ofício pelo juiz (quando há provas ou indícios nos autos), embora, em geral, o ônus da prova para a incidência da impenhorabilidade seja do devedor. *Não se afigura possível a renúncia válida do benefício, quando o devedor citado nomeia o bem de família à penhora, ou se o exeqüente nomeia o bem de família, mesmo que o devedor concorde expressamente com a nomeação*”. (*destacamos*). (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, ob. cit., p. 150).

A partir dessa idéia, que serve como *tronco fundamental*, decorrem os contra-argumentos aos que antes foi exposto, para gerar a conclusão de que os embargos à penhora devem ser acolhidos na hipótese do oferecimento do *Bem de Família*.

Primeiro, quanto à alegação de quem ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, não se pode atribuir má-fé presumida àquele que oferece o Bem de Família à penhora. O Direito, em certo sentido, acaba por ser uma *ciência endêmica*, que surge para solucionar conflitos humanos. Sendo assim, não se pode presumir que as mentes das pessoas também estão doentes. Ademais, o argumento de torpeza, baseado na boa-fé subjetiva e, por isso, essencialmente privado, não pode prevalecer sobre a proteção do *Bem de Família Legal*, que envolve ordem pública.²⁶

Segundo, a prevalência do direito à moradia sobre a boa-fé também serve para afastar o argumento de aplicação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). A partir da idéia de *ponderação* ou *pesagem*, deve entender que o primeiro direito tem prioridade e prevalência sobre a boa-fé objetiva.²⁷

²⁶ Por todos os julgados do STJ que reconhecem ser a proteção do Bem de Família Legal questão de ordem pública: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO À PENHORA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO ASSEGURADO PELA LEI. 8.009/90. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ. 2. Destarte, a indicação do bem à penhora não produz efeito capaz de elidir o benefício assegurado pela Lei 8.009/90. Precedentes: REsp 684.587 - TO, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005; REsp 242.175 - PR, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, DJ de 08 de maio de 2.000; REsp 205.040 - SP, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 15 de abril de 1.999) 3. As exceções à impenhorabilidade devem decorrer de expressa previsão legal. 4. Agravo Regimental provido para dar provimento ao Recurso Especial. (AgRg no REsp 813.546/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10.04.2007, DJ 04.06.2007 p. 314). A relação com a ordem pública fica clara pela possibilidade da Lei n. 8.009/1990 retroagir, conforme reconhece a Súmula 205 do mesmo STJ: “A LEI 8.009/90 APLICA-SE A PENHORA REALIZADA ANTES DE SUA VIGENCIA” (Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL. Data da Decisão: 01/04/1998. Fonte DJ DATA:16/04/1998 PG:43. RDDT VOL.:33 PG:236, RSTJ VOL.:108 PG: 145, RT VOL.: 752 PG:131). 0181).

²⁷ Sobre a técnica de ponderação, merece se destacado artigo recentemente publicado no Brasil por Robert Alexy (Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: 2007, p. 295-304). Explica o jurista alemão que “Um dos tópicos mais importantes no debate

Terceiro e por fim, não restam dúvidas de que a renúncia ao *Bem de Família Legal* é inválida e ineficaz, pois constitui um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor. Eis aqui mais um exemplo possível de dirigismo negocial nas relações subjetivas.²⁸ Desse modo, a suposta *renúncia* não afasta a possibilidade de ser argüir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel de residência.²⁹

corrente sobre a interpretação dos direitos fundamentais é o papel da ponderação ou pesagem. Na efetiva prática de muitas cortes internacionais, a ponderação ocupa um lugar central. No direito constitucional alemão a ponderação é um aspecto daquilo que é exigido por um princípio mais compreensivo: o princípio da proporcionalidade (...). O princípio da proporcionalidade consiste de três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Todos esses princípios expressam a idéia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade é tratar os direitos fundamentais como mandados de otimização, ou seja, como princípios, não simplesmente como regras. Enquanto mandados de otimização, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas” (Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular, ob. cit., p. 295).

²⁸ Como também são exemplos de dirigismo estatal as previsões relativas à função social do contrato (art. 421 do CC) e à função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII da CF/88 e art. 1.228, § 1º, do CC).

²⁹ Dentro dessa idéia, também do STJ: “AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. INDICAÇÃO À PENHORA. - Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. - O fato de o executado oferecer à penhora o imóvel destinado à residência da família não o impede de argüir sua impenhorabilidade (Lei n.º 8.009/90)”. (STJ, AgRg no REsp 888.654/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03.04.2007, DJ 07.05.2007 p. 325). “RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO IMÓVEL NO QUAL RESIDEM OS EMBARGANTES - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - MEMBROS INTEGRANTES DA ENTIDADE FAMILIAR - NOMEAÇÃO À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVISTO NA LEI Nº 8.009/90 - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DESTA - PERDA DE OBJETO - PREJUDICIALIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. 1 - Os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei nº. 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes (REsp nºs 345.933/RJ e 151.238/SP). 2 - Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei nº. 8.009/90. Precedentes (REsp nºs 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/PR e 759.745/SP). 3 - Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r. sentença. 4 - Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar nº 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo. 5 - Prejudicada a Medida Cautelar nº

Encerrando e resumindo, servem como sustento as palavras de Jorge Miranda, para quem “a dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”.³⁰ Essa dignidade humana é que ampara a proteção da habitação como um direito fundamental e social no sistema português.³¹

A conclusão deve ser a mesma no sistema brasileiro, pois interesses essenciais ao desenvolvimento social do nosso País devem prevalecer sobre interesses formais, antenados à rigidez do processo. O dogma da *justiça segura* cede espaço à *justiça justa*. Com essa idéia de justiça está se construindo o Direito Contemporâneo, sempre a partir de um diálogo interdisciplinar.³²

2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos”. (STJ, REsp 511.023/PA, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 333).

³⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra, p. 53.

³¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra, p. 667.

Quando do II Seminário Luso-Brasileiro: *Direito Público e Direito Privado*, promovido pelo Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito de Lisboa, naquela instituição, entre 3 e 4 de maio de 2007, interrogamos ao Professor Jorge Miranda a sua opinião a respeito da polêmica brasileira acerca do *Bem de Família Ofertado*. Respondeu-nos o jurista que, a partir das experiências portuguesas de proteção de direitos trabalhistas e da aplicação da dignidade humana nas relações privadas, para ele prevalece o direito social à moradia, que deve ser equiparado a um direito fundamental. Vale ressaltar que o tema de sua conferência naquele seminário foi *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*

³² Sobre essa dicotomia, são contundentes as críticas de Giselda Hironaka: “Acabamos por aprender que as *verdades inteiras* são perigosas, exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído, de molde a não permitir re-organizações, re-modelações, re-arranjos. É mais seguro, por certo, não mexer muito nas coisas ou nas idéias, pois tudo que se contém dentro de um formato imutável, tende a parecer mais seguro. Na percepção de justiça, por exemplo, aquilo que se apresentar de modo repetitivo, encaixado em formulações pré-estabelecidas, aquilo que se multiplicar tantas vezes quanto seja desejável fazê-lo, tende a parecer mais seguro e, daí então, deve decorrer a idéia de *segurança jurídica*, este padrão aprisionador de concepções, este denominador comum de repetição, este paradigma inacreditavelmente inamovível... Numa idéia assim – restrita e fechada, e por isso mesmo segura – não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir apenas o justo. Parece que, neste tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a *justiça segura à justiça justa...*” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afeto – um devaneio sobre a ética no Direito de Família. In Família e dignidade humana. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 426).

Fonte do texto: <http://flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos> acessado em 25 de fevereiro de 2013.