



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Paulo Franco Lustosa

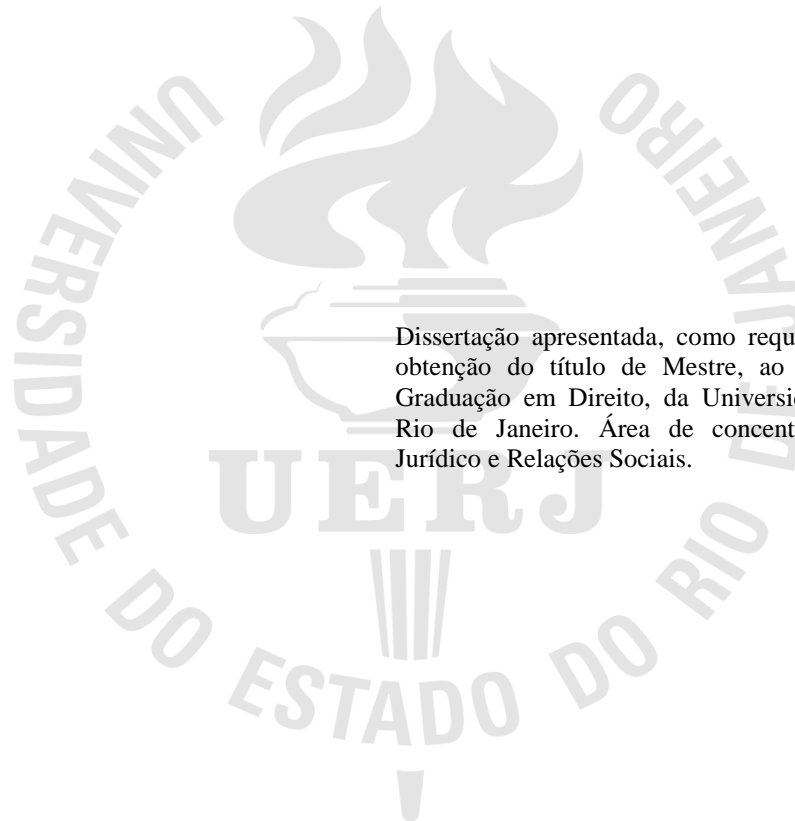
**O controle dos atos de disposição do bem de família involuntário em
perspectiva funcional**

Rio de Janeiro

2016

Paulo Franco Lustosa

O controle dos atos de disposição do bem de família involuntário em perspectiva funcional



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L972 Lustosa, Paulo Franco.
O controle dos atos de disposição do bem de família involuntário em perspectiva funcional / Paulo Franco Lustosa. – 2016.
181f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Bem de família - Teses. 2. Direito à moradia - Teses. 3. Penhora (Direito) - Teses. I. Konder, Carlos Nelson de Paula. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.237

Paulo Franco Lustosa

O controle dos atos de disposição do bem de família involuntário em perspectiva funcional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 23 de março de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Anderson Schreiber
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

À minha madrinha e queridíssima Tia Lula, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

No curso do mestrado, tornei-me pai. Conheci, então, o verdadeiro “bem da família”, chamado Nicolas. Junto com ele, nasceu uma exímia e amorosa mãe. Por tudo isso, em primeiro lugar, não poderia deixar de agradecer a ela, Aninha, minha sócia neste e em todos os outros projetos, especialmente pela benevolência e paciência que tornaram possível a construção deste trabalho.

Em seguida, registro meus sinceros agradecimentos ao professor Carlos Konder, meu amigo Caíto, especialmente pela impecável, atenciosa e ágil orientação, que impediu, em algumas ocasiões, que a dissertação tomasse rumos sem saída.

Ao Vitor Almeida, com quem tive o prazer de escrever um artigo em coautoria sobre o tema deste trabalho, agradeço as valiosas contribuições que me ajudaram no amadurecimento das ideias aqui defendidas. Da mesma forma, devo sincero agradecimento ao meu amigo Pablo Rentería pela revisão de itens polêmicos abordados na dissertação, com suas usualmente precisas e irrefutáveis observações.

Aos professores Anderson Schreiber e Milena Donato, agradeço não só pelos ensinamentos nas disciplinas ministradas no mestrado, mas sobretudo pelas importantes sugestões dadas na banca de qualificação. Minha gratidão se estende aos demais membros do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, especialmente Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Maria Celina Bodin de Moraes.

Agradeço, também, o afetuoso convívio dos muitos amigos que fiz na UERJ. Além de todos os colegas da minha turma (Louise Matiele, Felipe Ramos, Pedro Teixeira, Rafael Sinay, Chiara de Teffé, Juliana Gomes, Rodrigo Borba e Bruno Terra), faço menção especial a Gabriel Furtado, Deborah Pereira, Vitor Almeida, Fabiano Magalhães, Cintia Konder, Fernanda Paes Leme e Aline Terra.

Aos meus amigos Felipe Gibson, Fabricio Eyler, Eduardo Bacal, Leonardo Zimmerman, Tiago Lessa, Iuri Rademaker, Nicolas Gomez e Rodrigo Carvalho, entre outros tantos, agradeço pelos momentos de distração e divertimento, paradoxalmente essenciais ao andamento do solitário processo de pesquisa e redação de uma dissertação de mestrado. Da mesma forma, aos colegas de trabalho no BNDES, em especial Franderlan de Souza, Juliana Daitchmann e Rodrigo Simão, agradeço a aprazível e harmoniosa companhia diária.

Agradeço, ainda, o apoio da família Monteiro Lelis, à qual afortunadamente me agreguei. E, por fim, expresso meus sinceros agradecimentos à minha amada família. Aos meus pais, por tudo. Ao Marcelo e à Clarinha, por serem irmãos em todos os sentidos.

A verdadeira felicidade está na própria casa, entre as alegrias puras da família.

Léon Tolstoi

RESUMO

LUSTOSA, Paulo Franco. *O controle dos atos de disposição do bem de família involuntário em perspectiva funcional*. 2016. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A presente dissertação tem por objetivo examinar os efeitos que os atos de disposição jurídica do bem de família involuntário produzem na garantia da impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90. No ordenamento jurídico brasileiro, o bem de família desempenha a função de garantir o patrimônio mínimo do devedor enquanto instrumento para a proteção do direito fundamental e humano à moradia do próprio devedor e dos membros de sua família. Todavia, diferentemente do regime do bem de família consensual, estabelecido no Código Civil, o legislador especial não impôs restrições ao exercício da faculdade de dispor do bem de família involuntário pelo seu titular. Nesse contexto, a autonomia negocial do devedor, com frequência, conflita com a finalidade prático-social do instituto, especialmente nas hipóteses de oferecimento em garantia, indicação à penhora e alienação (gratuita ou onerosa) do bem de família. Surge, assim, a necessidade de preservar a coerência do sistema jurídico, identificando, em cada caso, o alcance da garantia legal diante dos atos de disposição do bem de família praticados pelo devedor. O controle de tais atos deve ser realizado pelo intérprete, no caso concreto, a partir da análise funcional do instituto, como decorrência lógica da supremacia do texto constitucional. Tendo em consideração o fundamento axiológico-normativo da limitação da responsabilidade patrimonial do devedor, que pressupõe a primazia dos interesses existenciais na tábua de valores da Constituição da República, serão sugeridos alguns parâmetros para a harmonização dos interesses em conflito.

Palavras-chave: Bem de família. Impenhorabilidade. Controle funcional. Direito à moradia.

ABSTRACT

LUSTOSA, Paulo Franco. *Control of the disposal of involuntary homestead in functional perspective*. 2016. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The present dissertation aims at examining the effects that acts of disposal of involuntary homestead produce to the assurance of unseizability provided by Law n° 8,009/90. In Brazilian Law, homestead serves the purpose of assuring the minimum estate of a debtor as an instrument for protection of the constitutional and human right to housing afforded to the debtor himself and to his family members. However, unlike the consensual homestead system provided for in the Brazilian Civil Code, the lawmaker did not impose restrictions to the exercise of the prerogative to dispose of an involuntary homestead by its owner. In this context, the debtor's trading autonomy often conflicts with the practical-social purpose of the institute, particularly in the events of pledging as security, designation for attachment and disposal (either free or onerous) of the homestead. Therefore, the need to preserve coherence of the legal system emerges, by identifying in each case, the reach of the legal guarantee vis-à-vis acts of disposal of homestead performed by a debtor. Control of any such acts shall be exercised by the interpreter, in each concrete case, from the functional analysis of the institute, as a logical consequence of the supremacy of the constitutional provision. In view of the axiological-normative basis of the exemption from liability from debts, which presupposes primacy of existential values in the table of values of the Brazilian Constitution, some parameters will be suggested for harmonization of conflicting interests.

Keywords: Homestead. Unseizability. Teleological interpretation. Right to housing.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	O BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO: ESTRUTURA E FUNÇÃO.....	18
1.1	A função do patrimônio como garantia geral dos credores: a responsabilidade patrimonial do devedor.....	18
1.2	A função do bem de família sob a ótica da historicidade do instituto.....	26
1.3	A dualidade de regimes: bem de família convencional e bem de família involuntário no direito brasileiro.....	41
1.4	A funcionalização da proteção do bem de família legal no direito brasileiro.....	50
1.4.1	<u>A possibilidade de penhora do bem de família luxuoso.....</u>	52
1.4.2	<u>A proteção do imóvel residencial da pessoa que mora sozinha.....</u>	59
1.4.3	<u>A impenhorabilidade do imóvel de propriedade do devedor dado em locação.....</u>	62
1.4.4	<u>O processo interpretativo das exceções legais à impenhorabilidade.....</u>	65
2	O CONTROLE DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO JURÍDICA PARCIAL DO BEM DE FAMÍLIA.....	73
2.1	O problema da renúncia à garantia legal do bem de família.....	73
2.1.1	<u>Breves considerações sobre a renúncia: conceito, modalidades e objeto.....</u>	76
2.1.2	<u>Fundamentos da irrenunciabilidade <i>prima facie</i> à garantia do bem de família.....</u>	80
2.2	O bem de família dado em garantia de dívida.....	89
2.2.1	<u>Os requisitos para a exclusão do manto da impenhorabilidade na execução do crédito hipotecário.....</u>	94
2.2.2	<u>Efeitos da constituição de outras garantias reais, distintas da hipoteca, sobre o bem de família involuntário.....</u>	100
2.2.3	<u>Outros instrumentos de controle do oferecimento do bem de família em garantia..</u>	108
2.3	O bem de família indicado à penhora pelo devedor.....	117
2.3.1	<u>Indicação à penhora e renúncia tácita.....</u>	117
2.3.2	<u>Outros argumentos que procuram embasar o afastamento da garantia legal.....</u>	122
3	O CONTROLE DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO JURÍDICA TOTAL DO BEM DE FAMÍLIA.....

3.1	As fraudes contra credores e a proteção do bem de família.....	131
3.1.1	<u>A fraude contra credores e a fraude à execução: fundamentos e requisitos.....</u>	132
3.1.2	<u>Fraudes contra credores envolvendo a impenhorabilidade do bem de família involuntário.....</u>	140
3.2	A alienação do bem de família pelo devedor a título gratuito.....	148
3.2.1	<u>A fraude na doação do bem de família na experiência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.....</u>	148
3.2.2	<u>Parâmetros para a caracterização de fraude na doação do bem de família.....</u>	151
3.3	A alienação do bem de família pelo devedor a título oneroso.....	158
3.3.1	<u>O problema da sub-rogação da impenhorabilidade no produto da alienação.....</u>	158
3.3.2	<u>Parâmetros para a caracterização de fraude na alienação onerosa do bem de família.....</u>	162
	CONCLUSÃO.....	166
	REFERÊNCIAS.....	170

INTRODUÇÃO

O bem de família tem a função de proteger a moradia do devedor e dos membros de sua entidade familiar, por meio da preservação do seu patrimônio mínimo¹. Fundado na premissa de que a privação da moradia poderia comprometer gravemente os pressupostos básicos para uma vida com dignidade, o instituto tutela, indiretamente, interesses existenciais do devedor e de sua família. Assim, reconhecida pelo constituinte a íntima e indissociável vinculação do direito de habitação com a dignidade da pessoa humana, visa o bem de família a assegurar o mínimo existencial da pessoa humana, entendido como a garantia das condições materiais básicas de uma vida digna. Nesse sentido, o direito de moradia, favorecido pela Constituição Federal de 1988, é de natureza patrimonial com função também existencial.

A tutela dos aludidos interesses existenciais se concretiza pelo regime da impenhorabilidade do bem de família, que, via de regra, não pode sofrer constrição judicial para a satisfação de créditos. Constitui o instituto uma limitação da responsabilidade patrimonial do devedor, imposta pelo legislador em sacrifício dos direitos creditórios alheios. É, portanto, a relação de instrumentalidade indireta que se estabelece entre o bem de família e a realização de interesses existenciais – repita-se, não apenas do devedor, mas também de seus familiares residentes no imóvel – que justifica a sua tutela preferencial em relação à maioria dos direitos de credores.

Assim, o regime tutelar do bem de família é um exemplo emblemático de funcionalização das situações patrimoniais às existenciais no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista que a tutela constitucional da dignidade humana impõe a primazia dos interesses existenciais no ordenamento jurídico, o instituto reflete a tendência de despatrimonialização ou repersonalização do direito civil. Em que pese cuidar-se de situação subjetiva real integrante do patrimônio do devedor, a natureza existencial dos interesses

¹ Sobre o estatuto jurídico-constitucional do patrimônio mínimo no ordenamento jurídico brasileiro, v. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. A obra é fruto da tese apresentada para o concurso de professor titular de direito civil da Universidade Federal do Paraná, intitulada “Patrimônio mínimo personalíssimo: da garantia creditícia à dignidade pessoal (uma proposta crítica e construtiva a partir do Código Civil brasileiro)”, na qual defendeu o autor “a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A formulação sustentada se ancora no princípio constitucional da dignidade humana e parte da hermenêutica crítica e construtiva do Código Civil brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção” (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., introdução, p. IX).

protegidos pelo bem de família legítima, à luz da Constituição, a limitação da garantia patrimonial colocada à disposição dos credores².

Como se nota, a tutela preferencial do bem de família funda-se na premissa de que as situações patrimoniais são instrumentos para a promoção do desenvolvimento da pessoa humana, eis que o acesso a determinados bens essenciais é *conditio sine qua non* para a promoção da dignidade³. Assim, reconhecida a prevalência dos interesses extrapatrimoniais, justifica-se a tutela prioritária do bem de família em consonância com a tábua axiológica da Constituição.

No ordenamento jurídico brasileiro, coexistem duas modalidades de bem de família, cada qual com uma disciplina jurídica própria. O chamado bem de família *voluntário* (*convencional* ou, ainda, *consensual*), regulado nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil, depende da iniciativa do titular do bem para ser instituído, sob os rigores do formalismo. Por sua vez, o bem de família *involuntário* (*legal*, *obrigatório* ou, ainda, *ex vi legis*) encontra-se previsto na Lei nº 8.009/90. Cuida-se de modalidade genuinamente brasileira que ampliou o campo de incidência do bem de família e tornou a sua proteção automática, desde que presentes os requisitos legais, independentemente de ato de vontade do instituidor.

No regime jurídico do bem de família involuntário, o exercício das faculdades da propriedade sobre o bem não sofre limitações gerais pelo legislador. Ao contrário do bem de família consensual, que é inalienável sem o consentimento dos interessados e dos representantes legais⁴, optou o legislador especial por prestigiar a autonomia negocial do titular do bem, na modalidade involuntária, como manifestação do princípio geral de autodeterminação. Assim, enquanto o bem de família consensual depende de autorização judicial para ser alienado, ouvido o Ministério Público, o dono do bem de família legal conserva a sua plena disponibilidade, ressalvada apenas eventual necessidade de autorização

² Conforme observa Pietro Perlingieri, há situações patrimoniais que, por sua estreita ligação com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760).

³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 47.

⁴ A previsão, que constava do artigo 72 do Código Civil de 1916, hoje consta do artigo 1.717 do Código vigente: “O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da 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”. Assim, “se o pai pretender a alienação do bem, será preciso a concordância da mãe e dos filhos, por intermédio de curador especial e ouvindo-se o Ministério Público, sob pena de nulidade da alienação, se a aquiescência for de absolutamente incapaz, e anulável se relativamente incapaz” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 139).

conjugal nas hipóteses do art. 1.647, I, do Código Civil⁵.

Embora autorizado pelo legislador, o exercício das faculdades do domínio do bem de família involuntário, com frequência, conflita com a finalidade prático-social do instituto. Note-se que, de acordo com a Lei nº 8.009/90, por mais relevantes que sejam os seus objetivos sociais, o titular do bem de família pode, com o seu comportamento, torná-lo penhorável por diversos meios⁶. Ademais, não raro, surgem problemas não previstos no plano normativo quanto ao alcance da garantia legal após o exercício (não proscrito), pelo devedor, das faculdades de usar, fruir e dispor da propriedade do bem de família involuntário.

Exsurge, portanto, a necessidade de preservar a coerência do sistema jurídico⁷. Dada a natural impossibilidade de o legislador prever todos os conflitos que podem surgir da livre disposição do bem de família involuntário, cabe à jurisprudência o papel de identificar os efeitos que o ato produzirá, em cada caso concreto, em relação à garantia legal do bem de família. À doutrina, por sua vez, a partir de uma reflexão teórica orientada pela centralidade da Constituição, incumbe indicar parâmetros que, mantendo a coerência do ordenamento jurídico, possam orientar o intérprete na valoração do ato concreto do devedor⁸.

Nesse contexto, a presente dissertação tem por objetivo empreender uma análise técnico-jurídica da eficácia de alguns atos de disposição do bem de família involuntário, praticados pelo devedor, em relação ao regime da impenhorabilidade assegurado pela Lei nº 8.009/90. O chamado *jus abutendi* (ou *jus disponendi*) corresponde ao direito de alterar,

⁵ “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”.

⁶ Tais hipóteses legais serão abordadas ao longo da dissertação. Cite-se, por ora, apenas para ilustrar, que o proprietário do bem de família pode afastar o manto da impenhorabilidade pela cessação da finalidade residencial, pela aquisição de outro imóvel residencial de menor valor, pelo oferecimento em garantia de dívida revertida em benefício da entidade familiar ou, ainda, pela celebração de contrato de fiança em contrato de locação (nestes últimos dois casos, a penhorabilidade é relativa ao credor hipotecário e ao locador afiançado, respectivamente).

⁷ Conforme lição de Pietro Perlingieri, todo ordenamento jurídico é sistemático por definição. Um enunciado legislativo torna-se norma quando é lido e confrontado com o ordenamento inteiro, verificando a sua coerência constitucional, em dialética com os fatos históricos concretos. Mesmo as leis especiais devem ser sempre concebidas no âmbito do sistema unitariamente considerado (não há que se falar em “microsistemas” dentro do ordenamento, que é dotado de uma unidade lógica). Toda norma pressupõe o sistema e, ao mesmo tempo, concorre para formá-lo. Logo, é preciso superar a compreensão da norma como busca do significado literal do texto, substituindo-a pela individualização da sua lógica e da sua justificação axiológica (*O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 626-629).

⁸ Interessante mencionar a análise comparativa das diversas fontes do direito (estatuto, jurisprudência e erudição) realizada por R. C. Van Caenegem (*Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 239-252). No que tange ao controle dos atos de disposição do bem de família, adquirem relevância algumas das vantagens de cada fonte apontadas pelo autor. Assim, embora a legislação tenha a vantagem de prover certeza jurídica, por meio de normas claras, e de constituir uma autoridade a ser respeitada, tem ela a desvantagem, entre outras, da impossibilidade de se prever todos os casos que podem surgir em concreto. Na falta de uma disciplina normativa, portanto, adquirem maior destaque a erudição dos professores, cuja reflexão teórica pressupõe atenção aos princípios gerais e à coerência do sistema, e a atuação da jurisprudência, que guarda uma íntima relação com a realidade.

material ou juridicamente, a própria substância da coisa⁹. A faculdade de dispor do bem compreende tanto os atos de *disposição material* da coisa (como ocorre no consumo, na transformação, no abandono e na destruição do bem), quanto os atos de *disposição jurídica* da coisa, os quais, por sua vez, subdividem-se em atos de *disposição total* (alienação) e atos de *disposição parcial* (inserção de ônus reais)¹⁰.

Serão examinadas algumas questões controvertidas na jurisprudência pátria – as quais, diga-se de passagem, não têm atraído tanto a atenção da doutrina especializada – que envolvem atos de *disposição jurídica (parcial e total)* do bem de família pelo devedor e seus efeitos no regime da impenhorabilidade. No grupo dos chamados atos de *disposição jurídica parcial*, merece destaque o exame da problemática acerca da possibilidade de constrição do imóvel residencial dado em garantia de dívida e daquele ofertado à penhora pelo próprio devedor¹¹. Por sua vez, no âmbito dos atos de *disposição jurídica total*, será investigada a hipótese de alienação (gratuita e onerosa) tida como fraudulenta do bem de família legal.

Para tanto, adotou-se como metodologia desta dissertação o chamado direito civil-constitucional, que pressupõe uma releitura do direito privado à luz da Constituição. Uma vez reconhecida a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações interprivadas, a metodologia referida busca conferir o máximo de eficácia à normativa constitucional. Em especial, uma das características da metodologia civil-constitucional adquire notável relevância na solução dos problemas específicos a que esta dissertação se propõe a enfrentar, qual seja, aquela que privilegia o perfil funcional dos institutos jurídicos em detrimento do perfil estrutural. Trata-se de uma decorrência necessária da primazia do texto constitucional,

⁹ Segundo Arnaldo Rizzardo, o direito de dispor “envolve o poder de consumir o bem, de aliená-lo ou gravá-lo, ou de submetê-lo ao serviço de terceira pessoa, ou de desfrutá-lo. Sem dúvida, é o mais importante dos três atributos, pois quem dispõe dele se mostra mais dono do mesmo relativamente à pessoa que o usa ou frui de suas vantagens. [...] Ao proprietário é assegurado, dentre outros atos, alienar a coisa, transformá-la, dividi-la, aproveitar seus frutos, constituir sobre ela um ônus como usufruto, hipoteca, penhor, além de facultar-se-lhe não fruí-la e abandoná-la” (*Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212-213*).

¹⁰ A aludida classificação, usualmente encontrada nos manuais de direito reais (cite-se, por exemplo, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito reais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 189-190), é utilizada nesta dissertação apenas para fins didáticos, como forma de reunir os problemas a serem analisados em grupos marcadamente distintos.

¹¹ Note-se que, por *disposição jurídica parcial* da coisa, entende-se a instituição pelo proprietário de ônus reais *de uso* (servidões, usufruto, uso e habitação) ou *de garantia* (penhor, hipoteca, anticrese e outros instrumentos de garantia real). A instituição de ônus reais de uso não interessa tanto à presente dissertação na medida em que, via de regra, não gera maiores controvérsias em torno dos impactos produzidos na garantia legal do bem de família. Em regra, para identificar a eficácia da instituição de ônus reais de uso em relação à proteção do bem de família, basta analisar, em cada caso, se houve continuidade do requisito da moradia familiar exigido pela Lei nº 8.009/90. Esclareça-se, ainda, que o ato processual de indicação do bem de família à penhora pelo executado, embora não corresponda precisamente à instituição de um ônus reais de garantia, guarda certa similitude com a disposição jurídica parcial, por não implicar transmissão do domínio.

que converte a normativa civil em instrumento para a realização de seus preceitos¹².

A partir das críticas de Norberto Bobbio ao positivismo jurídico¹³, foi se consolidando a chamada *funcionalização* dos institutos de direito civil. Afirma-se, com frequência, que a função condiciona a estrutura, de tal modo que a disciplina jurídica somente se identifica após a análise funcional dos diversos valores e interesses tangenciados¹⁴. A perspectiva funcional rompe com o pretense absolutismo da vontade individual, “transformando a figura do direito subjetivo e pautando o merecimento de tutela jurídica de acordo com o cumprimento da função, e não como um simples dado obtido através da construção estrutural”¹⁵. Logo, o exame do aspecto funcional possibilita verificar se determinada situação jurídica subjetiva está sendo concretamente exercida em conformidade com o valor que lhe serve de fundamento jurídico.

Nesse quadro, a análise funcional revela-se de extrema utilidade na solução de problemas práticos envolvendo o bem de família involuntário no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração o seu fundamento axiológico-normativo¹⁶. Uma vez que o regime tutelar do bem de família protege a moradia do devedor e de sua entidade familiar justamente por meio do sacrifício de interesses legítimos dos credores, surge uma

¹² KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

¹³ Sobre o tema, Carlos Nelson Konder explica que “Norberto Bobbio, em sua cuidadosa análise do positivismo jurídico, destacou que, sob uma perspectiva dogmática, o jurista tradicionalmente priorizava a análise estrutural dos institutos – a composição de seus elementos –, como forma de ‘salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal’. Superada esta perspectiva através da consciência de que a atividade interpretativa necessariamente envolve valores – e, portanto, é necessário revelá-los – defendeu-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil funcional, seus efeitos, passando do ‘como ele é’ para o ‘para que ele serve’” (*A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009, p. 20).

¹⁴ Sobre a funcionalização das estruturas jurídicas, baseando-se na lição de Pietro Perlingieri, afirma Gustavo Tepedino: “as situações jurídicas subjetivas apresentam dois aspectos distintos – o estrutural e o funcional. O primeiro identifica a estruturação de poderes conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, enquanto o segundo explicita a finalidade prático-social a que se destina. O aspecto funcional condiciona o estrutural, determinando a disciplina jurídica aplicável às situações jurídicas subjetivas” (Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 400).

¹⁵ Carlos Affonso Pereira de Souza. *Abuso do direito nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 32. O autor destaca, em sua obra, que a análise funcional do direito rompe com duas compreensões clássicas sobre o fenômeno jurídico: o mito da neutralidade jurídica e o voluntarismo na disciplina do direito subjetivo.

¹⁶ A análise funcional leva em conta os efeitos e os interesses relacionados ao ato, muito embora, como adverte Pietro Perlingieri, tais conceitos não se confundam: “Identificar a função não é o mesmo que descrever os efeitos do ato, interligando-os desordenadamente entre si, mas sim apreender o seu significado normativo. [...] A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidados nas situações jurídicas preexistentes ao fato)” (*O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 642-643).

vasta gama de controvérsias acerca do instituto na jurisprudência e na doutrina. Com efeito, a funcionalização do bem de família deve orientar o intérprete em todas as questões relacionadas à aplicação da Lei nº 8.009/90, conforme já vem sendo reconhecido na jurisprudência em algumas hipóteses.

Especialmente em relação aos problemas que serão abordados nesta dissertação, os quais demandam uma análise em perspectiva dinâmica¹⁷, o controle do comportamento do devedor deve ser realizado pelo intérprete sob uma ótica funcional do instituto do bem de família. O perfil funcional é, portanto, a chave interpretativa que melhor permite solucionar os conflitos de interesses decorrentes de atos de disposição jurídica do bem de família praticados pelo devedor. Cabe ao intérprete, em cada caso, identificar o alcance da garantia legal diante da disposição do bem de família, levando em consideração a precisa função que o instituto desempenha no sistema jurídico. Sob esse prisma metodológico, a identificação dos interesses e valores envolvidos em cada caso concreto permite determinar quais efeitos serão produzidos em relação à proteção legal do bem de família. Assim desenvolvida, a análise funcional desloca o foco para os interesses e valores mais merecedores de tutela na legalidade constitucional.

Na valoração do ato de disposição jurídica praticado pelo devedor, deve-se considerar, de um lado, que o seu patrimônio exerce a função de servir de garantia geral aos credores quirografários, bem como, de outro lado, que ao ordenamento interessa preservar aquele bem no patrimônio do devedor, para que possa permanecer atendendo à sua função social. As hipóteses conflituosas que serão analisadas nesta dissertação abarcam centros de interesse de diversos atores: dos credores, do devedor e dos familiares deste, sendo que, nos casos de alienação do bem de família, também entra em cena o interesse do terceiro adquirente. Na difícil tarefa de harmonizar todos os interesses em conflito, o ato de disposição deve ser valorado em concreto, em perspectiva funcional, com o objetivo de identificar eventual repercussão na incidência da garantia legal do bem de família¹⁸.

O tema está, portanto, intimamente relacionado à controvérsia acerca da possibilidade de renúncia à proteção do bem de família, que costuma ser rechaçada na doutrina e na

¹⁷ De acordo com Pietro Perlingieri, “a situação subjetiva é vista como conceito de duração que vive no seu ser uma referência contínua para a qualificação de uma pluralidade de comportamentos. Tais comportamentos constituem o perfil dinâmico da situação subjetiva” (*O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 670).

¹⁸ Convém esclarecer, desde já, que, na maioria dos casos, o controle do ato de disposição não ensejará o reconhecimento da invalidade ou ineficácia total do ato em si, sendo preciso investigar os efeitos que serão produzidos em relação à proteção do bem de família. Logo, em geral, não se trata de um controle da validade, da abusividade ou do merecimento de tutela do ato de disposição em si. Levando-se em conta a função do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro, pretende-se indicar parâmetros que possam auxiliar o intérprete na identificação do alcance da garantia legal diante do comportamento do devedor.

jurisprudência. Mesmo que não se reconheça a renúncia tácita, a proteção do bem de família poderá não incidir, a depender das circunstâncias concretas, quando o proprietário do bem tiver praticado atos de disposição jurídica (tais como o oferecimento em garantia, a indicação à penhora, a alienação onerosa ou a alienação gratuita) do bem de família, a partir de uma interpretação funcional da Lei nº 8.009/90. Em outras situações, como será analisado, o exercício pelo devedor de prerrogativas que contrariam a função do bem de família poderá afastar a incidência da garantia com arrimo em institutos como a vedação da alegação da própria torpeza, a teoria do abuso do direito e a proibição do comportamento contraditório.

O desenvolvimento da dissertação está estruturado em três capítulos, cada qual dividido em subitens.

O capítulo primeiro terá por objetivo examinar a proteção do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em seu aspecto estrutural quanto funcional. De início, serão tecidos breves esclarecimentos acerca do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, com o escopo de precisar de que maneira o patrimônio exerce a função de garantia geral dos credores. Em seguida, será analisado o perfil funcional do bem de família sob a ótica da historicidade do instituto. Também serão examinados, sucintamente, os regimes aplicáveis às duas modalidades de bem de família no direito brasileiro. Por fim, o capítulo dedicar-se-á à demonstração de exemplos de funcionalização do bem de família legal no direito brasileiro, examinando questões controvertidas envolvendo a possibilidade de penhora do bem de família luxuoso, a proteção do imóvel residencial da pessoa que mora sozinha, a impenhorabilidade do imóvel de propriedade do devedor dado em locação e, ainda, o processo interpretativo das exceções legais à impenhorabilidade.

No segundo capítulo, serão examinadas as principais controvérsias relativas aos atos de *disposição jurídica parcial* do bem de família. Para tanto, será preciso enfrentar, preliminarmente, o problema da renúncia à garantia legal do bem de família. Identificados os fundamentos da irrenunciabilidade *prima facie* à garantia do bem de família, será possível examinar, de forma destacada, as hipóteses do bem de família dado em garantia de dívida e, em seguida, do bem de família indicado à penhora pelo devedor. A partir da análise funcional do instituto, a abordagem terá por escopo indicar parâmetros que possam auxiliar o hermeneuta no controle de tais atos, no que diz respeito aos seus impactos na incidência da garantia assegurada pela Lei nº 8.009/90.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado ao controle dos atos de *disposição jurídica total* do bem de família, que são aqueles que importam na transmissão da propriedade para terceiros. Cuida-se de tema intimamente relacionado ao instituto das fraudes contra credores,

abrangendo a *fraude pauliana* e a *fraude à execução*. Assim, o capítulo será inaugurado com o exame da relação entre tais modalidades de fraude e a proteção do bem de família no direito brasileiro. Em seguida, serão analisadas detidamente as controvérsias jurisprudenciais envolvendo o bem de família alienado pelo devedor, tanto a título gratuito quanto a título oneroso, com a pretensão de se sugerir alguns parâmetros para a caracterização da fraude na alienação do bem de família.

CAPÍTULO 1: O BEM DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO: ESTRUTURA E FUNÇÃO

1.1. A função do patrimônio como garantia geral dos credores: a responsabilidade patrimonial do devedor

A evolução da tutela jurisdicional das obrigações baliza-se, no tempo e no espaço, pela necessidade de harmonizar o poder estatal destinado à satisfação coativa de uma situação jurídica subjetiva ativa, de um lado, e a proteção da pessoa humana que ocupa o polo passivo da relação jurídica, de outro lado. Assim, a exigibilidade das obrigações inadimplidas caminha sempre em busca de um meio termo entre o direito do credor à satisfação de seu crédito e o direito do devedor de ter sua dignidade humana preservada.

Nesse quadro, a responsabilidade do devedor sofreu notável evolução histórica, rompendo com as tradições romana e germânica, que convergiam no sentido de imprimir responsabilidade pessoal ao obrigado¹⁹. É recorrente a afirmação segundo a qual, desde a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), o devedor não responde por suas dívidas com sua vida ou liberdade, de maneira que o vínculo corpóreo do devedor em face do credor deu lugar ao vínculo exclusivamente patrimonial²⁰. Considerada uma das mais festejadas conquistas civilizatórias do direito ocidental, a responsabilidade patrimonial significa que são os bens do devedor, e não os atributos da sua personalidade, que se sujeitam à ação executiva decorrente da cobrança do crédito²¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, a referida garantia encontra assento na Constituição Federal, que veda a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (art. 5º, LXVII)²². Consolidando a tendência internacional de humanização do tratamento do devedor,

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 233.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) *et alli. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 391. Para um aprofundamento sobre o histórico da humanização da execução, ver AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²¹ RENTERÍA, Pablo Waldemar. *Autonomia negocial e direito real de penhor*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009, p. 115.

²² A partir do julgamento, em 03.12.2008, do Recurso Extraordinário nº 466.343 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 25, aprovada em 16.12.2009 (“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”), não remanesce qualquer controvérsia acerca da inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel no direito brasileiro. De fato, a subscrição da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) pelo Brasil,

a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 22/11/1969 e ratificada pelo Brasil em 06/11/1992, estabelece, no item 7 do seu artigo 7º, que “ninguém deve ser detido por dívidas”, fazendo ressalva apenas à hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar. Já no plano infraconstitucional, tanto o Código Civil (art. 391) quanto o Código de Processo Civil (art. 591) cuidam do tema, estatuinto, em sentido convergente, embora com particularidades terminológicas²³, que apenas os bens do devedor respondem pelo inadimplemento de suas obrigações.

Nesse contexto, costuma-se afirmar que a função precípua do patrimônio é servir de garantia aos credores do devedor ou, ainda, que o patrimônio é a garantia geral dos credores quirografários. Embora o patrimônio exerça outras funções, notadamente por meio da técnica da segregação patrimonial²⁴, a sua principal finalidade estaria em constituir uma garantia geral aos credores. Não obstante ser correta a assertiva, afigura-se recomendável tecer alguns comentários com o intuito de precisar em que sentido o patrimônio exerce tal função.

Em primeiro lugar, é importante observar que não são todos os bens do devedor que respondem por suas dívidas, a despeito da dicção do citado artigo 391 do Código Civil. Como é cediço, o ordenamento jurídico limita a responsabilidade do devedor em determinadas hipóteses, estipulando que certas situações jurídicas subjetivas integrantes do seu patrimônio não podem sofrer constrição judicial para a satisfação do crédito²⁵. Via de regra, o legislador busca, nesses casos, resguardar um mínimo de patrimônio do devedor que seja capaz de

independentemente da orientação que se venha a adotar quanto ao *status* normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos (natureza supraconstitucional, constitucional, supralegal ou de lei ordinária), induz à conclusão inevitável de que não mais subsiste, em nosso sistema de direito positivo interno, o instrumento da prisão civil por infidelidade depositária, seja na hipótese de depósito voluntário ou de depósito necessário.

²³ O art. 391 do Código Civil prescreve que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Note-se que o referido dispositivo insere-se no âmbito da responsabilidade contratual, sendo que a primeira parte do art. 942 do mesmo Código, referindo-se à responsabilidade extracontratual, emite preceito semelhante (“Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado”). Por sua vez, segundo o art. 591 do Código de Processo Civil, “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Após analisar se os bens do devedor respondem pelo *inadimplemento*, como diz o diploma civil, ou pelo *cumprimento* das obrigações, como estabelece o código processual, Pablo Rentería conclui que “do ponto de vista técnico, se revela mais apropriado o enunciado do art. 391 do Código Civil, segundo o qual os bens do devedor respondem pelo inadimplemento. Com efeito, a linguagem utilizada no art. 591 do CPC se mostra imprecisa, uma vez que acaba por associar o fenômeno do cumprimento das obrigações ao da responsabilidade patrimonial, parecendo prestigiar a vetusta concepção patrimonialista da obrigação. Vale repisar, em tributo à concepção personalista, que o devedor cumpre o débito por meio do desempenho da prestação devida, não já com o seu patrimônio” (*Autonomia negocial...*, op. cit., p. 117).

²⁴ Sobre as potencialidades funcionais do patrimônio no ordenamento jurídico brasileiro, v. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado* - Herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁵ Conforme observa Luiz Edson Fachin, “Não é estranho ao direito brasileiro obstar, em determinados casos, a pretensão creditícia. Não se trata, em hipótese alguma, de considerar ilegítima a pretensão do credor. Refere-se, isso sim, tal exceção, ao limite da garantia patrimonial colocada à disposição do credor” (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 219).

promover a sua dignidade²⁶. Há hipóteses, porém, em que o fundamento da impenhorabilidade não está na garantia do mínimo existencial do devedor, como no caso dos bens públicos, que, ressalvadas as controvérsias acerca da possibilidade de constrição judicial dos bens dominicais, são considerados impenhoráveis por estarem afetados ao interesse público primário, submetendo-se os créditos contra a Fazenda Pública ao sistema de precatórios.

As hipóteses de impenhorabilidade no direito brasileiro são inúmeras e não se encontram sistematizadas em um único diploma legal. Ilustrativa dessa diversidade de bens imunes à tutela executiva é a previsão contida na Lei nº 4.075/62, que, curiosamente, considera impenhoráveis “os exemplares da Bandeira Nacional pertencentes às pessoas físicas e jurídicas que não se destinem a comércio”. Embora sem pretender esgotar as hipóteses de impenhorabilidade consagradas entre nós²⁷, merecem destaque as previsões que abrangem: (i) a pequena propriedade rural trabalhada pela família (art. 5º, XXVI, da Constituição Federal); (ii) a relação de bens considerados impenhoráveis por força dos artigos 649 do Código de Processo Civil de 1973²⁸ e 833 do Código de Processo Civil de 2015²⁹; (iii) os bens gravados de inalienabilidade ou impenhorabilidade, em decorrência de cláusula restritiva acessória às liberalidades (artigos 979, 1.848 e 1.911 do Código Civil); (iv) os bens vinculados a cédulas de produto rural (artigo 18 da Lei 8.928/94) ou cédulas de crédito industrial ou rural (artigo 57

²⁶ Nas palavras de Ana Marta Cattani de Barros Zilveti, “subtrair todo o patrimônio do devedor é deixá-lo reduzido à condição de indignidade equivalente àquela dos tempos em que respondia com seu corpo ou com sua liberdade pela impontualidade na quitação dos débitos” (*Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 206).

²⁷ Sobre uma análise completa das hipóteses de impenhorabilidade previstas no direito brasileiro, ver MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 181-290.

²⁸ O referido dispositivo considera absolutamente impenhoráveis: “I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político”.

²⁹ Entre outras inovações relativas ao objeto da constrição judicial, o novo Código processual trouxe uma limitação à impenhorabilidade dos vencimentos, salários e remunerações em geral, tornando penhoráveis os valores mensais que excederem à quantia correspondente a 50 salários-mínimos (art. 833, §2º, CPC/15).

do Decreto-lei nº 413/69)³⁰; e, finalmente, (v) os bens de família, sejam eles instituídos voluntariamente (artigos 1.711 e seguintes do Código Civil) ou assim caracterizados *tout court* pelo legislador (artigo 1º da Lei nº 8.009/90).

Em que pese a existência de algumas vozes em contrário, o referido artigo 391 do Código Civil de 2002 não revogou tacitamente a Lei nº 8.009/90 ao estabelecer que *todos os bens do devedor* respondem pelo inadimplemento das obrigações, sem qualquer ressalva aos bens de família involuntários³¹. Isso porque o artigo 1.711 do mesmo diploma legal, ao dispor sobre o bem de família consensual, estabelece expressamente que ficam “mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”, eliminando qualquer dúvida que poderia surgir acerca da compatibilidade normativa do artigo 391 com a lei especial anterior, questão esta que exigiria do intérprete posicionar-se quanto ao critério que deve prevalecer – se o cronológico ou o da especialidade – na solução da suposta antinomia em segundo grau.

Outro esclarecimento que se faz necessário diz respeito ao preceito contido no art. 591 do Código de Processo Civil, reproduzido no artigo 789 do novo diploma processual, segundo os quais o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus *bens presentes e futuros*, salvo as restrições estabelecidas em lei. Os bens futuros a que alude o dispositivo devem ser entendidos como futuros em relação à data de nascimento da relação obrigacional, uma vez que o que responde pelas dívidas não é o patrimônio tal como existia ao tempo em que as dívidas se formaram, e sim o patrimônio com a composição existente no momento da constrição judicial³².

A relação de temporalidade entre o nascimento da obrigação e a constrição judicial adquire relevo quando se tem um bem de família consensual no patrimônio do devedor, uma vez que, ao contrário do que sucede com o bem de família legal, a impenhorabilidade do bem

³⁰ Registre-se, no ponto, a existência de controvérsia acerca do afastamento da impenhorabilidade dos bens vinculados às mencionadas cédulas nas execuções que veiculam créditos privilegiados, como a fiscal e a trabalhista. Sobre o tema, ver SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Manual da penhora de bem imóvel na execução trabalhista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 127 e ss.

³¹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que “Inexistente disposição expressa a respeito, a lei 8.009/90, como norma especial que é, não foi revogada pelo novo Código Civil. E, nem mesmo implicitamente, em razão de consagrar o novo estatuto a regra da sujeição da totalidade dos bens do devedor ao cumprimento das obrigações por ele contraídas” (TJ/SC, AI nº 2004.025436-9, 2, Relator Des. Trindade dos Santos, j. 23/06/2005, DJSC de 15/08/2005).

³² CUNHA, Paulo *apud* OLIVA, Milena Donato, *Patrimônio separado...*, op. cit., p. 177. No mesmo sentido: “São bens presentes os que naquele momento mais remoto (constituição da obrigação) já estivessem no patrimônio do devedor e que em certas circunstâncias permanecem sob responsabilidade executiva ainda quando alienados (as fraudes do devedor); futuros, os que passaram a integrar esse patrimônio depois da constituição da obrigação e ainda a tempo hábil para serem colhidos pela execução forçada” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 358).

de família instituído voluntariamente se projeta para o futuro, sem proteger o bem no caso de dívidas contraídas preteritamente³³. Assim, a data do surgimento da dívida é relevante apenas para verificar a exclusão da garantia patrimonial que aproveita aos credores em decorrência da instituição de bem de família voluntário.

Destaque-se, ainda, que o patrimônio não é uma garantia real, embora se encontrem opiniões em contrário³⁴. De fato, a previsão legal de responsabilidade patrimonial autoriza o poder de agressão sobre bens que compõem o patrimônio do devedor, inclusive após a sua morte, caso em que seus herdeiros respondem pela dívida, na proporção da parte da herança que lhe coube na partilha (art. 1.997) e no limite das forças da herança (art. 1.792 do Código Civil). Não obstante, tal circunstância não torna o direito geral dos credores de execução um direito real, com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes, seja pela inexistência de previsão legal que consagre a sua natureza real (princípio da taxatividade), seja pelo fato de que as situações subjetivas reais devem recair sobre objeto determinado (princípio da especialidade)³⁵.

A possibilidade de o credor executar bens (ou melhor, situações subjetivas ativas) do patrimônio do devedor constitui, na verdade, uma faculdade indissociável da situação creditória. Note-se que o patrimônio não integra o objeto da relação obrigacional, tal como

³³ Assim dispõe o *caput* do artigo 1.715 do Código Civil: “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”. Com o objetivo de coibir fraudes, há quem sustente a aplicação do marco temporal do nascimento da obrigação em outras hipóteses de impenhorabilidade, embora sem a expressa autorização do legislador. Nesse sentido, Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez, ao interpretarem a regra contida no art. 649, X, do Código de Processo Civil de 1973, defendem que o valor impenhorável deve ser aquele depositado na caderneta de poupança antes da assunção da dívida (*Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 117).

³⁴ Afirma Alvinho Lima (apud CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 35) que “o princípio da responsabilidade patrimonial tutela os direitos do credor, criando uma garantia real”. Por sua vez, Inocêncio Galvão Teles entende que o direito geral de execução é um direito real que recai sobre o patrimônio, concebido como universalidade, o que explicaria a responsabilidade dos sucessores nas transmissões universais. Nas palavras do autor português: “É um direito real porque consiste no poder que tem todo o credor de se fazer pagar pelos bens do devedor remisso; é um direito universal porque o seu objeto imediato e específico não reside em cada um desses mesmos bens, mas no patrimônio respectivo, considerado como universalidade e, portanto, como objeto único e incorpóreo” (*Das universalidades*. Lisboa: Minerva, 1940, p. 147).

³⁵ Milena Donato Oliva acrescenta, ainda, outros dois argumentos, ao objetar que (i) o direito de garantia que recai sobre o patrimônio em decorrência do crédito não goza de publicidade, não produzindo efeitos absolutos, bem como que (ii) a garantia dos credores não obedece ao princípio da preferência temporal que vigora para as situações subjetivas reais. E conclui: “A determinação legal de responsabilidade patrimonial decorrente do inadimplemento autoriza que, verificado este, o credor insatisfeito procure os meios judiciais pertinentes para, por meio do patrimônio do devedor, ser ressarcido no que lhe é devido. De outra parte, a estipulação convencional de garantias reais facilita a execução e assegura, de forma mais recrudescida, a garantia para o caso de inadimplemento, haja vista criar um ônus real sobre o bem que serve de garantia, o qual pode, por isso mesmo, ser executado nas mãos de quem quer que esteja. Tal, todavia, não se confunde [...] com o direito geral de garantia, incidente sobre o patrimônio como universalidade, o qual, pelas razões já expostas, não tem natureza real” (*Patrimônio separado...*, op. cit., p. 159-162).

propugnava a hoje superada teoria patrimonialista da obrigação, prevalecendo o entendimento segundo o qual seu objeto é a prestação-comportamento do devedor (teoria personalista)³⁶. Tendo em conta tais assertivas, há na doutrina especializada quem recomende que o patrimônio sequer seja qualificado como garantia, cujo conceito, em sentido estrito, deve ser reservado às situações subjetivas acessórias da obrigação que possam ser individuadas e tenham por finalidade proporcionar segurança ao credor, oferecendo-lhe meio de extinção satisfativa do crédito, a despeito da ausência de cooperação do devedor e da sua incapacidade patrimonial para solver o débito³⁷.

Convém acentuar também que a possibilidade de sujeição do patrimônio de determinado sujeito, para a satisfação de um crédito oriundo de uma obrigação, é apenas uma das técnicas de tutela jurisdicional diante do inadimplemento. Trata-se de técnica aplicável tipicamente às obrigações pecuniárias e às obrigações para entrega de coisa (de propriedade do devedor), na medida em que estas podem ser objeto de execução forçada, ou seja, podem ser satisfeitas por meio de constrição do patrimônio do obrigado³⁸. Já as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa escapam, de ordinário, do esquema da responsabilidade patrimonial, submetendo-se à chamada execução específica. É importante ter em vista, assim, que a atividade executiva não apenas afeta o patrimônio do executado, como parecem sugerir os artigos 391 do Código Civil e 591 do Código de Processo Civil (correspondente ao artigo 789 no novo CPC), podendo alcançar, em certa medida, a pessoa do devedor.

³⁶ Conforme destacam Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería, “a determinação do objeto da relação obrigacional constitui a mais debatida controvérsia no estudo da fisionomia da relação obrigacional, a respeito da qual disputam as teorias personalistas e patrimonialistas” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.- dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2015, p. 4). Os autores explicam que a evolução histórica da responsabilidade fez com que parte da doutrina voltasse as suas atenções para o patrimônio do devedor, o qual revelaria a essência do direito de crédito na medida em que, para os adeptos da teoria patrimonialista, o credor teria apenas *expectativa* de cumprimento do dever de prestar. Ainda que o devedor não cumprisse espontaneamente a prestação, os seus bens proporcionariam ao credor o resultado útil equivalente àquele que esperava obter com o cumprimento da obrigação. Assim, a obrigação, na sua essência, não traduziria o débito, mas a responsabilidade do devedor decorrente do descumprimento do débito. A concepção patrimonialista, porém, sofreu inúmeras críticas, notadamente por confundir a substância da obrigação com o seu momento patológico, em que resta ao credor recorrer às vias judiciais de tutela do crédito, ignorando a importância da atividade do devedor na relação obrigacional. Desse modo, concluem os autores citados que “prevalece na doutrina atual a concepção personalista da obrigação, de acordo com a qual, o objeto da obrigação consiste sempre na prestação-comportamento, pois ‘até mesmo a abstenção, tal como a atividade de dar ou de fazer constitui um ‘tipo’ de conduta’. No entanto, à diferença da teoria personalista clássica, a atual procura livrar a relação obrigacional da ótica proprietária, tão arraigada na cultura jurídica, que, como visto, concebe o direito do credor como espécie de propriedade sobre o ato do devedor. Como já se observou, o credor tem direito à prestação, isto é, o de exigir do devedor a necessária cooperação para a satisfação do seu interesse” (ibidem, p. 6).

³⁷ RENTERÍA, Pablo. *Autonomia negocial...*, op. cit., p. 138.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, op. cit., 2009, p. 356.

Dada a instrumentalidade do processo, reconhece-se hodiernamente uma inequívoca preferência pelos meios de tutela específica da obrigação, que buscam assegurar ao credor o resultado prático equivalente ao do adimplemento, superando a clássica técnica da conversão em perdas e danos, que hoje deve ser utilizada de forma excepcional³⁹. Não mais se sustenta a tradicional ressalva feita pela doutrina de que a tutela específica não seria aplicável às obrigações pecuniárias, visto que estas podem ser satisfeitas por meio de constrição sobre o patrimônio do obrigado (execução forçada)⁴⁰. O reconhecimento do princípio da colaboração em sede processual legitima a adoção de medidas coercitivas, em apoio às sub-rogatórias, no processo executivo por quantia certa, o que se coaduna com a própria concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, cujo foco, em razão da sua funcionalização, está centrado no adimplemento (ainda que o comportamento do devedor, no caso, tenha sido influenciado por algum meio de coação imposto pelo juiz).

Sob o aspecto estrutural, o patrimônio é uma universalidade de direito formada por situações subjetivas ativas (reais e de crédito) avaliáveis pecuniariamente⁴¹⁻⁴². Logo, constitui um centro de imputação objetiva, isto é, pode ser objeto autônomo de relação jurídica, sem que suas partes integrantes percam autonomia. A nota distintiva das universalidades consiste justamente na elasticidade do seu conteúdo, que pode se expandir ou comprimir sem que a unidade do conjunto seja afetada. Como a satisfação de um direito que recai sobre o patrimônio se dá sempre por meio dos elementos que o compõem, surge uma natural

³⁹ O direito processual brasileiro, seguindo tendência observada na maioria dos ordenamentos alienígenas em busca da efetividade do processo (acesso à justiça), passou por importantes reformas, desde a década de 1990, que caminharam no sentido da “pessoalização dos meios executórios”, ou seja, incorporaram institutos que permitem ao juiz induzir o réu ao cumprimento da obrigação. Podem ser citadas, como exemplo, as medidas de apoio previstas nos artigos 213 da Lei nº 8.069/90 e 84 da Lei nº 8.078/90 (busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva e requisição de força policial); as *astreintes*, nascidas no direito francês, e prevista no art. 461-A do CPC (com redação dada pela Lei nº 10.444/01); e, mais recentemente, as profundas alterações promovidas no processo de execução pelas Leis nº 11.282/05 e nº 11.382/06, que passaram a admitir o uso de medidas coercitivas na execução por quantia certa contra devedor solvente.

⁴⁰ Sobre o tema, Márcio Manoel Maidame salienta que, “no processo de execução por quantia certa, construiu-se um paradigma doutrinário e jurisprudencial de que esta modalidade executiva só se desenvolvia por meios sub-rogatórios, não se admitindo nenhum tipo de medida coercitiva para consecução dos objetivos do processo, embora a superposição de medidas exista amplamente na modalidade de execução de alimentos. Entretanto, esta ‘exclusividade’ de medidas sub-rogatórias no processo de execução por quantia certa se mostra incompatível com os postulados de efetividade do processo, sendo certo que por trás deste pensamento existe influência ideológica liberal, que também defendia a incompatibilidade de meios coercitivos nas específicas” (*Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 357).

⁴¹ É curioso observar que, enquanto o Código de 1916 afirmava expressamente que o patrimônio era uma universalidade (art. 17. “o patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais”), o diploma civil em vigor optou por apenas conceituar a universalidade de direito, fazendo-o exatamente da forma como a doutrina clássica define o próprio patrimônio (art. 91: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”).

⁴² OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado...*, op. cit., p. 213.

preocupação do legislador com a compressão daquela universalidade. O ordenamento prevê, assim, expedientes que asseguram a proteção dos titulares de direitos que podem atingir o patrimônio, de que é exemplo a ação pauliana (revocatória) na hipótese de o devedor celebrar negócio jurídico mediante fraude contra credores. Os credores, portanto, salvo na hipótese de fraude, não podem discutir a composição do patrimônio do devedor, a quem o ordenamento reconhece o direito de livremente dispor dos seus bens dentro dos limites legais.

O nascimento da obrigação não produz, importante ressaltar, uma vinculação do patrimônio ao débito. A esfera jurídica do devedor, em face da dívida, não se torna limitada, vinculada ou comprimida tão só pelo fato da possibilidade do credor vir a subordiná-la⁴³. O poder de agressão dos bens do devedor é, em verdade, apenas eventual, atuando somente no momento patológico da relação obrigacional. Na eventualidade de deixar de adimplir sua obrigação, tem o devedor a sua liberdade de disposição dos bens subordinada a certas restrições, que podem ensejar sanções aos negócios jurídicos translativos que vier a celebrar. É natural que a liberdade do devedor fique limitada pelo direito do credor, de sorte que, na lição de Serpa Lopes, “tudo pode ele praticar legitimamente, desde que não prejudique ou não comprometa o seu patrimônio em face do débito assumido, de que passou a constituir uma garantia”⁴⁴.

A preservação da autonomia dos elementos constitutivos do patrimônio, independentemente das relações jurídicas constituídas sobre a universalidade, mostra-se relevante para a presente dissertação, que visa a analisar o controle dos atos de disposição do bem de família obrigatório (*ex vi legis*). Note-se que, embora sendo inexcutível, o bem de família é componente integrante da universalidade patrimonial⁴⁵ e, portanto, mantém a sua autonomia. Destarte, contanto que não haja ofensa às restrições legais destinadas à proteção dos credores, o titular do patrimônio pode livremente alienar o bem de família, assim como qualquer outro bem de sua propriedade, caso em que ele deixa de se submeter ao regime jurídico da universalidade.

⁴³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, vol. II: Obrigações em geral, 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 405.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 405.

⁴⁵ Após observar que autores como Henri de Page e Inocêncio Galvão Teles defendem que os bens impenhoráveis devem ser considerados fora do patrimônio, Milena Donato Oliva esclarece que “todas as situações jurídicas subjetivas ativas avaliáveis pecuniariamente integram o patrimônio, não havendo de se investigar a real possibilidade de serem excutidas pelos credores, na medida em que, embora a universalidade patrimonial tenha como uma de suas principais funções servir de garantia a estes, não é o único caso em que pode ser centro autônomo de imputação objetiva, de modo que se afigura reducionista determinar os elementos integrantes do patrimônio exclusivamente através dos interesses dos credores na excussão de tais elementos” (*Patrimônio separado...*, op. cit., p. 173).

1.2. A função do bem de família sob a ótica da historicidade do instituto

Para que se possa bem compreender a função que a proteção do bem de família desempenha no ordenamento jurídico brasileiro, é recomendável proceder ao exame do instituto sob a ótica da sua historicidade. Cuida-se de perspectiva que reconhece ser o direito produto social, necessariamente “local” ou “contextual”, dado que inexitem categorias naturais no ordenamento jurídico fundadas em valores permanentes⁴⁶. Assim, partindo-se de um relativismo metodológico que considera não ser possível fundamentar valores jurídicos na natureza, na razão ou na ciência⁴⁷, a análise que se pretende empreender leva em conta que o bem de família, tal como qualquer outro conceito científico e doutrinário do direito, é produto de um determinado contexto histórico-cultural⁴⁸.

Nessa proposta, far-se-á uma breve descrição da evolução histórica do instituto no direito estrangeiro, ciente de que não se deve enxergar na sucessão das experiências pretéritas um progresso linear contínuo⁴⁹. Tampouco se pretende, com a sucinta recapitulação histórica, resgatar nas consolidadas fontes arcaicas a solução para os problemas jurídicos atuais, mas, ao contrário, apenas apontar, ainda que de forma superficial, algumas diferentes funções desempenhadas pelo bem de família nos diversos contextos sociais⁵⁰, o que pode contribuir para a compreensão do instituto no presente⁵¹.

Ao contrário da maioria dos institutos jurídicos do direito privado, o bem de família não tem origem no direito romano⁵². Os autores são quase uníssonos ao afirmarem que o bem

⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, passim.

⁴⁷ Ibidem, p. 90.

⁴⁸ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, op. cit., p. 16.

⁴⁹ Após criticar a ideia de linearidade do progresso, concebido sem rupturas, António Manuel Hespânia esclarece que “o presente deixa de ser o apogeu do passado, o último estágio de uma evolução que podia ser de há muito prevista. Pelo contrário, o presente não é senão mais um arranjo aleatório, dos muitos que a *bricolage* dos elementos herdados podia ter produzido” (*Cultura jurídica europeia*, op. cit., p. 43).

⁵⁰ “Com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, op. cit., p. 141).

⁵¹ “[...] o estudo do passado do direito passa a importar justamente para, ao demonstrar as profundas diferenças existentes entre experiências jurídicas do passado e da atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente, contextualizar o atual, ‘desnaturalizando-o’ e colocando-o na contingência e na provisoriedade histórica a que ele pertence” (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36).

⁵² De acordo com a doutrina, embora não existisse, propriamente, o bem de família em seu sentido técnico-jurídico, o direito romano dispunha de outros instrumentos que visavam à defesa patrimonial do núcleo familiar, relacionados à inalienabilidade de bens e aos institutos da *ad rogatio*, do benefício de competência e do fideicomisso de família. Destaca Álvaro Villaça Azevedo que, “no período da República, havia proibição de alienar patrimônio da família, pois todo ele tinha caráter de inalienabilidade, dados os rígidos princípios de

de família surgiu na República do Texas, antes mesmo de sua incorporação aos Estados Unidos, sendo previsto por lei em 26/01/1839 (*Homestead Exemption Act*)⁵³. Apontado como instituto pioneiro na proteção do lar familiar, consistia o *homestead* na pequena propriedade agrícola que servia de residência da família, sendo impenhorável e, por diversas formas, inalienável⁵⁴.

Para os fins do presente trabalho, é importante compreender o contexto histórico que motivou o nascimento do instituto. Na década de 1820, os Estados Unidos eram um território pobre com uma vasta área de terra fértil e promissora, notadamente na Região Sul. As atividades agrícolas e comerciais desenvolviam-se de forma vertiginosa, o que atraiu a chegada de bancos europeus, alavancando a economia local por meio de abundante acesso ao crédito⁵⁵. Com a especulação descontrolada, adveio a falência de um banco de grande expressão de Nova York, em 10/05/1837, o que desencadeou uma depressão econômica entre

perpetuação dos bens dos antepassados, que se consideravam sagrados. Foi assim, até fins da República romana, considerada uma desonra a venda de bem herdado dos maiores (antepassados). No século II, no Império, com as sensíveis alterações na sociedade e na família romanas, surgiu a necessidade de defesa do patrimônio familiar, o que ocorreu por cláusulas de inalienabilidade criadas, primeiramente, em testamentos”. O autor menciona, ainda, “o instituto da *ad rogatio*, pelo qual se agregava a uma família o *pater familias* de outra, com todos os seus dependentes e com todo o seu patrimônio”, o benefício de competência, “em virtude do qual, ensina-nos Clóvis Beviláqua, era deixado a certos devedores, cujo passivo cobria o ativo, o necessário à sua subsistência, sob condição de devolução desses bens quando melhorassem de fortuna”, e, ainda, o fideicomisso de família, que permitia ao testador beneficiar os membros da instituição familiar por meio de substituição fideicomissória (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. Com comentários à Lei 8.009/90. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 6-10).

⁵³ William H. Nunn afirma que o instituto já havia sido consagrado pelo legislador do estado de Coahuila e Texas, ainda pertencente ao México, por meio do *Decree* Nº 70, de 1829, que isentava de responsabilidade por dívidas terras recebidas do estado, bem como certos bens móveis (*A Study of the Texas Homestead and Other Exemptions*. Austin: Baldwin, 1931). Todavia, foi com o *Homestead Exemption Act* de 1839 que o instituto se consolidou, ao assegurar que “será reservado a todo cidadão ou chefe de família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de *feri facias* ou outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio e profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora” (GAMMEL, Hans Peter Mareus Neilsen. *Laws of Texas: Third Congress, Republic of Texas, 1838-39*. Austin: The Gammel Book Company, 1898, p. 126. Disponível em <<http://texinfo.library.unt.edu/lawssoftexas/pdf/law02001.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015) (tradução livre).

⁵⁴ WAPLES, Rufus apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 11. Segundo Pierre Jolliot, a origem do instituto se encontra no espírito do povo americano, marcado pelo respeito da atividade e da independência individual, pelo sentimento herdado da nação inglesa de sacralidade da casa e pela necessidade de estimular, por todos os meios, os esforços do colono ou do imigrante, no sentido de uma maior segurança e proteção em caso de infelicidade (Apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 12).

⁵⁵ Por volta de 1830, esclarece Álvaro Villaça Azevedo que, “com a especulação sem peias, com desmesurados pedidos de empréstimos de grandes capitais e com descontrolo de emissão de dinheiro, este não mais representava o lastro ouro, o capital efetivo das casas de crédito” (*Bem de família*, op. cit., p. 12).

os anos de 1837 e 1839⁵⁶. A crise econômica não apenas obstou o acesso dos trabalhadores a novos financiamentos, como também levou os bancos a realizarem penhoras em massa nos bens dos devedores em busca da satisfação de seus créditos, constituindo um panorama propício para a proteção das propriedades agrícolas.

Mas a crise econômica, por si só, não é suficiente para a compreensão do nascimento do *Homestead Act*. Antes do colapso financeiro, a República do Texas, já independente do México desde 1836, recebera grande massa de americanos atraídos pela promessa de prosperidade e pelas diversas vantagens e garantias oferecidas pelo Governo texano⁵⁷. Com isso, a população texana cresceu exponencialmente, de maneira que o cenário de crise exigiu a adoção de medidas que fixassem o homem à terra, permitindo o desenvolvimento da civilização. Como observa Joseph W. McKnight, o que se almejava, acima de tudo, era o povoamento do território por meio da proteção dos proprietários agrícolas contra a penhora por dívidas⁵⁸.

A figura do *homestead* se manteve, mesmo após a incorporação do Texas pelos Estados Unidos, em 1845, embora com algumas novidades⁵⁹. A partir da experiência texana, gradativamente, o instituto foi sendo incorporado por diversos outros estados americanos, cada um com suas peculiaridades referentes ao modo de aquisição, aos requisitos para ser beneficiário, ao tamanho do território protegido e ao limite do seu valor, mas convergindo todos na isenção da penhora de um patrimônio mínimo, a fim de preservar a subsistência da

⁵⁶ Paul Bureau aponta que os papéis bancários deixaram de circular ao par e perderam de 10 a 20, e mesmo 80%, de seu valor, conforme a solvabilidade do estabelecimento emissor, tendo o câmbio chegado a 22% sobre o da França e da Inglaterra. Os metais desapareceram de circulação e os preços de todas as mercadorias, sobretudo do algodão, alvitaram-se. Para se fazer uma ideia da extensão do desastre: 959 bancos fecharam suas portas, somente no ano de 1839, e, durante a crise, entre os anos de 1837 e 1839, ocorreram 33 mil falências e uma perda de 440 milhões de dólares, ou seja, perto de dois bilhões e 300 milhões de francos, à época (apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 13).

⁵⁷ A Constituição do Texas de 1836 autorizava, por exemplo, a concessão de uma pequena porção de terras do Estado a todo cidadão texano que fosse chefe de família, à exceção dos negros africanos e de seus descendentes.

⁵⁸ O autor esclarece que os *Exemption Acts* texanos tinham por objetivo incentivar a “colonização”, protegendo os proprietários contra seus credores estrangeiros, tanto que, além da imunidade contra a apreensão judicial por dívidas, geralmente também previam isenções fiscais (Protection of the Family Home from Seizure by Creditors: The Sources and Evolution of a Legal Principle. In: BAKKEN, Gordon Morris; FARRINGTON, Brenda. *Law in the West*. New York: Garland Publishing, Inc., 2000, p. 291-323). Entre nós, tal fenômeno foi observado por Zeno Veloso, ao asseverar que o *homestead* tinha por intuito “estimular a fixação do homem na terra, incentivando os cidadãos a se estabelecer, com um mínimo de garantias e segurança, naquele território, então vazio, subdesenvolvido e inóspito” (Bem de família. *Revista de informação legislativa*, v. 27, n. 107, jul./set. 1990, p. 203).

⁵⁹ Conforme esclarece Joseph W. McKnight, a Constituição texana de 1845 aproveitou-se do *Homestead Act* de 1839, que, por sua vez, teve como embrião o Dec n. 70 de 1829 do estado mexicano de Coahuila (Protection of the Family Home from Seizure by Creditors: The Sources and Evolution of a Legal Principle. In: BAKKEN, Gordon Morris; FARRINGTON, Brenda. *Law in the West*. New York: Garland Publishing, Inc., 2000, p. 310). Dentre as novidades do período do estado do Texas integrante dos Estados Unidos, cite-se a criação de uma lei que eximia de execução a propriedade rural não maior que dois mil acres, ou de terras urbanas que não valessem mais de dois mil dólares, pertencentes ao chefe de família.

família do devedor⁶⁰.

Ao longo do século XX, grande parte dos países civilizados acabou recepcionando o instituto do *homestead*, ou figuras similares, sob variadas nomenclaturas. Em que pese não ser o escopo desta dissertação realizar um estudo comparativo do instituto no tempo e no espaço, podem ser mencionados, para fins de ilustração da repercussão da experiência norte-americana mundo afora, alguns ordenamentos que consagraram instrumentos congêneres com o propósito de tutelar um patrimônio mínimo da família:

No Canadá, implantou-se o bem de família com a lei federal de 1878; na Suíça, o asilo ou abrigo de família, instituiu-se, como no Brasil, pela vontade unilateral do proprietário do imóvel (art. 350 do código civil); na França, editou-se a lei sobre o *bien de famille*, de 12 de julho de 1909; na Itália, o instituto do *patrimonio familiare*, hoje *fondo patrimoniale*, vem regulado pelo código civil, de 1942 (arts. 167 a 171); em Portugal, existe o casal de família, instituído pelo Decreto n. 7.033, de 16 de outubro de 1920; no México, o patrimônio da família é regulado pelo código civil, de 1928, que teve início de vigência em 1932; na Venezuela, *el hogar* regulou-se, primeiramente, no código civil, de 1904, depois no de 1916, após, no de 1942; na Argentina, o *bien de familia* instituiu-se pela Lei n. 14.394, de 14 de dezembro de 1954.⁶¹

No Brasil, aponta a doutrina que a isenção legal de penhora de determinados bens do devedor já fora prevista por meio do Regulamento 737, de 25/11/1850, que não excluía da execução, porém, a morada da família⁶². O *homestead* foi proposto pela primeira vez por Coelho Rodrigues, em 1893, em seu Projeto de Código Civil, sob o nome de “lar de família”⁶³, ao qual se seguiram vários outros projetos apresentados à Câmara dos Deputados com o propósito de acolher tal figura jurídica, sem sucesso. Em uma clara evidência de que se

⁶⁰ Em consulta ao sítio eletrônico da Black’s Law Dictionary (Disponível em <<http://www.lawchek.net/resources/forms/que/homestead.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2015), verifica-se que, atualmente, quase todos os estados norte-americanos possuem legislação sobre o *homestead*, instituindo isenções, na maioria dos casos, de gravames e impostos, ao menos até certa medida. Algumas leis estaduais limitam a proteção da propriedade até um determinado valor, ao passo que outras estabelecem limites por área cultivada. Em geral, se as dívidas excederem tais limites, podem os credores forçar a venda do bem, assegurando ao devedor uma parcela do produto da venda. Apenas em alguns estados a proteção é automática, exigindo-se, na maioria dos casos, que o interessado apresente um pedido de isenção ao estado. Além disso, a proteção pode ser perdida se o proprietário abandona o imóvel por estabelecer residência primária em outro lugar. Com base na pesquisa realizada por Paul Bureau acerca das leis estaduais que adotaram o *homestead*, Álvaro Azevedo Villaça destaca os requisitos essenciais ao instituto: “[...] deixadas de lado as pequenas diferenças de tratamento legislativo do assunto, percebemos que essas leis apresentam uma tônica, exaltam três qualidades substanciais, três condições marcantes do *homestead*, apresentadas por Bureau: necessidade de existência de um direito sobre determinado imóvel que se pretende ocupar a título de *homestead*; necessidade de que o titular desse direito seja chefe de uma família (*head of a family*); necessidade de que seja esse imóvel ocupado pela família (*occupancy*). Ao lado delas, acrescenta o ganhador do Prêmio Rossi do ano de 1984 uma outra condição, que chama acidental, esclarecendo que alguns Estados exigiam uma publicidade especial, destinada à prevenção dos terceiros (*dedication*)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 19).

⁶¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional (necessidade de unificação). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan./dez. 2007, p. 106.

⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 65.

⁶³ VELOSO, Zeno. *Bem de família*, op. cit., p. 203.

enxergava, no *homestead*, um instrumento capaz de exercer outras funções além da proteção da residência do devedor e de sua família, aduz Ferreira Coelho que, em 1900, o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, por ocasião do Congresso Jurídico Americano, que organizou na cidade do Rio de Janeiro, convocou a participação dos juristas para dissertarem sobre o seguinte tema: “O *homestead* satisfaz melhor do que a enfiteuse o instituto do aproveitamento das terras públicas?”⁶⁴.

Originalmente, o projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua não tratou do bem de família⁶⁵. Foi somente por meio de emenda apresentada por Feliciano Penna, presidente da Comissão Especial do Senado, que se incluíram quatro artigos regulando o bem de família (voluntário) no Código Civil. A localização topográfica dos dispositivos que disciplinavam o bem de família foi objeto de polêmica durante o processo de aprovação do Código Civil de 1916. Na primeira emenda que o consagrou, a matéria foi tratada na Parte Geral, no Livro das Pessoas, vindo a ser transferida para o Livro dos Bens após censura de Justiniano de Serpa⁶⁶. Apesar de críticas de diversos autores que preferiam ver o instituto na Parte Especial, no âmbito do Direito de Família⁶⁷, o regime jurídico do bem de família acabou previsto nos artigos 70 a 73 do Código, dentro do Livro dos Bens. Foi somente no Código Civil de 2002 que a matéria migrou para o Livro do Direito de Família.

A controvérsia sobre a posição do capítulo dedicado ao instituto do Código Civil de

⁶⁴ COELHO, Ferreira. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1924 apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 66. Segundo o autor, juristas notáveis, como o Des. Francisco Maranhão, o Des. Manoel do Nascimento da Fonseca Galvão e o professor argentino Lesandre Segóvia, apresentaram trabalhos acerca da proposição.

⁶⁵ Por ocasião da discussão do projeto perante a Comissão do Governo, esclareceu seu autor que “o conselheiro Barradas sugeriu a ideia de se consagrarem alguns artigos ao *homestead*, sob a denominação proposta pelo Projeto Coelho Rodrigues de constituição do lar de família; o seu pensamento, porém, não encontrou o necessário apoio entre os companheiros” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Vol. 1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 248). Do mesmo modo, foi rejeitada pela Câmara dos Deputados a proposta da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais para que se incluíssem no Projeto Beviláqua os artigos do Projeto Coelho Rodrigues correspondentes ao “lar de família”. Houve, ainda, outras tentativas de introdução do *homestead* no direito pátrio, como o projeto do deputado Francisco de Toledo Malta, que chegou a ser aprovado pela Câmara mas não passou pelo Senado, e a investida de Esmeraldino Bandeira, então Ministro da Justiça, para incluir o instituto no Código de Processo Civil para o Distrito Federal.

⁶⁶ Em seu discurso na 35ª Reunião da Comissão Especial do Senado, em 07/12/1915, o senador afirmou que “Esta figura jurídica, introduzida, por emenda do Senado, no corpo do projeto do Código Civil, está, evidentemente, mal colocada no capítulo das pessoas jurídicas. [...] Ou o instituto entra no direito de família, como o direito de alimentos, como a tutela e todas as instituições garantidoras ou protetoras da família, ou será uma forma do direito das coisas. Na parte geral, entre as pessoas jurídicas, será, no meu sentir, um desvio de classificação tão manifesto quanto o que, na gramática, denominasse sujeito a um predicado, ou, em história natural, pusesse a borboleta na classe dos pássaros” (COELHO, Ferreira apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 68).

⁶⁷ “[...] melhor ponderaram os que procuravam vê-lo vivendo no Direito da Família, na Parte Especial do Estatuto Civil Pátrio, como Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, João Franzen de Lima, entre outros, embora concedessem que, quando muito, poderia o mesmo locar-se no Direito das Coisas” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 68).

1916 parece revelar uma preocupação exacerbada com o aspecto estrutural do instituto e, de certo modo, uma incerteza quanto às funções por ele desempenhadas. A disciplina do bem de família, com efeito, envolve diferentes searas do direito civil, como o direito de propriedade, a responsabilidade patrimonial do devedor, o direito de moradia e a proteção da família, o que, por si só, gera uma dificuldade de classificação do instituto a partir de categorias isoladas. Soma-se a esse aspecto o fato de ser um instituto relativamente novo no direito brasileiro, importado do direito alienígena, que ainda carecia de uma considerável produção acadêmica e de precedentes judiciais que pudessem balizar, com maior precisão, a identificação de sua função no ordenamento jurídico.

A disciplina do Código de 1916 facultava ao chefe de família a possibilidade de destinar um prédio para fins de moradia, com cláusula de isenção de execução por dívidas, salvo as provenientes de impostos relativos ao mesmo prédio e as dívidas contraídas anteriormente⁶⁸⁻⁶⁹. Na doutrina, definia-se o bem de família como “o imóvel urbano ou rural, destinado pelo chefe de família, ou com consentimento deste mediante escritura pública, a servir como domicílio da sociedade doméstica, com a cláusula de impenhorabilidade”⁷⁰, ou como uma “porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, estabelecendo a seu respeito a impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa”⁷¹.

Em linhas gerais, a disciplina do bem de família voluntário inspirou-se na orientação traçada pelo Código Civil italiano. Como se sabe, toda importação de institutos jurídicos coloca em dúvida a efetividade destes no novo ordenamento, eis que estruturados de forma a responder a anseios socioculturais distintos. O transplante de um instituto alienígena é sempre desafiador por implicar a redefinição do seu próprio conceito no novo ordenamento (compatibilização), na medida em que deve ser compreendido com base no sistema em que se

⁶⁸ "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 inexequível em virtude de ato da instituição".

⁶⁹ Conforme relatam Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thaís Boia Marçal, "Nenhum limite de valor estabeleceu a Lei Civil para o bem escolhido para residência da família. Todavia, o art. 19 do Dec.-lei 3.200/1941 estipulou, inicialmente, o valor de 100 contos de réis para o imóvel, quantia progressivamente adaptada até a Lei 6.742/1979, que deu redação definitiva ao art. 19, que deixou de estipular um limite de valor para o bem de família, desde que o imóvel seja residência dos interessados por mais de dois anos" (Penhorabilidade do bem de família "luxuoso" na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 77, jul., 2014, p. 283).

⁷⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 233.

⁷¹ MENDONÇA, Manuel Ignácio Carvalho de apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 80.

insere⁷². Ademais, o próprio Código italiano veio a substituir o instituto do *patrimonio familiare*, que serviu de parâmetro para o legislador brasileiro, pelo *fondo familiare*.

Assim, confrontado com a realidade nacional, o instrumento se revelou de pouca utilidade⁷³, tendo em vista que privilegiava a família tradicional, fundada no casamento, e dotada de riqueza imobiliária, além de que sua instituição dependia de excessivas formalidades, como o instrumento público inscrito no registro de imóveis e publicação na imprensa. O instituto, tal como estruturado, não teve como causa histórica única e proeminente a necessidade de proteção da família, conforme lhe quiseram atribuir, sobressaindo, em verdade, a função protetiva da pessoa do devedor, notadamente em razão das dificuldades econômicas por que passavam os fazendeiros brasileiros e do interesse público em incentivar a imigração naquela sociedade ainda essencialmente agrária⁷⁴. O bem de família previsto no Código de 1916 assumiu, desse modo, os traços característicos da então codificação privatística – patrimonialismo e individualismo –, tornando-se uma forma de proteger o patrimônio de famílias mais abastadas.

O instituto foi, posteriormente, regulamentado pelo Decreto-lei nº 3.200/41 e pela Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), que trouxeram regras complementares à disciplina do Código. Mesmo após o advento da Constituição da República de 1988, que transformou profundamente o conceito de família⁷⁵, e do Código Civil de 2002, que trouxe importantes avanços à disciplina do instituto⁷⁶, o bem de família facultativo não logrou se despojar da

⁷² KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, 2012.

⁷³ Em sua conferência no I Congresso Paulista de Direito, proferida na Câmara Municipal de São Paulo em 07/08/1972, Miguel Reale afirmou que “Em minha longa experiência de advogado, só me lembro de três casos de bem de família. Estou convencido de que esse instituto, tal como se acha disciplinado no Código, não tem nenhuma razão de ser”. Em seguida, expôs o esforço da Comissão do Anteprojeto do Código Civil em salvar do esquecimento o instituto, numa tentativa de “adaptá-lo às condições da vida atual, segundo uma solução, talvez brasileira, onde há um pouco do *trust*, do sentido genérico americano”.

⁷⁴ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*, op. cit., p. 172-173.

⁷⁵ A Constituição de 1988 consagrou uma nova concepção do fenômeno familiar, notadamente plural, igualitário, democrático e funcionalizado à promoção da personalidade de seus membros, na medida em que é a pessoa humana o elemento finalístico da proteção estatal. Como afirma Anderson Schreiber, nessa redescoberta da família, a antiga concepção jurídica do instituto, exclusivamente calcada no matrimônio, foi progressivamente substituída pelas chamadas “entidades familiares”, que incluem, em lista sempre crescente, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, a família matrimonial, as uniões estáveis, as famílias recompostas, as famílias anaparentais, e assim por diante (Famílias Simultâneas e Redes Familiares, in *Direito da Família e das Sucessões – Temas Atuais*, coord. Giselda Hironaka et alli, São Paulo: GEN/Método, 2010, p. 237).

⁷⁶ Eis as principais inovações previstas no Código de 2002: a possibilidade de constituição pelos cônjuges, pela entidade familiar ou, ainda, por terceiros mediante testamento ou doação (art. 1.711); a fixação de limite para a constituição do bem de família, correspondente a um terço do patrimônio líquido do instituidor existente ao tempo da instituição (art. 1.711); possibilidade de o instituto abranger valores mobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família (art. 1.712); e previsão de regras claras sobre a duração, extinção, sub-rogação e cancelamento do bem de família (arts. 1.716 a 1.722).

pecha de inefetividade que lhe era característica. Mas é importante que se tenha em vista que toda a disciplina do bem de família voluntário foi elaborada antes da Constituição de 1988, mesmo aquela constante do Código vigente, já que seu anteprojeto data da década de 1970⁷⁷.

Em suma, podem ser apontados os seguintes fatores responsáveis pela reduzida utilidade prática do bem de família convencional: (i) a proteção da entidade familiar, nessa modalidade de bem de família, fica confiada somente a seus integrantes; (ii) o brasileiro não tem o hábito de se precaver de intempéries⁷⁸; (iii) a constituição (e a desconstituição) do bem de família voluntário depende de excessivo e dispendioso formalismo; (iv) a instituição depende de prova do direito de propriedade sobre o bem; (v) a instituição do bem de família implica a inalienabilidade relativa do bem, impossibilitando, diante de uma emergência, a liberação do bem.

Esse cenário ajuda a compreender os anseios políticos e sociais que serviram de fator determinante para a consagração, no direito brasileiro, do chamado bem de família legal. Em sua tese de doutoramento defendida, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 1972, Álvaro Villaça Azevedo já propunha uma reestruturação completa do bem de família – que até então somente existia entre nós em sua modalidade convencional –, com o objetivo de se operar, efetivamente, uma ampla e profícua proteção da família brasileira⁷⁹. Tal reestruturação veio a ocorrer no início da década de 1990, com a consagração de uma nova modalidade de bem de família genuinamente brasileira⁸⁰.

Diante da baixa utilidade prática do bem de família convencional, seria razoável supor que os conclames sociais por uma proteção mais efetiva do patrimônio mínimo familiar

⁷⁷ Em 1969, reuniu-se uma Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça para rever o Código Civil de 1916, resultando na apresentação do Anteprojeto de Código Civil em 1973, que em 1975 transformou-se no Projeto de Lei n.º 634. Apenas em 1984, depois de anos de debate, foi publicada a redação final do projeto aprovada pela Câmara dos Deputados, com algumas alterações, dando origem ao Projeto de Lei n.º 634/B, que, após algumas modificações, foi levado à votação em 2001.

⁷⁸ Após afirmar que o instituto não alcançou sucesso entre nós, a despeito de se inspirar nas melhores intenções, Sílvio Rodrigues atribui o desuso à dependência de iniciativa do protegido, afirmando que “a este competia, antevendo os riscos futuros, providentemente e numa fase de abastança, premunir-se contra tais riscos. A depreciação do futuro, entretanto, é inerente à condição humana e parece florescer mais marcadamente em países como o nosso, proverbialmente dadivosos. Talvez se possa atribuir a tal circunstância o limitado êxito do instituto no Brasil” (*Direito civil*: parte geral. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 162).

⁷⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 187.

⁸⁰ Nenhum dos ordenamentos jurídicos pesquisados (Itália, França, Portugal, Argentina e Canadá) adota uma proteção automática do imóvel residencial do devedor ou de sua família, tornando-o isento de execução por dívidas *tout court*, isto é, independentemente de qualquer ato voluntário do proprietário anterior à sua invocação em juízo. Em regra, portanto, exige-se a instituição prévia do bem de família por ato formal, observados os requisitos legais que variam de um lugar a outro, com a sua averbação no registro competente como forma de dar ciência a terceiros. Apenas em alguns estados norte-americanos vigora ainda hoje o modelo automático de proteção do *homestead* texano, como pode ser consultado em <<http://www.lawchek.net/resources/forms/que/homestead.htm>>. Acesso em mar/2016.

fizessem chegar à pauta do Congresso Nacional, por iniciativa dos parlamentares que representam o povo, um projeto de lei que consagrasse a proteção do bem de família enquanto norma de ordem pública, independentemente da vontade do proprietário. Todavia, curiosamente, a introdução do bem de família involuntário no ordenamento jurídico pátrio se deu por força de medida provisória, sem qualquer estudo prévio acurado do tema, o que foi objeto de acirradas críticas por muitos autores na ocasião⁸¹. Na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 143, de 08/03/1990, que enviou ao Presidente da República – e que este encaminhou ao Congresso Nacional –, o então Ministro da Justiça Saulo Ramos, justifica a proposta aduzindo que:

em decorrência da inflação e cumulação de juros, centenas de milhares de famílias estão com suas residências ou moradias ameaçadas de execução, ou já em processo executório, para pagar dívidas contraídas no atual sistema financeiro voraz e socialmente injusto, em operações que, por insucesso ou impenhorabilidade, arrastam à ruína todos os bens dos devedores, inclusive o teto que abriga o cônjuge e os filhos.

Por mais que nela tenham sido expostos os motivos de urgência e relevância que justificaram a adoção da medida provisória, a leitura da citada Exposição de Motivos não se revela suficiente para que se possa compreender, com precisão, o contexto em que se deu a edição do ato normativo. Para tanto, é esclarecedora – e, de certa forma, inusitada – uma passagem da autobiografia de Saulo Ramos, publicada sob o título “Código da vida”, em que ele descreve a sua atuação no Ministério da Justiça, a convite do então presidente José Sarney:

Não interrompi as tarefas iniciadas na Consultoria Geral da República. Continuei trabalhando nos projetos das leis previstas pela nova Constituição e, conforme o assunto, para os de maior relevância e urgência, sapecava medida provisória. Sarney aprovava todas, depois de algumas discussões bravas, que nossa amizade e a recíproca confiança permitiam.

Criamos, por medida provisória (a de nº 143), a impenhorabilidade do bem de família, incluindo a entidade familiar. Aquela história do Código Civil, de permitir a instituição do bem de família por meio de escritura pública, era uma velharia. A maioria absoluta dos brasileiros nem sabia da existência do permissivo legal. Instituído a impenhorabilidade pela lei, a questão teve desfecho simples: é bem de família, seja imóvel, sejam bens móveis em casa alugada, instrumento de trabalho, geladeira, televisão, e muito mais do que a cama do casal, tudo o que esteja dentro de casa, nada pode ser penhorado ou executado por dívida das pessoas integrantes da família.

O mundo caiu em cima de nós. Os bancos queriam me matar, com exceção de um homem de grande visão: Lázaro Brandão, presidente do Bradesco, dotado de invejável espírito público. Deu-me uma palavra de apoio, observando que os bancos

⁸¹ “É lamentável que a impenhorabilidade do bem de família tenha sido regulada através de medida provisória, o sucedâneo do decreto-lei. Por sinal, não foram poucos os constituintes, durante o processo de elaboração da Carta de 1988, que chamaram a atenção e alertaram para os riscos da introdução desta figura no processo legislativo brasileiro, especialmente pela possibilidade de serem cometidos excessos e abusos por parte do Poder Executivo” (VELOSO, Zeno. *Bem de família*, op. cit., p. 212).

teriam apenas de fazer hipotecas nos empréstimos pessoais, custo pequeno diante do enorme benefício que a nova lei traria para o povo. A medida foi chamada de “lei do calote”. Com o tempo, o país compreendeu, e não se discutiu mais. A lei aí está para sempre (Lei 8.009/90) e prestigiada pelo novo Código Civil.⁸²

No prefácio à obra de Carlos Gonçalves intitulada “Impenhorabilidade do bem de família”, Saulo Ramos tece ainda outros comentários detalhados acerca dos bastidores da elaboração da medida provisória:

Advogado militante, conhecia bem a crueldade de algumas execuções, que lançavam famílias inteiras a condições degradantes de miséria, situações que, mais tarde, foram bem retratadas por CLÁUDIO VIANA DE LIMA quando advertiu: *Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome, o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade humana.*

Impressionou-me, depois e profundamente, o excelente estudo do Professor ÁLVARO VILLAGA AZEVEDO, em sua obra *Bem de Família*, quando analisa a falência do instituto da impenhorabilidade por ato voluntário, e formula o significativo apelo: *Assim, não pode o Estado negar à família uma proteção sólida, por meio de um eficaz ordenamento jurídico, pois que mais lhe cabe responsabilidade nesse sentido do que ao indivíduo.*

A Lei nº 8.009/90 cumpriu esta responsabilidade. JOSÉ SARNEY havia trabalhado com VICENTE RÁO, e absorvido as mesmas influências que absorvi. O destino o levou à Presidência da República. Convocou-me para auxiliá-lo. Sofremos quatro anos nas mãos dos economistas dando forma jurídica a planos de combate à inflação, sem resultado. Nos últimos meses do Governo Sarney, o processo inflacionário disparou, sob o impacto das declarações do Presidente eleito em 1989 e sua futura Ministra da Fazenda, que ameaçavam deixar a esquerda aturdida e a direita estarecida. Juntou-se a nós o saudoso advogado FERRO COSTA, então Consultor-Geral da República, entusiasta do *homestead* norte-americano, embora não distinguisse entre o estadual e o federal, mas sustentando que um deles era preciso adotar em defesa da família brasileira, sacrificada pelos planos econômicos e, sobretudo, diante do desastre que se antevia no Governo Collor. Informei que já havia tratado da matéria em projeto enviado ao Congresso. Estávamos na última semana do mandato do Presidente SARNEY, que considerou ser a matéria urgente e relevante. Concordamos que para inovar em profundidade somente poderíamos adotar o modelo texano, o resto seria paliativo, como nos ensinara VICENTE RÁO há mais de trinta anos. O Presidente autorizou. Tranquei-me no Ministério da Justiça, redigi a Medida Provisória e uma ligeira exposição de motivos. Auxiliou-me, como em tudo, o meu então Chefe de Gabinete, Professor CARVALHO. Era o dia 7 de março, quarta-feira. No dia seguinte, SARNEY assinou-a e enviou-a ao Congresso Nacional. Havia tomado o número 143. Fomos embora no dia 15, e quando foi decretado o confisco dos ativos financeiros do povo pensei que o Governo Collor iria retirar a mensagem, mas o novo Ministro da Justiça ignorava sua existência. Felizmente, o Congresso aprovou-a sem alterações e promulgada foi pelo Senador NELSON CARNEIRO, grande batalhador pelo direito de família em nosso país, que, emocionado, me transmitiu a notícia pelo telefone, pedindo que a comunicasse a SARNEY. Assim, a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, nasceu limpa.⁸³

Tais relatos sugerem, portanto, que a inovação legal decorreu de circunstâncias meramente acidentais que permitiram ao então Ministro da Justiça, por iniciativa própria e

⁸² RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007, p. 152-153.

⁸³ GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do Bem de Família*. São Paulo: Ed. Síntese, 4ª ed., 1998, p. 29-30.

assumindo uma postura militante, emplacar a medida provisória que consagrou o bem de família involuntário no ordenamento brasileiro. Ainda que se possa criticar a constitucionalidade da disciplina do instituto por meio dessa espécie normativa⁸⁴, fato é que ela foi adotada pelo então Presidente da República e, posteriormente, aprovada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei nº 8.009, de 29/03/1990, que jamais foi declarada inconstitucional por vício formal pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁵.

A curiosa conjuntura que possibilitou a introdução do bem de família legal no direito brasileiro, prescindindo de um debate democrático que conferisse legitimidade inequívoca ao instituto, não autoriza a conclusão precipitada de que a medida não correspondia materialmente ao interesse da sociedade brasileira, tal como sustentado pelos opositores da medida. Muito pelo contrário, o exame da disciplina legal do bem de família obrigatório revela a sua plena compatibilidade com os princípios consagrados na então recém promulgada Constituição Federal e, principalmente, a sua notável aptidão para a concretização dos valores que servem de fundamento para o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao criar uma nova espécie de bem de família, a lei operou uma profunda transformação no instituto, estendendo sua aplicação, de forma automática, a todos os imóveis residenciais, observados os requisitos legais, independentemente de qualquer formalidade prévia à sua invocação em juízo e até mesmo da vontade do proprietário do bem⁸⁶. Cuida-se, portanto, de norma de ordem pública que visa à proteção da pessoa do devedor e de sua entidade familiar, isentando o imóvel residencial da execução de dívidas, mesmo que

⁸⁴ Segundo Zeno Veloso, “determinar a impenhorabilidade do imóvel próprio em que reside a família pode até ser assunto relevante, matéria importante, mas não haverá quem possa, em sã consciência, considera-la iminente, emergencial, urgente, para que pudesse ser tratada através de figura excepcional e excepcionalíssima da medida provisória” (*Bem de família*, op. cit., p. 212). Em seguida, quanto à justificativa apresentada pelo Ministro da Justiça Saulo Ramos na Exposição de Motivos, prossegue o autor afirmando que “Se o fato fosse verdadeiro, o dever do Poder Público seria atacar as causas, com firmeza e determinação, e não apenas os efeitos, com disfarce e paliativo. Mais grave, porém, é constatar-se que a alegação é fantasiosa, irreal. Não havia no País essa generalizada inadimplência, a propalada execução em massa, o alegado perigo de centenas de milhares de famílias(!) virem a perder as suas casas” (Ibidem, p. 212). No mesmo sentido, destaque-se a opinião de Enio Moraes da Silva, para quem “esta matéria bem poderia ser objeto de legislação ordinária, posto não estar presente o urgente interesse público a exigir rápida atuação legiferante” (SILVA, Enio Moraes da. *Considerações críticas sobre o novo bem de família*. Curitiba: Juruá Editora, 1993, p. 41-42).

⁸⁵ Pelo contrário, o Pleno do Supremo Tribunal Federal admitiu a aplicação da Lei nº 8.009/90 às execuções pendentes, afastando a alegação de ofensa a ato jurídico perfeito ou a direito adquirido (STF, 2ª T., RE 179768, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28/06/1996, DJU 24/04/1998, p. 12). No mesmo sentido, dispõe a súmula nº 205 do STJ: “A lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência”.

⁸⁶ Preceitua o artigo 1º da Lei nº 8.009/90: “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”.

anteriores à lei. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo:

Como fica evidente, nesse conceito, o instituidor é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar. Nessa lei emergencial, não fica a família à mercê de proteção, por seus integrantes, mas é defendida pelo próprio Estado, de que é fundamento.⁸⁷

A medida foi objeto de críticas severas por parte da doutrina, que passou a denominá-la “lei do calote”, por supostamente premiar os desidiosos, estimulando o descumprimento das obrigações. Houve quem argumentasse que a lei era desnecessária, já que teria a mesma finalidade do bem de família do Código Civil, e, nesse sentido, caminharia contra a máxima de que o direito não socorre a quem dorme⁸⁸. Sob uma perspectiva econômica e consequencialista, argumenta-se que, na realidade, a lei prejudica os devedores dificultando-lhes o acesso ao crédito, pois o imóvel residencial não mais poderia ser dado em garantia real nos contratos de mútuo feneratício ou de financiamento, aumentando o risco desses negócios, o que importaria em negativa do crédito ou elevação dos juros compensatórios⁸⁹. Há quem a considere, inclusive, materialmente inconstitucional por ofender o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas e o regime econômico consagrados na Constituição⁹⁰.

Todavia, na perspectiva civil-constitucional, que reconhece a primazia da dignidade humana no ordenamento jurídico, tais críticas não merecem prosperar. Deve-se ter em vista que toda pessoa humana precisa e deve ser dotada de um patrimônio mínimo, “mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada”⁹¹. Por força deste princípio, “sustenta-se existir essa imunidade juridicamente

⁸⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 189.

⁸⁸ SILVA, Enio Moraes da. *Considerações críticas...*, op. cit., p. 25-26.

⁸⁹ Cite-se, como exemplo, a opinião de Zeno Veloso: “Sem falar na insegurança que gerou, nos danos que determinou ao patrimônio dos credores, inviabilizando o retorno do capital que empregaram, premiando os desidiosos e estimulando o não-cumprimento das obrigações, quanto ao mérito da questão, penso que transformar em regra a impenhorabilidade do imóvel em que reside a família, sob o impulso de conferir um benefício, outorgar uma proteção, pode, na prática, redundar em males e infortúnios. [...] Para os que têm a casa própria, e somente a casa própria – pessoas geralmente do segmento da classe média –, há o perigo real de ficar essa massa distanciada da possibilidade de obter empréstimos e financiamentos, porque o bem que possuem não poderá garantir as dívidas, e, como tal, nada significará em suas fichas cadastrais. Como sempre, lucrarão os ricos, os abastados, os grandes proprietários, que obtiveram como que uma reserva técnica de mercado financeiro, pois, tendo vários imóveis, pouco importa que um deles, no qual residem, seja impenhorável, se os outros garantem suas obrigações” (*Bem de família*, op. cit., p. 213).

⁹⁰ Segundo Carlos Callage, a lei “torna inócua o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas, acolhido pela Constituição brasileira (art. 5º, incs. LXVII, LIV), e atinge o próprio regime econômico básico adotado pela Carta, que pressupõe relações obrigacionais das mais diferentes espécies, suprimindo as garantias e a eficácia coativa do direito de crédito. [...] No passado, o devedor respondia com o próprio corpo. No presente, responde com seu patrimônio e, neste futuro, não responde mais” (Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial). *RT*, São Paulo, ano 79, v. 662, dez. 1990, p. 63).

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 1.

inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”⁹². Nesse sentido, a ampliação da função protetiva do bem de família promovida pela Lei nº 8.009/90, especialmente por meio da dispensa de solenidades necessárias à sua instituição, buscou tornar efetiva a tutela do mínimo existencial, entendido como a garantia das condições materiais básicas de uma vida digna⁹³. Reconhecida pelo constituinte a íntima e indissociável vinculação do direito de moradia com a dignidade da pessoa humana⁹⁴, visa o bem de família a assegurar o mínimo existencial da pessoa humana.

Sob essa ótica, o instituto do bem de família é um exemplo emblemático de funcionalização das situações patrimoniais às existenciais no ordenamento jurídico brasileiro⁹⁵. Como se sabe, as situações jurídicas podem ser de duas ordens distintas: da ordem do *ser* (existencial) ou da ordem do *ter* (patrimonial)⁹⁶. Embora nebulosa a fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade⁹⁷, a tutela constitucional da dignidade humana

⁹² Ibidem, p.1.

⁹³ Conforme explicação de Daniel Sarmiento, em sua dimensão negativa, o mínimo existencial “opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna” (A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 576).

⁹⁴ A importância da moradia na realização da personalidade é enfatizada por diversos autores, como na conhecida passagem de Francesco Carnelutti: “[...] a casa é um interesse fundamental do homem, e até da sociedade, porque fornece o ambiente dentro do qual a família, que é a célula da sociedade, pode realizar o milagre, não somente da propagação da espécie quanto da formação do indivíduo” (*Como nasce o direito*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 13). Também oportuna é a observação de Ingo Wolfgang Sarlet: “Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, o seu direito à vida” (*O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2016).

⁹⁵ Reconhecida a função promocional do direito nas constituições pós-liberais, o Estado deixou de exercer apenas uma função protetivo-repressiva, passando a adotar medidas de encorajamento dos comportamentos desejáveis (BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 1-21). Essa perspectiva promocional atribuída ao direito se desenvolve assentada na premissa de que as relações patrimoniais são condicionadas à realização de interesses existenciais, aos quais é conferida acertada primazia no esquema de proteção constitucional. Assim, na síntese de Gustavo Tepedino, “A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo 3. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 32).

⁹⁶ Deve-se entender por patrimonial “a situação jurídica subjetiva que tenha equivalente pecuniário, ou seja, que possa ser expresso em dinheiro no momento de formação da relação jurídica” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada...*, op. cit., p. 33).

⁹⁷ Sobre as situações jurídicas dúplices, Carlos Nelson Konder e Ana Carolina Brochado esclarecem que “A distinção [entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade] se faz necessária tendo em vista a instrumentalidade indireta das situações patrimoniais à concretização da dignidade, pois seu principal objetivo é a realização de uma função social; prioritariamente, elas estão a serviço da coletividade, tornando-se inevitável a conformação da autonomia privada ao imperativo da solidariedade. Situação diferente ocorre nas situações jurídicas existenciais, cujo objetivo é a realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*; enfim, têm como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o próprio projeto de vida

impõe a primazia dos interesses existenciais no ordenamento jurídico, reforçando a tendência de despatrimonialização⁹⁸ ou repersonalização⁹⁹ do direito civil.

Desse modo, a Lei nº 8.009/90 se coaduna com os valores constitucionais¹⁰⁰. A limitação da responsabilidade patrimonial do devedor é legítima enquanto visa a assegurar o direito fundamental social à moradia¹⁰¹ e o resguardo do mínimo existencial do devedor e de

que a pessoa construiu para si. Podemos sintetizar que as situações patrimoniais têm função social e as existenciais, apenas função pessoal – se é que podemos atribuir a elas algum tipo de função. Não se trata de estabelecer uma nova dicotomia. Essa ‘separação’ tem uma complementariedade intrínseca, na medida em que as situações patrimoniais têm como sua finalidade última o livre desenvolvimento da pessoa” (Situações Jurídicas Dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 8).

⁹⁸ Como esclarece Pietro Perlingieri, “com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individual-se em tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)” (*Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33). Cite-se, ainda, a observação de Maria Celina Bodin de Moraes: “A incorporação dos valores personalistas à aplicação do direito civil impede a sua aplicação tecnicista e conservadora em decorrência do movimento de despatrimonialização do direito civil. Este movimento, por ser guiado (*rectius*, imposto) pelas normas constitucionais, deve prevalecer sobre a aplicação lógico-mecânica dos institutos clássicos (‘romanistas’) do direito civil, sob pena de preponderar uma alegada racionalidade técnica e científica (embora mascaradamente política) sobre o princípio da democracia constituinte” (A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. *Civilistica.com*: revista eletrônica de direito civil. a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em: 12 dez. 2015). A relação entre o bem de família e o fenômeno da despatrimonialização do direito civil vem sendo destacada em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, como ilustrado a seguir: “A garantia legal de impenhorabilidade do bem de família visa a resguardar o patrimônio mínimo da pessoa humana, valor esse que o legislador optou por preservar em detrimento à satisfação executiva do credor. [...] Essa proteção é fruto do movimento pela despatrimonialização do Direito Civil, que impõe uma releitura dos institutos à luz do feixe axiológico trazido pela CF, ou seja, uma verdadeira filtragem constitucional, na medida em que a interpretação das normas civis deve privilegiar, sempre, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial, previstas nos arts. 1º, III, e 3º, III e IV, da CF, tendo, pois, como centro o ser humano e suas necessidades existenciais” (STJ, REsp 1.364.509/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10/06/2014, DJe 17/06/2014).

⁹⁹ De acordo com Luiz Edson Fachin, “a ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata” (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 190).

¹⁰⁰ Nesse sentido: “ao contrário de violar o Texto Constitucional, a lei do bem de família a ele está adaptada, sintonizada com a interpretação teleológica para a aplicação concreta dos princípios da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, além da erradicação da pobreza (CF/88, arts. 1º, 3º e 5º). Especialmente depois do reconhecimento, no art. 6º da Carta Maior, do direito social à moradia, privilegiando as situações jurídicas fundamentais da pessoa humana” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 820-821).

¹⁰¹ Na Constituição Federal de 1988, o direito à moradia ganhou *status* de direito fundamental, o que se tornou expresso a partir da Emenda Constitucional nº 26/2000, que deu nova redação ao art. 6º do texto constitucional: “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”. Ademais, cuida-se de um direito humano protegido por diversos instrumentos internacionais, tais como a Declaração

sua família¹⁰². Apesar de a proteção do bem de família recair sobre situações subjetivas reais que integram o patrimônio do devedor, o interesse que lhe serve de fundamento tem natureza existencial e, portanto, goza de indiscutível preeminência em relação às situações patrimoniais na concretização dos princípios constitucionais¹⁰³. Já o interesse tutelado pelo direito de crédito, por sua vez, é eminentemente patrimonial – embora também possa destinar-se, conforme o caso, ao atendimento de interesses existenciais do credor¹⁰⁴.

Em conclusão, a análise do contexto socioeconômico em que o bem de família surgiu no Brasil, sob a modalidade convencional, revela que o instituto servia, principalmente, para proteger os chefes de família (notadamente os senhores feudais) dos seus credores, e não a família dos brasileiros em seus diversos arranjos. Razões econômicas também motivaram a consagração do bem de família como forma de estimular a imigração no Brasil, a exemplo da experiência do *homestead* americano, cujo escopo era incentivar o povoamento das terras do oeste dos Estados Unidos. O bem de família consensual, porém, não foi capaz de produzir os efeitos esperados, o que gerou um anseio social por uma proteção mais efetiva do patrimônio do devedor e de sua família, sobretudo após a Constituição de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República. Assim, por meio da Medida Provisória nº 143/90, que se converteu na Lei nº 8.009/90, foi introduzida a modalidade involuntária do bem de família, que ampliou o âmbito de proteção do instituto, tornando-o, efetivamente, um instrumento voltado à garantia do patrimônio mínimo do devedor, capaz de tutelar a moradia própria e de membros da sua entidade familiar.

Universal de Direitos Humanos de 1948 (art. XXV, item 1) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11, item 1).

¹⁰² De modo geral, a função do bem de família legal tem sido bem identificada na jurisprudência, como se observa do trecho da ementa de julgado a seguir destacado: “O bem de família, tal como estabelecido em nosso sistema pela Lei 8.009/90, surgiu em razão da necessidade de aumento da proteção legal aos devedores, em momento de grande atribulação econômica decorrente do malogro de sucessivos planos governamentais. A norma é de ordem pública, de cunho eminentemente social, e tem por escopo resguardar o direito à residência ao devedor e a sua família, assegurando-lhes condições dignas de moradia, indispensáveis à manutenção e à sobrevivência da célula familiar” (STJ, REsp 715259 / SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., 05/08/2010, DJe 09/09/2010).

¹⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, op. cit., p. 119.

¹⁰⁴ Note-se que reconhecer a tutela prioritária do bem de família em detrimento dos direitos creditórios alheios não significa ignorar, por completo, que os interesses aprioristicamente econômicos do credor também podem destinar-se, em última análise, à satisfação de interesses existenciais tão relevantes quanto (ou ainda mais relevantes que) aqueles a que a impenhorabilidade do bem de família busca proteger. Tanto é assim que, com o objetivo de harmonizar os interesses em conflito, o legislador afastou a impenhorabilidade do bem de família em algumas hipóteses, prevendo limitações objetivas e subjetivas à proteção jurídica, bem como exceções fundadas na natureza da dívida. Como será visto, a própria lei autoriza, em tais casos, a apreensão judicial do único imóvel residencial da família do devedor, privando-a da garantia legal. Até mesmo quando inexistir previsão legal para o conflito entre situações subjetivas dúplices, deverá o intérprete, aplicando diretamente os princípios constitucionais, ponderar os interesses em jogo em busca da melhor solução para o cumprimento dos objetivos consagrados na Constituição, sempre visando à tutela da pessoa humana.

1.3. A dualidade de regimes: bem de família convencional e bem de família involuntário no direito brasileiro

A partir da edição da Lei nº 8.009/90, passou-se a conviver com uma dualidade de regimes do bem de família no Brasil, eis que a disciplina em lei especial (bem de família involuntário) não revogou a disposição contida no Código Civil de 1916 (bem de família voluntário). Ainda hoje, mesmo com a promulgação de uma nova codificação civilística, o ordenamento convive com um regime dual: além da garantia legal que recai de forma automática sobre o imóvel residencial próprio do devedor, a lei civil permite que os cônjuges ou a entidade familiar, por meio de escritura pública ou testamento, destinem parcela não superior a um terço do patrimônio líquido para instituir bem de família¹⁰⁵.

Nesse cenário, é de se indagar se ainda resta alguma utilidade ao bem de família voluntário no direito brasileiro, na medida em que tal modalidade já padecia da pecha de inefetividade antes mesmo do advento da Lei nº 8.009/90. Para responder a esse questionamento, é necessário antes discorrer brevemente sobre as principais diferenças – sob o ponto de vista estrutural e funcional – entre as duas espécies do bem de família.

A primeira e mais importante diferença, já mencionada, diz respeito aos requisitos para a caracterização do bem de família. Conforme sistematização feita por Marcione Pereira dos Santos¹⁰⁶, os requisitos do bem de família voluntário se dividem em pessoais (1. legitimidade¹⁰⁷; 2. condição de proprietário¹⁰⁸; 3. estado de solvência¹⁰⁹; e 4. ocupação do

¹⁰⁵ "Art. 1.711. 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".

¹⁰⁶ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80-108.

¹⁰⁷ Superando a discussão que existia na vigência do Código de 1916, cujo art. 70 permitia ao *chefe de família* destinar um prédio para domicílio desta, o que excluiria a mulher, segundo o entendimento outrora predominante, a redação do atual art. 1.771 atribui legitimidade expressamente aos *cônjuges* ou à *entidade familiar*. Interpretado à luz do art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, o citado dispositivo abrange todo e qualquer arranjo familiar, e não apenas a família legalmente constituída. Há controvérsia, todavia, quanto à necessidade de consentimento do cônjuge para a instituição do bem de família voluntário. Embora Arnaldo Marmitt sustente que a autorização conjugal é necessária (*Bem de família*. Rio de Janeiro, Aide, 1995, p. 157), o melhor entendimento dispensa o consentimento, já que a hipótese não se encontra no rol do art. 1.645 do Código Civil e o benefício é constituído no benefício do próprio grupo familiar. Convém lembrar, ainda, a possibilidade de o bem de família voluntário ser instituído por terceiros, por meio de doação ou testamento, caso em que a eficácia do ato dependerá de aceitação expressa dos cônjuges beneficiados ou da entidade familiar.

¹⁰⁸ Entre nós, o bem de família consensual não pode ser instituído pelo usufrutuário ou pelo locatário. Como observa Carvalho Santos, é preciso que o instituidor seja proprietário exclusivo do bem, pois a comunhão nem sempre poderia assegurar o direito de passar a família a residir no prédio, o que afinal constitui a finalidade do instituto (*Código de Processo Civil interpretado*. 7ª ed., vol. 7. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 193). Por

imóvel pela família¹¹⁰) e formais (1. escritura pública ou testamento; 2. formalidades notariais; 3. ausência de reclamação por terceiros interessados; e 4. registro). Diz-se voluntária ou consensual tal modalidade de bem de família justamente porque depende da manifestação de vontade do instituidor, que somente pode instituí-lo por meio de ato formal (escritura pública ou testamento), produzindo efeitos a partir do registro. Para tanto, devem ser observadas as formalidades notariais previstas nos artigos 261 a 266 da Lei nº 6.015/73, que incluem a publicação de edital e a possibilidade de reclamação por terceiros interessados. O formalismo tem por objetivo levar a conhecimento de terceiros, potenciais credores, o fato de que aqueles bens não se sujeitarão à execução em caso de inadimplemento pelo devedor.

Como visto, a lei nº 8.009/90 veio atender aos anseios de simplificação do instituto, chamando para o Estado o dever de proteção, que antes era deixado ao arbítrio dos cônjuges. A constituição do bem de família involuntário é imediata, *ex lege* e decorre de norma de ordem pública¹¹¹. O excessivo (e dispendioso) formalismo presente na modalidade voluntária perde sua razão de ser, já que a proteção passa a ser automática e, sendo garantida por lei, cujo conhecimento obrigatório por todos se presume, dispensa o registro para produzir eficácia *erga omnes*¹¹². Em regra, para que os beneficiários da norma possam se valer da

evidente, deve-se ressaltar a possibilidade em caso de comunhão de bens estabelecido entre os cônjuges ou companheiros.

¹⁰⁹ No momento da instituição do bem de família, o instituidor deverá estar solvente, de modo que a retirada daquele imóvel da esfera de sua responsabilidade patrimonial não afete o direito dos credores até então existentes. Embora a isenção da execução do bem de família voluntário se aplique apenas a dívidas posteriores à instituição, exige-se o estado de solvência no ato de instituição, o que não impede que o instituidor tenha dívidas. Não se exige, porém, por ocasião da constituição do bem de família, a comprovação da solvência, que será presumida salvo reclamação de algum credor. Cuida-se, portanto, de uma forma de prevenir o exercício abusivo do direito de instituir bem de família voluntário, em prejuízo de terceiros.

Álvaro Villaça Azevedo discorre sobre a possibilidade de o imóvel hipotecado ser instituído como bem de família. Após destacar as opiniões de Sá Freire, Clóvis Beviláqua e Eduardo Espínola, no sentido da inadmissibilidade, o autor filia-se à posição de João Marques dos Reis e Carvalho Santos, afirmando ser possível a hipótese cogitada: “nenhum prejuízo resulta ao credor hipotecário, pois de toda forma, está ele garantido com seu *jus in re*. A preexistência de hipoteca, se executada, tornaria ineficaz, automaticamente, a instituição do bem de família posterior a ela e no montante de seu valor. Assim é de acolher-se, em casos tais, a existência do bem de família, primeiramente por ser ele um benefício à instituição familiar, e, em segunda cogitação, pelo nenhum prejuízo que, com a instituição do bem de família com imóvel hipotecado, possa advir ao credor” (*Bem de família*, op. cit., p. 139-140). No mesmo sentido, FACHIN, Luiz Edson. Bem de família e patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 685.

¹¹⁰ Via de regra, a efetiva ocupação do imóvel pela família para fins residenciais é imprescindível para a sua caracterização como bem de família, mesmo na modalidade voluntária, por exigência da regra contida na primeira parte do art. 1.712 do Código Civil: “O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar [...]”. A jurisprudência, contudo, vem atenuando esse rigor.

¹¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 190.

¹¹² Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 4 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em matéria de Registro Público, de 21/11/2013: “Somente é passível de registro imobiliário o bem de família convencionado pelas partes”.

garantia legal, bastam dois requisitos: (i) a propriedade do devedor sobre o bem¹¹³ e (ii) que este sirva para moradia própria ou de membro de sua família¹¹⁴. Presentes tais requisitos, o devedor ou qualquer membro da família que resida no imóvel poderá invocar em juízo a garantia legal da impenhorabilidade, sem necessidade de qualquer ato constitutivo prévio, e, com isso, preservar a propriedade e a finalidade residencial que lhe é destinada.

Na esteira das transformações vivenciadas no direito das famílias, a Lei nº 8.009/90 ampliou a proteção do bem de família, antes restrita às famílias fundadas no casamento, para abranger as demais entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, tais como as monoparentais (art. 226, § 4º) e as uniões estáveis (art. 226, § 3º), além de outros arranjos familiares que não foram expressamente contemplados pelo legislador constitucional, mas que igualmente merecem proteção jurídica. Em que pese o avanço da lei em comento, uma nota destoante residia na exclusão do devedor solteiro ou viúvo, que não tardou a angariar vozes doutrinárias¹¹⁵ para a extensão da proteção, tendo sido, posteriormente, a posição acolhida em nossos tribunais, conforme será analisado.

Em relação ao objeto, a proteção do bem de família legal é, a princípio, mais larga que a do bem de família voluntário, na medida em que compreende não apenas o imóvel, mas também “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” (art.

¹¹³ Convém destacar que, excepcionalmente, o instituto protege terceiros que não são proprietários do bem, tampouco devedores do crédito em execução. É o caso, admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, do imóvel cuja matrícula conste em nome de pessoa jurídica, mas que sirva de moradia para uma entidade familiar. Nesse sentido, não importa o modo pelo qual se dá a ocupação do imóvel, se a título de propriedade - com o imóvel registrado em nome de um dos integrantes da entidade familiar - ou de posse (STJ, AgRg no AREsp nº 137818 / SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 15/08/2014). Também já decidiu a Corte Superior que “A desconsideração da personalidade jurídica, por si só, não afasta a impenhorabilidade do bem de família” (STJ, REsp nº 1.433.636 – SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 02/10/2014). Note-se, ainda, que a circunstância de o devedor não residir no imóvel, que se encontra cedido a familiares que nele residem, não constitui óbice ao reconhecimento do favor legal, já que “não há como se excluir da garantia da impenhorabilidade a posse do imóvel residencial, quando o possuidor demonstrar que o bem possuído atende à moradia permanente da entidade familiar” (STJ, AI nº 1.377.345 / SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., DJ 05/12/2014). Por fim, em relação ao usufruto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, com base na Lei nº 8.009/90, que “Está excluído da penhora o imóvel que serve de moradia ao titular da nua-propriedade” (STJ, REsp 329453 / SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j. 02/04/2002, DJ 20/05/2002).

¹¹⁴ Note-se que sequer se faz necessário que haja família, apesar de alguns autores incluírem a existência de entidade familiar como requisito do bem de família legal, tais como SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família*, op. cit., p. 182-187. Ao tema se voltará adiante, quando será abordado o bem de família da pessoa que mora sozinha.

¹¹⁵ Cf., por todos, SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et all. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, passim. Nessa linha, o autor defendia uma nova interpretação da disciplina do bem de família, “tradicionalmente voltada à tutela da residência da entidade familiar, mas cada vez mais direcionada à proteção da pessoa, independentemente de laço familiares pretéritos ou futuros” (op. cit., p. 85).

1º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90)¹¹⁶. Por sua vez, o bem de família do Código Civil, geralmente, consiste apenas em prédio residencial urbano ou rural, incluindo suas pertencas e acessórios (1ª parte do art. 1.712).

Tal assertiva poderia sugerir que a utilidade do bem de família voluntário estaria de todo esvaziada, o que não é verdade. Como destacam os manuais, a instituição voluntária do bem de família pode ser de grande serventia na hipótese de a entidade familiar ser possuidora de vários imóveis utilizados como residência, caso queira evitar que a impenhorabilidade recaia sobre o de menor valor, conforme autoriza expressamente o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90¹¹⁷. Ademais, desde o advento do Código Civil de 2002, o bem de família convencional pode “abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família” (2ª parte do art. 1.712), desde que tais bens não excedam o valor do prédio instituído em bem de família (art. 1.713) e o total dos bens destinados não exceda um terço do patrimônio (art. 1.714). Com isso, uma pessoa pode tornar um bem mobiliário não abarcado pela Lei nº 8.009/90 isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio ou de despesas de condomínio, desde que o faça em conjunto com o imóvel residencial.

Mesmo na modalidade voluntária, o direito de propriedade permanece íntegro com a instituição do bem de família. Não merece prosperar a tese – minoritária, diga-se de passagem – sustentada por Carvalho Santos¹¹⁸, João Marques dos Reis¹¹⁹ e João Mendes Júnior¹²⁰, segundo a qual o bem de família teria natureza jurídica de forma de transmissão da propriedade do instituidor para a família. Afinal, no direito pátrio, a família não tem personalidade jurídica (coletiva e autônoma), para o que atentou Serpa Lopes. Este autor, todavia, defendia haver, na realidade, não uma simples transferência de propriedade, mas uma conversão da propriedade em sua fase normal, para uma copropriedade com os demais

¹¹⁶ A Lei nº 8.009/90 ressalva apenas os “veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos” (art. 2º).

¹¹⁷ “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”. Note-se que a remissão refere-se ao art. 70 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 1.711 do Código vigente.

¹¹⁸ “[...] na instituição do bem de família, há a transmissão da propriedade, do transmitente, que é o instituidor, para o adquirente, que é a família, como personalidade jurídica coletiva (cf. João Mendes Júnior, Manual do Cód. Civil, caderneta n.1)” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de Processo...*, op. cit., p. 227).

¹¹⁹ “Temos por melhor a solução que considera no caso uma transmissão de propriedade do instituidor para a entidade coletiva da família, por mais consentânea com as origens e intuídos da instituição” (REIS, João Marques dos. *Homestead: bem de família* apud SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família*, op. cit., p. 75).

¹²⁰ Apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 81.

beneficiários, embora resolúvel e sob um aspecto regular¹²¹, o que também não parece ser a melhor interpretação. Basta se imaginar que os demais membros da família beneficiados não poderão oferecer a sua quota ideal do bem de família em garantia de uma dívida pessoal, tampouco seus sucessores receberão, como herança, uma quota do bem por ocasião da sua morte¹²².

Em verdade, o bem de família não sai do patrimônio do instituidor (na modalidade convencional) nem do devedor (na modalidade legal) e também não ingressa no patrimônio dos demais beneficiários (em nenhuma das modalidades)¹²³. Trata-se apenas de uma limitação de responsabilidade prevista em lei como forma de afastar certos bens integrantes do patrimônio do devedor do poder de excussão dos seus credores, submetendo tais bens a um regime jurídico especial, condizente com a sua destinação¹²⁴. Tal técnica de limitação de responsabilidade também não se confunde com a separação patrimonial, já que esta cria patrimônios segregados, ao lado do patrimônio geral, destinados a um escopo específico, os quais servem de garantia exclusivamente aos créditos relacionados¹²⁵.

Note-se que, em certo aspecto, o bem de família não deixa de ser uma “forma de afetação de bens a um destino especial (...), que é ser a residência da família”¹²⁶. É justamente pela destinação residencial, somada a outros requisitos já examinados, que o bem pode ser qualificado como de família. Mas daí não se pode inferir, como fazem Antônio Chaves e Álvaro Villaça Azevedo¹²⁷, que o bem de família consiste propriamente em um patrimônio

¹²¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. V. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 187.

¹²² Esclarecedora, sobre o ponto, é a afirmação de Caio Mário da Silva Pereira: “Não se verifica uma transmissão (salvo constituição por terceiro), porque a coisa não sai da propriedade do *pater familias*, e não ocorre a criação de um condomínio, pela razão de nenhum dos membros do grupo familiar ter uma cota ideal do imóvel. Se se atentar para o fato de que com a morte dos cônjuges e a maioria dos filhos se opera, *pleno iure*, a sua extinção, da mesma forma que esta pode ser declarada a requerimento dos interessados, se o bem tiver deixado de preencher o requisito de sua destinação, concluir-se-á que não sofre a coisa, como objeto de relação jurídica, uma alteração essencial na sua natureza. É, e continua sendo objeto do direito de propriedade do instituidor, mas afetado a uma finalidade, *sub conditione* da utilização como domicílio dos membros da família” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 288).

¹²³ Mesmo quando o bem de família convencional é instituído por terceiros, é de se notar que a transmissão do domínio em favor dos cônjuges ou companheiros não decorre da instituição, em si, do bem de família. Tem-se, portanto, um ato de alienação a título gratuito ao qual se soma a instituição do bem de família.

¹²⁴ O esclarecimento é feito por Milena Donato Oliva: “Cuida-se tão somente de restrição legal à excussão de determinados bens pelos credores em razão da função que desempenham para a promoção de interesses do devedor que não quer o ordenamento sucumbam com a execução promovida por aqueles (*Patrimônio separado...*, op. cit., p. 231-235).

¹²⁵ *Ibidem*, p. 240.

¹²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva, op. cit., p. 288.

¹²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 84-93. O autor menciona a posição de Antônio Chaves (*Tratado de Direito Civil*, Parte Geral) e, no direito estrangeiro, de Elias Guastavino (*Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia*), que, analisando o instituto no direito argentino, mas baseando-se nas lições do jurista italiano Guido Tedeschi, afirma tratar-se de um patrimônio especial que se distingue do

separado (especial, segregado ou afetado). A diferença essencial, embora sutil, está no fato de que o bem de família não serve para garantir determinadas obrigações que se relacionem com o escopo daquele patrimônio separado, como sucede na técnica da segregação patrimonial¹²⁸. Em regra, o bem de família não pode ser executado por nenhuma dívida, ressalvadas as exceções legais, sendo certo que, nessas hipóteses, as obrigações garantidas pelo bem de família recaem sobre o patrimônio geral (e não especial) do devedor.

Desse modo, o bem de família não importa transmissão de domínio, condomínio singular ou patrimônio separado, tampouco afetação de bens com destino especial (como uma fundação), fideicomisso ou qualquer direito real sobre coisa alheia, seja uso, usufruto, habitação ou enfiteuse. O direito de propriedade permanece íntegro, porém submetido a um regime jurídico especial que varia conforme a espécie de bem de família (convencional ou legal) e que visa a preservar interesses do devedor e de sua família mercedores de tutela.

O principal efeito, presente em ambas as modalidades, é a impenhorabilidade do bem de família, que não responderá por obrigações inadimplidas pelo devedor, com ressalva para as exceções legais que variam de uma espécie a outra. É importante notar que a função protetiva do bem de família voluntário, no que diz respeito à natureza das dívidas a que a impenhorabilidade é oponível, é mais ampla que a do bem de família involuntário, o que pode revelar uma utilidade do instituto para a qual não se costuma atentar. Isso acontece porque o artigo 1.715 do Código Civil apenas autoriza a constrição judicial do bem de família voluntário para a satisfação de dívidas que provierem de tributos relativos ao prédio ou de despesas de condomínio, ao passo que o artigo 3º da Lei nº 8.009/90 prevê uma lista mais extensa de exceções à regra da impenhorabilidade¹²⁹⁻¹³⁰. Por outro lado, a proteção do bem de

patrimônio geral de seu titular por sua função e pelas normas que a lei dita para sua proteção. Em seguida, conclui Álvaro Villaça Azevedo que “o bem de família é um patrimônio especial, que se institui por um negócio jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social”.

¹²⁸ Sobre os patrimônios separados, Fernando Noronha esclarece que “Estes são conjuntos de bens ou direitos que por força da própria lei estão afetos à prossecução de determinados objetivos e que, por isso, só respondem pelas dívidas relacionadas com a realização do mesmo escopo, ou que, pelo menos, terão de responder em primeiro lugar por tais dívidas” (*Direito das Obrigações*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286-287).

¹²⁹ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

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 da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

família convencional é mais restrita em relação ao momento do nascimento das dívidas, visto que, com o objetivo de evitar fraudes, não subsiste em face de dívidas anteriores à constituição do benefício¹³¹.

Outro importante efeito, previsto apenas na disciplina do bem de família consensual, é o da inalienabilidade relativa do bem. A regra está consagrada no artigo 1.717 do Código Civil, que veda a alienação do bem de família convencional sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais e ainda exige oitiva do Ministério Público¹³²⁻¹³³. Havendo filho menor, deverá haver autorização judicial em virtude da colidência de interesses dos pais com o do filho. Por sua vez, no regime da Lei nº 8.009/90, o devedor proprietário preserva a plena disponibilidade sobre o bem dito legalmente de família, ressalvada, eventualmente, a necessidade de autorização conjugal nas hipóteses do art. 1.647, inciso I, do Código Civil¹³⁴.

A função protetiva da inalienabilidade relativa do bem de família merece maiores

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)
¹³⁰ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que “outras hipóteses autorizadas da penhora do bem de família, excepcionalmente previstas no art. 3º da Lei nº 8.009/90, são exclusivamente incidentes no regime do bem de família legal, não se aplicando à sistemática do bem de família convencional, que, por sua vez, somente admite temperamentos nos dois únicos casos aqui registrados, decorrentes do art. 1.715 da Lei Civil” (*Direito das famílias*, op. cit., 2010, p. 811). Embora a assertiva, a princípio, seja procedente, é importante destacar que o problema não comporta uma solução apriorística inflexível, sobretudo quando se observa que, entre as hipóteses excepcionais do art. 3º, figuram créditos que estão intimamente ligados à realização da esfera existencial do credor, como é o caso da dívida de alimentos prevista no inciso III. Em cada caso concreto, portanto, deve o intérprete examinar os interesses em conflito de modo a aferir qual deles deve prevalecer com arrimo nos valores consagrados na Constituição.

¹³¹ “Diferentemente do bem de família legal, [...] o bem de família consensual tem uma função diversa, de modo que sua guarida se projeta para o futuro, sem, portanto, garantir o bem no caso de débitos contraídos preteritamente” (FACHIN, Luiz Edson. Bem de família e patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 684).

¹³² Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da 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.

¹³³ Discute-se, em doutrina, quem são os interessados cuja anuência é imprescindível para a alienação. Considerando que a isenção de execução por dívidas do bem de família voluntário somente perdura enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioria (art. 1.716 do Código Civil), pode-se inferir que os interessados, via de regra, são os pais e os filhos menores e incapazes, não abrangendo os filhos maiores. Nesse sentido, quanto à controvérsia acerca da necessidade de aquiescência dos filhos maiores, já se manifestava Carvalho Santos, ainda na vigência do Código de 1916: “Não nos parece, em que pese a douta opinião exposta [de Antonio Marques dos Reis], que o filho maior tenha que dar o seu consentimento, porque diz este art. 72 que o consentimento deve ser dado pelos interessados, e no parágrafo único do art. 70, o Código só considera interessados os filhos menores” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 207). Em sentido contrário: “Pode ser necessária a concordância dos filhos maiores, quando estes são igualmente os destinatários do benefício. Os conceitos de maioria, dependência e família nem sempre juntos caminham, como se sabe” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 139).

¹³⁴ “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis”.

reflexões. Tornada a coisa relativamente indisponível, o proprietário do bem fica privado do livre exercício do poder de dispor da coisa (*jus abutendi*), sob pena de nulidade do ato. Embora a restrição à alienação tenha o nítido e nobre propósito de tutelar a moradia (e, portanto, a existência digna) da família e do próprio devedor, protegendo-o de sua eventual inexperiência, são notórios os seus inconvenientes. A imposição de inalienabilidade relativa pelo legislador, de forma paternalista, parece ofender a autonomia privada, compreendida como possibilidade de escolher os meios mais idôneos para realizar os interesses próprios e de sua família, isto é, como manifestação do princípio geral de autodeterminação. As formalidades e os custos necessários para autorizar a alienação não parecem compatíveis com o dinamismo das relações entre particulares na sociedade contemporânea, em que não raro muitas famílias são levadas a mudarem seus domicílios, no interesse da entidade familiar, por diversas razões, tais como a troca de emprego para outra localidade, o crescimento do número de membros da família e até mesmo oportunidades de negócio no mercado imobiliário.

Destarte, sem que seja necessário recorrer a objeções de ordem social, como a afronta a princípios da economia por impedir a livre circulação dos bens e riquezas, pode-se afirmar que a inalienabilidade do bem de família, mesmo relativa, pode muitas vezes acabar prejudicando os interesses do devedor e dos membros de sua família. À vista disso, andou bem o legislador ao extirpar tal efeito do bem de família involuntário, o que, inclusive, mostra-se coerente pelo fato de se tratar de modalidade cuja proteção é imposta pelo Estado de forma automática¹³⁵. Por outro lado, a livre disponibilidade do bem de família legal pelo devedor com frequência gera conflitos entre os interesses dos credores e aqueles a que o instituto visa a proteger, em especial porque a Lei nº 8.009/90 não disciplinou os efeitos dos atos de disposição do bem de família de forma detida. Daí a importância da análise funcional do instituto na solução dos conflitos referidos, à luz dos valores consagrados na Constituição.

Cabe apontar, por fim, uma última diferença estrutural significativa que se verifica entre as espécies de bem de família. Com o objetivo de não sacrificar desarrazoadamente os interesses dos credores, o Código de 2002 estabeleceu uma rigorosa limitação ao impedir que a parte do patrimônio destinada ao bem de família voluntário ultrapasse o valor equivalente a

¹³⁵ Registre-se, no ponto, a opinião divergente de Enio Moraes da Silva, crítico da Lei nº 8.009/90, que considera contraditória a alienabilidade do bem de família legal: “Se o intuito é proteger a entidade familiar, não é suficiente colocar o seu imóvel a salvo das dívidas, mister se faz impedir que imprudentes pais de famílias dilapidem o seu patrimônio e de seus descendentes, com a alienação do bem destinado a abrigá-los. Contudo, a nova lei não seguiu esta racional previsão. [...] A proteção advinda da impenhorabilidade é pequena se comparada à facilidade com que a residência pode ser negociada: é, com certeza, insuficiente para assegurar tranquilidade aos que compõem a família. Infelizmente, a lei veio mais prejudicar os credores de boa-fé do que amparar a entidade familiar” (*Considerações críticas...*, op. cit., p. 29).

um terço do patrimônio existente ao tempo da instituição¹³⁶. Tal inovação, de constitucionalidade duvidosa, foi responsável por um esvaziamento ainda maior da utilidade do instituto em relação à disciplina da codificação anterior, na medida em que o tornou acessível apenas às pessoas mais ricas, as quais, provavelmente, sequer precisariam do seu abrigo por possuírem outros bens suficientes para responder por suas dívidas. Paradoxalmente, excluiu-se do âmbito de proteção do instituto a imensa maioria dos proprietários de imóveis no Brasil, que não possui outros bens, além do imóvel residencial, representando dois terços do seu patrimônio líquido.

A fixação de um limite em proporção ao valor do patrimônio do instituidor contraria a própria finalidade do instituto e, desse modo, subverte o comando constitucional que impõe a preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais. O critério adotado também fere o princípio da isonomia, pois a família do proprietário que tem apenas um imóvel não terá a sua moradia protegida diante de dívidas por ele contraídas, ao passo que as famílias de proprietários abastados, geralmente titulares de vários imóveis, o terão. No mais, a limitação é despicienda, pois o bem de família consensual não isenta da execução as dívidas anteriores caso o instituidor esteja insolvente no momento da instituição, de modo que melhor seria, a fim de se coibir abusos, estipular um limite de valor que restringisse a impenhorabilidade de imóveis considerados luxuosos.

Em conclusão, pode-se afirmar que as duas modalidades de bem de família destinam-se, em última análise, a atender a interesses existenciais do devedor e de sua família relacionados ao direito fundamental de moradia, mas apresentam expressivas diferenças estruturais entre si que são capazes de explicar a reduzida utilidade da espécie convencional. Não obstante o desuso dessa modalidade, prevista no Código Civil, é possível concluir que faz sentido o regime dual em nosso ordenamento, partindo-se da noção de sistema enquanto ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais que garante a adequação

¹³⁶ Note-se que o art. 1.711 do Código vigente menciona o limite de um terço do “patrimônio líquido”, expressão que sugere que os elementos passivos integram o patrimônio concebido como universalidade de direito. Embora não se desconheça que tal entendimento encontra ampla guarida entre autores clássicos como Aubry e Rau, Francesco Bianchi, Luiz da Cunha Gonçalves, Henri Capitant, Marcel Planiol, Clóvis Beviláqua, Caio Mario, Arnoldo Wald, Orlando Gomes e Serpa Lopes, a questão precisa ser analisada sob a ótica funcional, como esclarece Milena Donato Oliva (*Patrimônio separado...*, op. cit., p. 142-170). A autora explica, sobre a polêmica, que um patrimônio negativo não poderia desempenhar qualquer função merecedora de tutela, na medida em que não serve de garantia, tampouco pode ser objeto de usufruto, do que se infere que o patrimônio é formado apenas por situações jurídicas subjetivas ativas. Assim, sugere a adoção da tese de que os elementos passivos não integram o patrimônio, a qual é perfilhada, entre outros, por Henri de Page, Larenz, Enneccerus, Guillermo Borda e Inocêncio Galvão.

valorativa e a unidade interior do Direito¹³⁷. Sob a ótica funcional, portanto, a garantia da impenhorabilidade do bem de família legal atua como uma proteção mínima automática – e, por isso, as hipóteses de exceção à blindagem são mais largas e a disponibilidade do bem pelo titular não sofre tantas restrições. Em complemento, permite o ordenamento jurídico a ampliação dessa proteção por ato formal voluntário do proprietário ou de terceiro, seja para estender a imunidade de execução para dívidas de outras naturezas não abarcadas pelo manto da garantia legal, seja para fazer recair tal imunidade sobre outro imóvel residencial da entidade familiar que não o de menor valor ou, ainda, sobre bens mobiliários não abrangidos pela Lei nº 8.009/90. Nesse caso, a instituição do bem de família consensual atrairá as normas de regência do Código Civil, que restringem o poder de disposição do bem pelo seu titular, sem prejuízo da garantia legal aplicável a outros bens qualificados por lei como de família que porventura não estejam protegidos, no caso concreto, pela modalidade voluntária.

1.4. A funcionalização da proteção do bem de família legal no direito brasileiro

A tutela jurídica do bem de família obrigatório, conforme visto, tem o condão de assegurar o mínimo existencial do devedor e de sua família, em detrimento da tutela jurisdicional de obrigações inadimplidas. O regime tutelar do bem de família protege a moradia do devedor e de sua entidade familiar justamente por meio do sacrifício dos interesses dos credores. Assim, o ordenamento jurídico não pode tolerar que o devedor se aproveite de forma abusiva da garantia do bem de família legal, em contrariedade ao seu fundamento axiológico-normativo, legitimando o seu uso como instrumento para obstaculizar a realização material e efetiva dos direitos de seus credores em juízo.

Com o objetivo de harmonizar os interesses em conflito, o legislador afastou a impenhorabilidade do bem de família em algumas hipóteses, prevendo limitações objetivas e subjetivas à proteção jurídica, bem como exceções fundadas na natureza da dívida. Como visto, a própria lei autoriza, em tais hipóteses, a apreensão judicial do único imóvel residencial da família do devedor, privando-a da garantia legal de um único imóvel para fins de moradia. Previu-se também a hipótese de a entidade familiar ser possuidora de vários imóveis utilizados como residência, caso em que a impenhorabilidade recairá sobre o de

¹³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 280 e 283.

menor valor, ressalvada a possibilidade de constituição de bem de família convencional¹³⁸. Ademais, estatuiu o legislador uma importante regra ao afastar a proteção do bem de família àquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga¹³⁹.

Dada a natural impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses conflituosas e, assim, antecipar as soluções cabíveis no plano abstrato, a prática jurisprudencial brasileira acaba se deparando com diversos problemas para os quais não foram preestabelecidos remédios em lei. A efetivação do direito à moradia e de seus instrumentos de garantia, a exemplo do bem de família involuntário, é extremamente sensível, sobretudo em razão da realidade brasileira, o que, por conseguinte, tem desafiado os tribunais pátrios na atividade interpretativa da Lei n. 8.009/90, especialmente em relação aos limites e alcance da impenhorabilidade do bem de família. Assim, têm-se deparado nossos julgadores com situações não expressamente especificadas na lei, devendo-se socorrer da função do bem de família para a adequada delimitação de seu alcance¹⁴⁰.

A pesquisa de jurisprudência, com destaque para o repositório de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, indica a existência de um sem-número de questões controvertidas atinentes ao conflito entre o direito à proteção do bem de família e o direito à tutela

¹³⁸ Art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90: “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”. Segundo Luiz Edson Fachin, trata-se de “critério legal discutível em situações em que o devedor seja solvente e a expropriação de outro imóvel que não aquele em que reside a família seja possível para a satisfação do crédito, ou nos casos de pluralidade de domicílio, em que o devedor com sua família ocupem diversas residências” (*Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 148-149).

¹³⁹ Art. 4º da Lei n. 8.009/90: “Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. § 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese”.

¹⁴⁰ A necessidade de uma leitura funcional do bem de família tem sido destacada pelos autores que a ele se dedicam: “Muito além da simples compreensão do que exprime o texto legal, para mais do que a mera interpretação literal, tanto as regras do Código Civil sobre o bem de família quanto as da Lei n. 8.009/90 hão de ser interpretadas na consonância do seu escopo, ou seja, de que sua finalidade, assegurada constitucionalmente, que é dar a cada família, entidade familiar ou residente único, o próprio teto e, como conseqüência, sua existência digna. O método teleológico ou finalístico prevalece sobre qualquer outra forma interpretativa ou de aplicação destes preceitos legais, seja pela doutrina, seja pelo Judiciário. Há quem diga, também, que essa exegese deve ser valorativa” (CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família*. Teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24-25); “É imprescindível, por isso, que o intérprete busque, como estabelece a regra do art. 5º da LINDB (Dec.-lei 4.657/1942, com a redação que lhe deu a Lei 12.376/2010), o verdadeiro sentido da Lei 8.009/90, os efeitos por ela pretendidos, as situações que estão sob o seu alcance e o que o legislador procurou, efetivamente, disciplinar. Exige-se, desse modo, uma interpretação teleológica, ou finalística, buscando-se sempre os fins a que a norma se dirige” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. *A Impenhorabilidade do Bem de Família e as Novas Entidades Familiares*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 170-171).

jurisdicional do crédito¹⁴¹. Em razão de suas limitações de escopo, a presente dissertação não examinará todos os problemas relacionados ao instituto. A seguir, com o intuito de demonstrar alguns exemplos práticos de funcionalização da proteção do bem de família legal, serão abordadas situações problemáticas que envolvem (i) a possibilidade de penhora do bem de família luxuoso; (ii) a proteção do imóvel residencial da pessoa que mora sozinha; (iii) a impenhorabilidade do imóvel de propriedade do devedor dado em locação; e, finalmente, (iv) a interpretação das exceções legais à impenhorabilidade.

1.4.1. A possibilidade de penhora do bem de família luxuoso

Desde a introdução do bem de família no direito brasileiro, ainda em sua modalidade voluntária, discutia-se a respeito da possibilidade de instituição de um bem de família de elevado valor, dado que o Código de 1916, contrariando a maior parte dos exemplos estrangeiros, não estipulara um limite. Como era de se esperar por força da ideologia liberal e individualista então dominante, marcada pelo dogma da subsunção, a maioria dos autores advogava a tese que atribuía plena liberdade ao proprietário para instituir o prédio de sua

¹⁴¹ Os principais problemas envolvendo a proteção do bem de família na jurisprudência pátria podem ser divididos em três grandes grupos. No primeiro deles, encontram-se os julgados em que o bem de família é em si examinado sob uma perspectiva estática, com enfoque predominantemente estrutural. Podem ser citadas, neste grupo, as controvérsias acerca (i) da possibilidade de penhora de imóvel luxuoso ou extenso, casos em que se discute se cabe desmembramento, divisão ou mesmo penhora de fração ideal; (ii) da penhora de vaga de garagem, (iii) da possibilidade de existência de vários imóveis residenciais da família impenhoráveis; (iv) dos imóveis de titularidade de pessoa jurídica, usados por sócio para fins de moradia ou com destinação mista (comercial e residencial); (v) do imóvel residencial de empresário individual; (vi) da essencialidade de determinados móveis que guarnecem a morada; (vii) do imóvel residencial do devedor que vive sozinho; (viii) do alargamento do conceito de família; e, ainda, (ix) do alcance das exceções à impenhorabilidade previstas no art. 3º da Lei do Bem de Família; e, ainda, (x) da constitucionalidade do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90, que autoriza a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. Alguns casos deste primeiro grupo serão abordados neste capítulo. Por sua vez, o segundo grupo reúne casos que se notabilizam pela necessidade de exame do instituto sob uma perspectiva dinâmica e marcadamente funcional. Em regra, cuida-se de problemas que surgem da conduta do devedor no exercício das faculdades de proprietário do bem de família, a saber: (i) quanto ao uso, por exemplo, têm-se as hipóteses dos imóveis (ainda) não edificadas ou daqueles desocupados mas afetados à subsistência do devedor ou de sua família; (ii) quanto à fruição, menciona-se a notória controvérsia acerca do imóvel residencial locado; e, por fim, (iii) quanto à disposição, citam-se as questões envolvendo a alienação tida como fraudulenta do bem de família e a possibilidade de constrição do imóvel residencial dado em garantia ou ofertado a penhora pelo próprio devedor. Os problemas atinentes à disposição do bem de família legal serão objeto de análise dos capítulos seguintes desta dissertação. Finalmente, o terceiro grupo compreende os problemas atinentes ao bem de família no campo processual, tais como: (i) a possibilidade de arrolamento cautelar de bem de família; (ii) a eventual preclusão (temporal, lógica ou consumativa) do direito de alegar a impenhorabilidade; (iii) o cabimento da decretação de indisponibilidade do bem de família, por improbidade administrativa, em ação civil pública ou em execução fiscal (art. 185-A do Código Tributário Nacional); e, por fim, (iv) a aplicabilidade da Lei nº 8.009/90 às penhoras já realizadas por ocasião da sua entrada em vigor. Tais problemas não serão abordados nesta dissertação.

residência como bem de família por mais valioso que fosse, observados os requisitos legais¹⁴². Chegava-se a argumentar que, embora autorizado, o ato de exagero do chefe de família que destinasse valiosa propriedade para seu domicílio seria imprudente, pois, sendo um ato público, a exclusão da propriedade da garantia de terceiros faria diminuir o seu crédito, sofrendo ele, assim, os resultados de sua imprudência¹⁴³.

O valor do prédio que poderia ser instituído como bem de família chegou a ser limitado por legislações posteriores. O Decreto-Lei nº 3.200/41 fixou o limite em cem contos de réis, que posteriormente foi elevado, pela Lei nº 2.514/55, a um milhão de cruzeiros e, a partir da Lei nº 5.653/71, alterado para corresponder ao montante equivalente a quinhentas vezes o maior salário mínimo vigente no País. Contudo, desde o advento da Lei nº 6.742/79, o bem de família voluntário não tem qualquer limitação de valor, sendo exigida apenas efetiva residência da família no imóvel por dois anos. Como já visto, o Código de 2002 optou por estabelecer uma restrição relativa ao patrimônio do instituidor, de modo que o valor do bem de família voluntário não pode ultrapassar um terço do seu patrimônio existente ao tempo da instituição (art. 1.711).

A Lei nº 8.009/90 também não fixou um limite objetivo de valor para a impenhorabilidade do bem de família involuntário, pelo que sofreu severas críticas por parte da doutrina. Em 2006, o Presidente da República vetou o Projeto de Lei nº 51/06 que pretendia tornar possível a penhora do imóvel de valor superior a 1.000 salários mínimos (que hoje seriam equivalentes a R\$ 788.000,00¹⁴⁴), caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite seria entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade. As razões invocadas para o veto presidencial são recheadas de polêmica, na medida em que foi reconhecida a razoabilidade da proposta, sendo a sua rejeição justificada com base na tradição jurídica brasileira¹⁴⁵. O mesmo limite de valor chegou a ser proposto, embora sem sucesso, na

¹⁴² É o que revela a pesquisa de AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 109-114. O autor menciona as opiniões de Eduardo Espínola, Clóvis Beviláqua, Ferreira Coelho, João Marques dos Reis, Alfredo de Oliveira Lima e Sá Freire, que não teciam críticas à opção do legislador. Após destacar, ainda, a crítica isolada de Antonio Marques dos Reis à omissão do Código de 1916, Álvaro Villaça Azevedo afirma que “Não só pelo exemplo estrangeiro, mas no próprio Direito Brasileiro, do modo como nasceu o instituto do bem de família, era necessária a fixação do seu valor, para que não fosse ele porta aberta a abusos” (*Bem de família*, op. cit., p. 112).

¹⁴³ FREIRE, Milcíades Maria de Sá. *Manual do Código Civil Brasileiro* apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 111.

¹⁴⁴ Calculado com base no valor do salário mínimo nacional vigente em 2015, definido pelo Decreto nº 8.381/14.

¹⁴⁵ Eis o teor da Mensagem nº 1.047, de 06/12/2006, do Presidente da República: “Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei n. 8.009, de 1990, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo”.

tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que se transformou no novo Código de Processo Civil¹⁴⁶.

Nesse cenário, os tribunais foram levados a examinar casos em que o devedor residia em imóvel extremamente luxuoso, cuja propriedade adquirira enquanto solvente ou mesmo quando não se sabia insolvente. De acordo com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos, em razão do seu valor econômico, da proteção conferida pela Lei nº 8.009/90¹⁴⁷. Considerando que o bem de família tem por fim tutelar a habitação da família, argumenta-se que as exceções à impenhorabilidade devem ser interpretadas de forma restritiva, de maneira que, por falta de autorização legal, a proteção do imóvel residencial luxuoso da família não poderia ser afastada, em concreto, pelo magistrado¹⁴⁸. Seria eloquente, portanto, o silêncio do legislador quanto à suntuosidade do imóvel residencial, apenas admitindo de modo expresso a restrição quanto aos bens móveis (art. 2º da Lei nº 8.009/90¹⁴⁹), na medida em que estes não estão intrinsecamente afetados à moradia.

A tese, todavia, não merece prosperar, em se considerando a exata função que o bem

¹⁴⁶ Convém registrar que, por outro lado, o novo Código de Processo Civil inovou no ordenamento ao autorizar a penhora de salário superior a 50 salários mínimos mensais (art. 833, §2º). A proposta não constava da versão original do projeto e foi incluída por emenda no Senado. Repetindo o Código de 1973, o art. 833 do novo Código processual apresenta um rol com diversas impenhorabilidades com o fim de proteger o executado e a sociedade. Entre elas, o inciso IV veda a penhora de salários, remunerações, aposentadorias e pensões, ou seja, vencimentos de uma forma geral, inclusive ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, e o inciso X veda a penhora, até o limite de 40 salários mínimos, da quantia depositada em caderneta de poupança. A esse respeito, ainda na vigência do Código de 1973, é interessante notar que o STJ firmou sua jurisprudência no sentido da vedação de penhora para qualquer aplicação financeira, até esse valor, e não somente para a poupança, ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias da situação concreta em julgamento (vide STJ, REsp 1.230.060, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j. 28/05/2014). A fim de atenuar o desequilíbrio entre os interesses do credor e do devedor, pois a falta de um limite para a isenção permite que este mantenha um elevado padrão de vida sem sofrer qualquer restrição no seu conforto e nas suas comodidades, apesar de não pagar as dívidas que contraiu, foi incluída uma nova exceção no § 2º do dispositivo. Assim, ainda que se trate de salário (inciso IV) ou reserva pessoal (inciso X), será penhorável essa quantia para (i) pagamento de prestação alimentícia (conforme já permitia o Código de 1973), de qualquer origem – seja de alimentos decorrentes de direito de família, seja decorrente de ato ilícito (houve apenas novidade quanto ao ato ilícito) e (ii) para valores superiores a 50 salários mínimos mensais, para qualquer outra dívida não alimentar (novidade do Código de 2015).

¹⁴⁷ Vide AgRg no REsp 1397552 SP, Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 20/11/2014, DJe 27/11/2014; REsp nº 1.440.786/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 27/05/2014; AgRg no REsp 1.294.441/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 28.06.2012; REsp 1.320.370/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 16.06.2012; REsp 715.259/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 09.09.2010.

¹⁴⁸ Para ilustrar, veja-se o argumento invocado pela 3ª Turma do STJ: “O art. 3º da Lei n. 8.009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão” (STJ, REsp n. 1.178.469/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 18/11/2010). Na doutrina, o raciocínio é também recorrente: “As particularizações ou exceções à regra geral da inexecutibilidade do bem de família obrigatório constituem *numerus clausus*, ou normas de interpretação restrita. Não admitem, por essa razão, nenhuma ampliação ou exegese extensiva. [...] Não fosse assim, comprometer-se-iam os objetivos sociais a que este conceito jurídico visa” (CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família*, op. cit., p. 78).

¹⁴⁹ “Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.”

de família desempenha no ordenamento jurídico. O principal equívoco dessa corrente jurisprudencial está em considerar que a finalidade do instituto consiste na tutela (direta) do direito à moradia, e não na garantia de um patrimônio mínimo como um instrumento para viabilizar o exercício daquele direito¹⁵⁰. Com efeito, a proteção patrimonial da Lei nº 8.009/90 só se justifica enquanto necessária para assegurar o mínimo existencial – e não a manutenção do padrão de vida – do devedor e de sua família, sejam eles pobres ou ricos. Com a impenhorabilidade, visa-se tão somente a que a execução não leve o executado a uma situação incompatível com a dignidade da vida humana, e não a permitir padrões de vida luxuosos¹⁵¹. Tanto é assim que o próprio Superior Tribunal de Justiça tem admitido, por outro lado, a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família, quando for possível o desmembramento sem sua descaracterização¹⁵².

Entendida como uma regra inafastável, a ilimitação do valor do imóvel poderia redundar no sacrifício de interesses de credores sem que houvesse um fundamento axiológico capaz de justificar a recusa de tutela jurídica àqueles direitos creditórios. Como visto, o

¹⁵⁰ É o que se observa, por exemplo, da fundamentação dos seguintes julgados: “Independentemente do elevado valor atribuído ao imóvel pelo Fisco, essa variável não abala a razão preponderante que justifica a garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador: de modo inequívoco, o bem em referência serve à habitação da família. É o bastante para assegurar a incidência do regime da Lei nº 8.009/90” (REsp 1320370/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012); “É irrelevante para efeitos de impenhorabilidade que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Segundo a Lei 8.009/90, basta que o imóvel seja o único bem de família, não tendo o legislador considerado o seu valor, na medida em que o foco principal é a proteção ao direito social à moradia, previsto no artigo 6º, caput, da Constituição Federal” (TRT-5, AP 02626005319995050193 BA, publicado em 22/05/2015).

¹⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 206.

¹⁵² Tem sido acolhida a possibilidade de desmembramento de imóveis residenciais extensos quando possível preservar a destinação própria tutelada pela norma protetiva (vide STJ, AgRg no AREsp 439.292/PR, 3ª T., Rel. Min. Sideni Beneti, j. 11/02/2014; STJ, REsp nº 1.237.176/SP, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04/04/2013; STJ, AgRg no Ag 1406830/SC, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., DJe 01/08/2012; STJ, REsp 1178469/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 18/11/2010, DJe 10/12/2010; STJ, AgRg no Ag 1130780/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJe 12/04/2010). No REsp nº 624.355/SC, admitiu-se a penhora sobre lotes contíguos do imóvel residencial que continham acessões voluptuárias (piscina e churrasqueira), resguardando-se aquele em que se encontrava a casa residencial (STJ, REsp 624.355/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.05.2007). Já em outro caso, considerou-se que, “conquanto os imóveis contíguos possuíssem matrículas diferentes, no Cartório de Registro de Imóveis, eles constituíam, na realidade, uma única residência”. Assim, naquela hipótese em especial, o desmembramento prejudicaria a habitabilidade condigna da família, já que “no imóvel, no qual se pretende afastar a garantia do bem de família, estaria localizada a cozinha da residência familiar” (STJ, AgRg no AREsp Nº 711530 / SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª T., j. 03/09/2015, DJe 16/09/2015). Note-se que a possibilidade de desmembramento dos imóveis (urbanos) encontra respaldo na própria Lei nº 8.009/90, cuja *ratio* se pode extrair da regra expressa em seu art. 4º, §2º: “Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural”. Em sentido contrário, afirma Rainer Czajkowski ser “interessante notar que raciocínio semelhante não pode ser aplicado sempre, por analogia, para justificar desmembramentos de imóveis urbanos. Para estes a lei, infelizmente até, não estipulou parâmetros de metragem o que, para efeito de incidência do benefício, equipara casa de reduzidas dimensões à mais grandiosa mansão. [...] Se a área, mesmo superior ao parcelamento mínimo permitido, forma uma unidade residencial, todo o imóvel é impenhorável, atendidos os demais requisitos legais” (*A impenhorabilidade do bem de família*. Comentários à Lei 8.009/90, 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 88-89).

patrimônio tem como função precípua servir de garantia geral aos credores do devedor, função esta que ficaria obstada, por vezes, pelo fato de o seu conteúdo econômico, embora expressivo, estar concentrado na propriedade sobre o imóvel que serve de residência ao devedor¹⁵³. Com isso, interesses mercedores de tutela do credor – por vezes de natureza existencial, já que não se pode perder de vista que o crédito é instrumento para a promoção do desenvolvimento da pessoa humana – poderiam acabar negligenciados pelo ordenamento jurídico, pela simples ausência de autorização legal expressa de penhora do imóvel luxuoso¹⁵⁴. Daí porque Luiz Edson Fachin observa que:

As consequências advindas da proteção inexpurgável ao patrimônio mínimo não conduzem, por via oblíqua, a um estatuto da desigualdade por vantagem exagerada em favor de uma das partes da relação jurídica. Antes, parte da igualdade (em sentido substancial) para enfrentar, no reconhecimento material das desigualdades, o respeito à diferença sem deixar de alavancar mecanismos protetivos dos que são injustamente ‘menos iguais’.¹⁵⁵

Com efeito, a lei do bem de família, como qualquer outra integrante do sistema jurídico, não pode ser interpretada de forma isolada, sem ser confrontada com o ordenamento inteiro, verificando a sua coerência constitucional¹⁵⁶. Nessa perspectiva, jamais poderá o intérprete perder de vista que a impenhorabilidade do bem de família tem por objetivo assegurar, em última análise, meios materiais razoavelmente necessários para o pleno desenvolvimento da personalidade do devedor e dos integrantes de sua família. A ausência de previsão legal expressa, sob essa ótica, não constitui óbice ao afastamento da

¹⁵³ Carlos Callage chega a afirmar que a Lei nº 8.009/90, que considera inconstitucional, propicia uma utilização fraudulenta do benefício, mediante a transformação integral do patrimônio do devedor em bem de família, impenhorável, por consequência (*Inconstitucionalidade...*, op. cit., p. 59).

¹⁵⁴ Por esse motivo, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thaís Boia Marçal afirmam que a Lei nº 8.009/90 afronta o princípio da proporcionalidade ao impossibilitar a penhora do imóvel luxuoso: “Não é razoável permitir que o devedor mantenha um alto padrão de vida, com conforto e comodidade excessivos, em detrimento de seus credores que podem vir a sofrer um comprometimento de sua dignidade. Dentre os direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições existenciais de vida sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico. Esta prioridade pode também ser inferida do sistema constitucional brasileiro, bem como de uma teoria moral e política razoável, que privilegia o imperativo de promoção da justiça social, no cenário de uma sociedade profundamente desigual, o que não seria respeitado diante desta possibilidade de penhora” (*Penhorabilidade...*, op. cit., p. 4-5). No mesmo sentido, v. FARIAS, Cristiano Chaves de. A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana (uma proposta de nova compreensão da matéria). In: *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas*. 2.ª Série. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 243; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno (et. al.). *Curso de direito processual civil*. Execução. V. 5. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2009, p. 566-567; REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, op. cit., p. 133-136.

¹⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 278.

¹⁵⁶ Como a noção de ordenamento pressupõe unidade sistemática, cada preceito deve ser compreendido no âmbito do sistema – e não isoladamente –, como veículo de afirmação e promoção de valores comuns a todo o conjunto normativo. Daí a afirmação de Pietro Perlingieri de que “Toda interpretação é, por definição, lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, voltada à realização dos valores constitucionais” (*Direito civil...*, op. cit., p. 618-619).

impenhorabilidade, em concreto, quando a incidência direta dos princípios constitucionais o justifique. Logo, na perspectiva do sistema unitariamente considerado, desde que se reserve ao devedor uma parcela capaz de assegurar a sua moradia digna e de sua família, a penhora do imóvel residencial luxuoso há de ser admitida.

Note-se que a lei processual admite, excepcionalmente, a penhora dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, quando forem de elevado valor ou ultrapassarem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida (art. 649, II, CPC/1973, correspondente ao art. 833, II, do CPC/2015). Como visto, a mesma ressalva é contida na Lei nº 8.009/90 quanto aos “adornos suntuosos”, sendo certo que inexistente razão jurídica, sob o prisma funcional do instituto, que justifique não incidir a mesma restrição aos bens imóveis. Por certo, o fato de ser o imóvel um bem indivisível por natureza e, via de regra, não passível de desmembramento induz a que somente se admita a penhora do bem de família luxuoso de forma excepcional, quando inexistir outros bens penhoráveis no patrimônio do devedor e quando o crédito a ser satisfeito for de valor significativo a ponto de justificar a constrição sobre o bem. Não se ignora que a própria moradia a que se visa proteger sofrerá uma inevitável perturbação, ainda que momentânea, com a constrição judicial, dado que será preciso mudar o domicílio do devedor e de sua família. Mas tal incômodo, na hipótese, decorre da própria necessidade de se preservar o patrimônio mínimo, não servindo, pois, de justificativa para impedir que se admita a exceção de suntuosidade também no caso de bens imóveis, sob pena de se sobrepor a estrutura à função do instituto. Em outras palavras, o que justifica a limitação de responsabilidade é o fim de evitar a perda da propriedade sobre o imóvel que serve de residência ao devedor e à sua família, e não toda e qualquer ingerência sobre ela que lhes cause algum inconveniente, mesmo quando preservado um patrimônio suficiente para a manutenção do mínimo vital.

Reconheça-se, contudo, que a identificação do patrimônio mínimo, isto é, do montante do produto da venda sobre o qual deverá subsistir a impenhorabilidade, constitui tarefa de extrema dificuldade. A opção do legislador pela não estipulação de um teto deslocou para o juiz a missão de identificar, casuisticamente, os parâmetros elementares de uma vida digna, o que se mostra vantajoso não apenas em razão da necessidade de se levar em conta as peculiaridades de cada caso concreto – especialmente o número de parentes residentes no imóvel –, mas também porque os referidos parâmetros variam no tempo e no espaço¹⁵⁷. Se,

¹⁵⁷ Em opinião divergente da ora sustentada, Marcione Pereira dos Santos defende a impossibilidade de penhora do imóvel residencial suntuoso, alegando que “agiu com acerto o legislador em face da impossibilidade de se recomençar a distinguir qual padrão de família era merecedor da guarida do benefício, sob pena de incidir em

por um lado, a apreciação judicial permite uma identificação mais justa dos contornos do patrimônio mínimo a ser tutelado em cada caso, não se pode negar o risco de a opção gerar insegurança jurídica, ou tratamento desigual, por conta da considerável dose de subjetivismo que impregna a identificação do que seria o padrão médio de vida digna do homem comum.

Em muitos casos parece não ser difícil determinar o que é excessivamente luxuoso, mas não é tão fácil assim detectar qual a parcela de patrimônio razoavelmente necessária para assegurar uma outra moradia digna ao devedor e à sua família¹⁵⁸. As poucas decisões que já admitiram a penhora de imóvel residencial suntuoso limitam-se a avaliar se, satisfeita a dívida, o valor remanescente a ser retido em favor do executado será suficiente para a aquisição de outro imóvel que, embora mais modesto, possa acomodar razoavelmente o devedor e sua família¹⁵⁹. Tal risco deve ser mitigado por uma fundamentação adequada da

indesejável casuísmo arbitrário, passível, até mesmo, de ofensa ao princípio da isonomia” (*Bem de família*, op. cit., p. 200). Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thaís Boia Marçal aprovam o modelo adotado, ao argumento de que “Somente em cada caso concreto será possível inferir qual o é padrão médio de cada pessoa, de modo a reconhecer se os seus bens são, ou não, de padrão médio, tendo como norte o princípio da proporcionalidade, sendo certo que a determinação de qualquer critério pré-determinado de valoração revela-se incompatível com a realidade brasileira, que possui como traço marcante a diversidade social de cada pessoa. Um exemplo que pode ser citado é o fato de que um imóvel de R\$300.000,00 pode ser considerado como luxuoso em uma área de seca nordestina, mas, nos padrões do sudeste do País atende aos padrões de vida média. Desta forma, a análise do que é ou não luxuoso deve recair na análise casuística do magistrado que, atentando para as situações do caso concreto, sempre pautado pelo princípio da proporcionalidade, logrará alcançar a sua determinação, concretizando os valores da justiça social” (*Penhorabilidade...*, op. cit., p. 6).

¹⁵⁸ A despeito das expressões “patrimônio mínimo” e “mínimo existencial” sugerirem o contrário, a proteção jurídica da dignidade da pessoa humana impõe a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários, e não apenas mínimos, para o pleno desenvolvimento da personalidade. Confira-se, nesse sentido, a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo: “[...] a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada ‘quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade’” (Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Ano 1, n. 1. São Paulo: 2008, p. 191).

¹⁵⁹ O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região já decidiu que: “Embora não evidenciada má-fé no ato, já que o agravante comprovou que nele reside, no mínimo, desde 2004, bem como é o único de sua titularidade, desde então, não se mostra razoável que semelhante patrimônio se encontre empregado nesse único e suntuoso imóvel de R\$6.000.000,00, beneficiado por cláusula de impenhorabilidade, quando se encontram insolventes seus titulares e devedores na demanda principal, por um débito proporcionalmente ínfimo (R\$41.123,50 para setembro de 2009), deixando o exequente à míngua, sem receber seus valores salariais, de natureza alimentar. Entendo que a hipótese autoriza a penhora, podendo os titulares do palazzo constrito adquirir outra moradia, equivalente ou ligeiramente menos suntuosa, com o valor que lhe for devolvido, após a quitação do débito em execução (TRT-2, AP 01549005819885020008 SP, 4ª T., Rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. 18/03/2014, publicado em 28/03/2014). Em outro julgado, o mesmo Tribunal decidiu que “A impenhorabilidade assegurada pela Lei 8.009/90 não pode conduzir ao absurdo de se permitir que o devedor mantenha o direito de residir em imóvel suntuoso, de elevado valor, se com a alienação judicial desse bem lhe resta numerário suficiente para aquisição de outro que lhe proporcione digna e confortável moradia” (TRT - 2ª Região, Processo nº: 00164-2000-048-02-00-4, Rel. Des. Wilson Fernandes, Publicação em 25/08/2009). Cite-se, ainda, outro precedente em que o citado Tribunal declarou subsistente a penhora de 50% de imóvel avaliado em R\$ 1.500.000,00 para quitação de dívida trabalhista de R\$ 51.000,00, resguardando-se ao devedor a outra metade para aquisição de uma nova moradia (TRT - 2ª Região, Agravo de Petição nº 00699001420095020442, 1ª T.,

decisão que autorizar a penhora, a qual deverá demonstrar que, naquele caso concreto, o saldo preservado sob cláusula de impenhorabilidade é suficiente para garantir ao devedor o necessário para fazer frente às necessidades comuns e inerentes a um médio padrão de vida digna.

Em resumo, pode-se afirmar que a interpretação lógico-sistemática e teleológico-axiológica do artigo 1º da Lei nº 8.009/90 autoriza a conclusão de que a garantia da impenhorabilidade não recairá sobre o imóvel residencial de valor elevado em sua integralidade quando for possível verificar, no caso concreto, que a função do instituto seria desvirtuada, isto é, que a proteção legal obstará a penhora sobre uma parte do patrimônio do devedor não imprescindível para assegurar o direito à moradia digna (do próprio devedor e de sua família). Para tanto, não se faz necessário perquirir a má-fé do devedor, tampouco levar em conta a natureza e a relevância dos interesses dos credores no caso concreto para confrontá-los com os daquele, bastando prestigiar o aspecto funcional do bem de família em detrimento da sua estrutura definida em lei¹⁶⁰. O juiz, ao examinar o caso concreto, deverá estipular o montante que, após a alienação do bem, deverá ser entregue ao devedor executado sob cláusula de impenhorabilidade, a fim de lhe preservar um patrimônio mínimo.

1.4.2. A proteção do imóvel residencial da pessoa que mora sozinha

Conforme já observado repetidas vezes, o instituto do bem de família desempenha a função de tutelar, por meio da preservação do patrimônio mínimo da pessoa humana, o direito à moradia do devedor e dos membros de sua família. Ainda que o nome do instituto possa

Rel. Lizete Belido Barreto Rocha, publicado DJ em 11/03/2013). Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região já decidiu manter a penhora sobre 30% de um apartamento, entendendo, na ocasião, pela possibilidade de alienação do bem. Ficou retido em favor dos executados o equivalente a 70% do valor da avaliação, percentual suficiente para a aquisição de outro bem imóvel para a sua residência, obviamente mais modesto, que não incluía a situação em apartamento duplex ou com cobertura em bairro de alto poder aquisitivo (TRT-4ª Região, Agravo de Petição nº 0122400-92.2005.5.04.0005, 2ª Turma, Rel. Des. Vânia Mattos). Já o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região admitiu a penhora de imóvel situado no bairro do Leblon, no Rio de Janeiro, avaliado em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), ao argumento de que “o fato de o valor exequendo ser baixo (R\$ 7.737,73) implica que a quase totalidade do valor do imóvel reverterá ao agravante (cerca de R\$3.992.262,27) que, assim, poderá comprar outro bem similar, igualmente suntuoso, no mesmo bairro”. No caso reconheceu-se, ainda, que, frente ao valor da dívida, a medida teria o efeito de pressionar o executado a oferecer outro bem a penhora ou até mesmo a quitar a dívida para não ter o seu imóvel alienado (TRT – 1ª Região, AGVPET 2193002519995010008 RJ, 10ª T., Rel. Flavio Ernesto Rodrigues Silva, j. 02/09/2013).

¹⁶⁰ Por evidente, em sendo verificada no caso concreto a má-fé do devedor ou, ainda, a necessidade de prevalência do direito dos credores após uma ponderação de interesses no caso concreto, com maior razão se deverá admitir a penhora do bem de família de elevado valor.

sugerir o contrário, a Lei nº 8.009/90 não visa apenas à proteção da entidade familiar, mas de um direito inerente à pessoa humana: o direito à moradia. Adotada essa premissa, não há dúvidas de que a proteção do bem de família abrange o imóvel residencial da pessoa que mora sozinha.

Nem sempre, porém, o entendimento foi nesse sentido. Baseando-se em uma leitura gramatical da lei especial, como se a clareza do texto legal fosse um pressuposto – e não o resultado – da interpretação, houve um tempo em que prevaleceu a tese de que o imóvel residencial da pessoa solteira ou viúva poderia ser penhorado por dívidas. Examinando a Lei nº 8.009/90 isoladamente, sob o abrigo do brocardo *in claris non fit interpretatio*, entendiam as cortes que, se o legislador referiu-se à entidade familiar, é porque entendeu não merecer a pessoa solteira a mesma proteção conferida à família¹⁶¹. Cite-se, por exemplo, a fundamentação de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A interpretação a ser feita é de natureza restritiva, sob pena de aumento dos casos excepcionais e que levaria à ampliação indistinta da impenhorabilidade de bens. [...] Não haveria sentido compreender-se o bem de família da mesma forma que se entende o bem individual da pessoa. A proteção visa a família, e não o indivíduo simplesmente considerado. Tal interpretação não ofende, em absoluto, o princípio da isonomia. Situações desiguais merecem tratamento diferenciado porque o caso contrário é que acarreta afronta ao texto constitucional. A entidade familiar não pode ser confundida e nem se encontra na mesma posição do indivíduo.¹⁶²

Pouco a pouco, ao mesmo tempo em que se ampliava o próprio conceito de entidade familiar colocada sob o albergue da Lei nº 8.009/90, surgiram alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, no final da década de 1990, estendendo a impenhorabilidade do imóvel residencial ao devedor que mora sozinho¹⁶³. Tais julgados resultaram de uma interpretação

¹⁶¹ No julgamento do REsp nº 67.112-4/RJ, afirmou-se que “Conceder-se o benefício legal a ela [pessoa solteira que reside solitária] nessas condições equivaleria a estendê-lo a todo e qualquer devedor, o que à evidência não se lobra dentro os objetivos ditados pelo legislador” (STJ, REsp nº 67.112-4/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 29/08/1995, DJ 23/10/1995).

¹⁶² Trecho citado no voto do ministro Barros Monteiro, relator do REsp nº 174.345/SP, 4ª T., j. 18/03/1999, DJ 31/05/1999.

¹⁶³ No emblemático julgamento do REsp nº 182.223/SP, afirmou-se que “conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. ‘Data venia’, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, ‘data venia’, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal” (STJ, REsp nº 182.223/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. 19/08/1999). A partir desse precedente, inúmeros julgados foram proferidos nesse sentido. Cite-se, por exemplo: “A interpretação teleológica do Art. 1º, da 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 (STJ, REsp 450.989/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 13/04/2004, DJ 07/06/2004).

teleológica da lei do bem de família, em detrimento do método literal, e passaram a reconhecer que a pessoa solteira, celibatária ou viúva é digna da mesma proteção.

Ainda apegada ao perfil estrutural do instituto, parte da doutrina teve dificuldades para assimilar a transformação pela qual estava passando o bem de família. Houve quem criticasse a nova orientação jurisprudencial, alegando que seria prematuro vislumbrar a ocorrência de família, no caso da pessoa que reside sozinha, pois aquela pressupõe, para sua existência, a troca de relação entre os seus membros¹⁶⁴. Outros autores se precipitaram em afirmar que o ordenamento passou a reconhecer a entidade familiar composta por uma pessoa no direito brasileiro, a que se apelidou de *família unipessoal*. Com o intuito de incluir o solteiro no conceito de entidade familiar, surgiram trabalhos doutrinários sustentando a classificação do devedor solteiro como *entidade familiar potencial* ou *entidade familiar por equiparação*¹⁶⁵.

Na realidade, a evolução da jurisprudência resultou da precisa identificação da função do instituto, e não da ampliação do conceito de entidade familiar – fenômeno que vinha ocorrendo, em paralelo, e abarcando novos arranjos familiares sob a proteção da Lei nº 8.009/90, como aquele formado entre irmãos (exemplo de *família anaparental*). Sendo a família um conceito de relação, que envolve laços de diferentes naturezas entre seus membros, a expressão *família unipessoal* é uma contradição em termos¹⁶⁶. De fato, não se faz necessário considerar a pessoa sozinha família, para efeitos da Lei nº 8.009/90, como sugerido por alguns¹⁶⁷. Nesse sentido, revelou-se esclarecedora a observação de Anderson Schreiber:

[...] a questão da impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro parece menos relacionada a uma extensão do conceito de entidade familiar, que à identificação de um novo fundamento de proteção, de uma nova função para o instituto. Com efeito, o art. 1º da Lei nº 8.009/1990 deve ser reinterpretado sob a ótica do direito constitucional à moradia, expressão e requisito da dignidade humana. Não se trata mais de proteger a entidade familiar, mas a pessoa, íntegra ela ou não uma família.¹⁶⁸

Com efeito, o fundamento do bem de família não está atrelado propriamente ao

¹⁶⁴ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família*, op. cit., p. 187, nota 387.

¹⁶⁵ Tais trabalhos foram citados (e criticados) por SCHREIBER, Anderson. *Direito à moradia...*, op. cit., p. 290-291.

¹⁶⁶ Note-se que a hipótese, da pessoa solteira, tampouco se confunde com o conceito de *entidade monoparental*, entendida como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, §4º, CRFB/88).

¹⁶⁷ Essa parece ter sido a orientação de Álvaro Villaça Azevedo: “Entendo diferentemente desse posicionamento contrário à proteção do solteiro ou do que vive solitariamente. Eles não podem ser alijados da proteção da lei, porque cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido mais restrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem na sociedade” (*Bem de família*, op. cit., p. 195).

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito à moradia...*, op. cit., p. 291.

interesse público em tutelar a entidade familiar, mas ao direito constitucional à moradia¹⁶⁹. Em verdade, a proteção conferida pela lei não se destina à família, enquanto instituição jurídico-social, mas à pessoa humana, seja ela casada, convivente, solteira, divorciada e assim sucessivamente¹⁷⁰. Assim, reconhecida a instrumentalidade da família, voltada à proteção dos indivíduos que a integram, é correto afirmar que o instituto do bem de família não tutela a entidade familiar em si¹⁷¹. Sua finalidade prático-social, repita-se, é a garantia de interesses existenciais do devedor e dos membros que integram a sua família, razão pela qual sugerem alguns autores que o instituto passe a ser denominado *bem da pessoa humana* ou, simplesmente, *bem de residência*.

A interpretação literal e restritiva da Lei nº 8.009/90, tal como proposta em um momento inicial, acarreta notável afronta à isonomia. Com efeito, o devedor tem a mesma dignidade dos seus familiares, pela sua condição de pessoa humana. Sendo o objetivo da lei a proteção da moradia, seria inconcebível interpretá-la de forma discriminatória a ponto de instituir um benefício às pessoas em função de seu estado civil ou do contexto familiar no qual se inserem¹⁷².

Nesse quadro, ganhou força na jurisprudência pátria a interpretação que privilegia o perfil funcional do instituto, valendo-se do método lógico-sistemático e finalístico-teleológico. Sedimentando tal posição, em 15 de outubro de 2008, foi editado o verbete da súmula nº 364 pelo Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

1.4.3. A impenhorabilidade do imóvel de propriedade do devedor dado em locação

Outra polêmica relativa aos requisitos legais da proteção do bem de família diz

¹⁶⁹ A constatação também foi observada alhures em relação ao *homestead* texano: "The model adopted by the Texas homestead provisions can be used to demonstrate the practical advantages of a concept of home that relates the special significance of home to the relationship between the individual and the property rather than focusing on the collective interest of the family unit" (FOX, Lorna. *Conceptualising Home: Theories, Laws and Policies*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 352).

¹⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, op. cit., p. 834.

¹⁷¹ Na nova tábua de valores, que impõe a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, a proteção do Estado é dirigida à comunidade familiar enquanto instrumento de realização da pessoa humana, e não como instituição valorada em si mesma (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 57).

¹⁷² VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 160.

respeito ao único imóvel do devedor que se ache locado a terceiros. Tal como se observou em relação à hipótese do imóvel residencial da pessoa sozinha, a orientação que prevaleceu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é aquela que sobrepõe o perfil funcional ao perfil estrutural do instituto, relativizando o requisito legal da efetiva utilização do bem para moradia permanente do casal ou entidade familiar¹⁷³. Trata-se, portanto, de mais um exemplo de funcionalização do bem de família involuntário no direito brasileiro.

Por diversos motivos legítimos, tais como a conveniência de morar em imóvel maior para acomodar a família ou em local mais próximo do endereço de trabalho ou, ainda, por necessidade financeira, o proprietário de um imóvel pode optar por mudar seu domicílio residencial. Com frequência, em tais casos, não se mostra recomendável, sobretudo sob o aspecto financeiro, desfazer-se da propriedade antiga para, com o produto da alienação, adquirir o novo imóvel. Nessas hipóteses, por evidente, não seria razoável suprimir do devedor a garantia da impenhorabilidade apenas pelo fato de ter dado o imóvel próprio em locação a terceiros.

Levando-se em conta a finalidade de resguardar o direito à residência do devedor e das pessoas da sua família, assegurando-lhes condições dignas de moradia, deve ser considerado impenhorável o imóvel de propriedade do devedor que tenha sido utilizado para locação com o objetivo de viabilizar a residência em localidade distinta. Quando a renda obtida serve de fonte de complementação no pagamento de aluguel utilizado para a moradia do devedor em outro local, não há dúvidas de que ele faz jus ao benefício da impenhorabilidade¹⁷⁴. Nesse caso, como os frutos possibilitam ao devedor e à família constituir moradia em outro bem alugado, o imóvel locado permanece atendendo, embora por via indireta, ao preciso objetivo da Lei nº 8.009/90¹⁷⁵.

¹⁷³ Conquanto tenha havido inicial dissidência sobre o tema entre as duas Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, a matéria restou pacificada quando julgamento do Resp n.º 315.979/RJ, sob os seguintes fundamentos: "I - Contendo a Lei n. 8.009/90 comando normativo que restringe princípio geral do direito das obrigações, segundo o qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que a norteia, a levar em linha de consideração as circunstâncias concretas de cada caso. II – Consoante anotado em precedente da Turma, e em interpretação teleológica e valorativa, faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família." (STJ, Resp n.º 315.979/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2ª Seção, j. 26/03/2003, DJ 15/03/2004).

¹⁷⁴ Para ilustrar, cite-se: "Faz jus aos benefícios da Lei n.8.009 /1990 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família. Precedentes citados: AgRg no Ag 385.692-RS, DJ 19/8/2002, e REsp 315.979-RJ , DJ 15/3/2004" (STJ, REsp nº 243.285-RS , Rel. Min. Luís Felipe Salomão, J. 26/8/2008).

¹⁷⁵ Em sentido contrário: "Relativamente à locação total do imóvel, por faltar-lhe o requisito que reputamos indispensável, qual seja, a residência efetiva da família no prédio, o que da nossa ótica deturpa a finalidade do

É preciso, porém, avaliar o problema da destinação dada aos frutos do aluguel pelo devedor-locador a uma finalidade distinta da moradia. Nesses casos, a preservação da impenhorabilidade dependerá da valoração, em concreto, dos interesses do devedor e dos membros de sua família atendidos pela renda obtida com a locação. Considerando que a Lei nº 8.009/90 não pode ser interpretada de forma apartada dos princípios constitucionais, notadamente os que consagram a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e a solidariedade social (art. 3º, I, CRFB/88), a garantia deve remanescer sempre que a renda obtida com a locação seja revertida para o atendimento de interesses existenciais relevantes¹⁷⁶.

Adotando essa orientação extensiva, a Corte Superior editou a súmula nº 486, com o seguinte teor: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família". A previsão da subsistência como finalidade apta a justificar a impenhorabilidade do imóvel locado a terceiros se coaduna com a metodologia civil-constitucional, que, como visto, pressupõe a funcionalização das situações patrimoniais às existenciais. Nesse sentido, de acordo com precedentes do STJ, faz jus aos benefícios da Lei nº 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar¹⁷⁷.

Note-se que a impenhorabilidade também poderá atingir os alugueis auferidos, quando essenciais à subsistência do devedor e de sua entidade familiar, interpretando-se extensivamente a regra do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil¹⁷⁸. Tal dispositivo, reproduzido no artigo 833, IV, do novo código processual, prevê, em rol exemplificativo, a impenhorabilidade de diversas espécies de remuneração destinadas ao sustento do executado e de sua família.

Há, porém, controvérsia quanto à hipótese em que os frutos obtidos com a locação do imóvel próprio sejam superiores ao valor do aluguel pago pelo devedor na qualidade de locatário. Em tais casos, há julgados que admitem a penhora sobre a diferença entre os alugueis, muito embora ela complemente a renda familiar¹⁷⁹. A despeito do intuito de coibir

instituto, perfilhamos o entendimento de não ser possível o reconhecimento do benefício" (SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família*, op. cit., p. 193-194).

¹⁷⁶ Após afirmar que o elemento residencial desaparece por completo na hipótese da renda obtida ser utilizada para a subsistência da família, Ana Marta Cattani de Barros Zilveti observa que "A residência e, em última análise, a proteção à moradia, tende a deixar de ser a finalidade primordial do bem de família, cedendo lugar à preservação do *mínimo vital*" (*Bem de família*, op. cit., p. 283).

¹⁷⁷ STJ, REsp nº 243.285/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., j. 26/08/2008, DJe 15/09/2008.

¹⁷⁸ VASCONCELOS, Rita. *Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 98-99.

¹⁷⁹ Cite-se, exemplificativamente: "Tratando-se de bem de família alugado a terceiros, em que a única prova existente nos autos é relativa ao uso parcial do valor aferido para a locação de outro imóvel para a residência da

abusos, a solução não parece coadunar-se com a primazia dos interesses existenciais decorrente da tutela constitucional da dignidade humana, quando a aludida diferença entre o valor aferido e o utilizado para fins de moradia seja revertida para a subsistência do devedor e de sua família.

Por fim, registre-se a polêmica na jurisprudência referente ao ônus da prova da destinação da renda obtida com a locação do bem de família. Em alguns casos, prevalece a presunção no sentido de que o valor do aluguel recebido serve para a subsistência do devedor e dos seus familiares¹⁸⁰. Para a corrente majoritária, porém, considerando-se a dificuldade de o credor produzir prova acerca do uso da renda por parte do devedor, a este incumbe provar que os rendimentos são revertidos em prol da família, sob pena de descaracterização do bem de família¹⁸¹.

1.4.4. O processo interpretativo das exceções legais à impenhorabilidade

Como já mencionado, a impenhorabilidade do bem de família legal não é absoluta, tendo o próprio legislador restringido o seu alcance nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.009/90. A primeira restrição foi de ordem objetiva, ficando excluídos da proteção os veículos de transporte, os adornos suntuosos e as obras de arte (art. 2º, *caput*)¹⁸². Já o artigo 3º declara a impenhorabilidade oponível aos credores, mesmo diante de créditos preferenciais¹⁸³, em qualquer espécie e processo de execução, porém de forma relativa, na medida em que estabelece algumas ressalvas. As hipóteses em que se admite a penhora do bem de família, previstas nos sete incisos do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, atendem a finalidades diversas no

executada, nenhum óbice há para que a penhora recaia sobre a diferença entre o valor aferido e o comprovadamente utilizado. Nestes termos, o direito de propriedade mostra-se de todo preservado” (TRT-3ª Região, AP nº 00791199404403005, Rel. Des. Paulo Chaves Correa Filho, 4ª T., j. 28/05/2014).

¹⁸⁰ “Em que pese o executado não resida no imóvel, que está alugado a terceiro, presume-se, ante o valor do aluguel e da quantia recebida a título de benefício previdenciário, que estes valores servem para sua subsistência” (TRT-4, AP nº 00118005920005040302/RS, Rel. Des. Maria Helena Mallmann, Seção Especializada em Execução, j. 06/05/2014).

¹⁸¹ Alguns precedentes para ilustrar: STJ, AgRg nos EREsp nº 1417629/SP, Rel. Min. Raul Araujo, 2ª Seção, j. 27/08/2014; TJ/MS, AI nº 14063923920158120000, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, 5ª Câmara Cível, j. 28/07/2015, pub. 03/08/2015; TJ/SP, AI nº 20317711120138260000, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 28/03/2014, DJ 28/03/2014.

¹⁸² Note-se que, além do único imóvel residencial, a impenhorabilidade também compreende as benfeitorias, os equipamentos, inclusive os de uso profissional, e os móveis quitados que guarnecem a casa, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/90.

¹⁸³ Ressalte-se que o art. 184 do Código Tributário Nacional e o art. 30 da Lei de Execução Fiscal ressalvam expressamente da responsabilidade patrimonial, em face do crédito tributário, “os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis”.

balanço dos interesses conflitantes em cada caso.

A previsão contida no inciso I do aludido artigo fundava-se na natureza alimentar dos créditos trabalhistas de empregados domésticos e foi revogada pela Lei Complementar nº 150, de 01/06/2015. Tal dispositivo autorizava a penhora do bem de família nos processos movidos “em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias”. Na contramão dos notáveis e elogiáveis avanços reconhecidos aos trabalhadores domésticos desde o advento da Emenda Constitucional nº 72/2013 (e, provavelmente, como uma contrapartida fundada no receio de diminuição da contratação ou de aumento das demissões por conta de tais conquistas), a lei terminou por tolher a possibilidade de tais empregados se valerem de atos de constrição patrimonial sobre o imóvel residencial dos empregadores para satisfazerem seus créditos alimentares inadimplidos.

Pela regra prevista no inciso II, o imóvel residencial do devedor e os móveis que o guarnecem são penhoráveis na execução por “crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato”. Evita-se, assim, que o devedor conserve a propriedade do bem que adquiriu à custa da concessão de um crédito que lhe foi dado para aquela mesma finalidade. De fato, seria um convite à má-fé – e, portanto, um desincentivo ao financiamento imobiliário – se alguém pudesse arguir a impenhorabilidade legal do bem de família depois de contrair e inadimplir obrigações voltadas à construção ou à aquisição do imóvel residencial¹⁸⁴.

No inciso III, a lei exclui de sua proteção o devedor de pensão alimentícia¹⁸⁵. Por se tratar de crédito destinado à subsistência dos credores, mostra-se equilibrada a ponderação legislativa. Dado que, em alguns casos, proteger o devedor significa onerar demasiadamente o credor, que pode ter seu mínimo existencial atingido, a regra encontra-se em perfeita sintonia com os mandamentos constitucionais. Ressalte-se que a Lei nº 13.144/15 resguardou “os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida” e, com isso,

¹⁸⁴ Pelo mesmo motivo, a lei processual estabelece que as impenhorabilidades previstas no Código não são oponíveis à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem (art. 649, §1º, CPC/73 e art. 833, §1º, CPC/15).

¹⁸⁵ Há controvérsia em torno da abrangência da expressão pensão alimentícia. Para uma corrente mais restritiva, o dispositivo se refere apenas aos alimentos do direito de família. Porém, a jurisprudência do STJ tem asseverado “a irrelevância da origem da obrigação alimentícia, não importando se decorre de relação familiar ou se é proveniente de indenização por ato ilícito” (STJ, AgRg no AREsp nº 516272/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03/06/2014, DJe 13/06/2014). Já se decidiu, por outro lado, que “Os honorários advocatícios não consistem em pensão alimentícia a justificar o afastamento da impenhorabilidade do bem de família” (STJ, AgRg no AREsp nº 477776/DF, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª T., j. 07/08/2014).

explicitou entendimento que já vinha sendo adotado nos tribunais superiores¹⁸⁶.

O bem de família legal também é passível de execução “para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar” (inciso IV). A ressalva se justifica não tanto pelo interesse público na arrecadação de receitas, mas pela vinculação estabelecida entre determinados tributos e o imóvel destinado à moradia familiar¹⁸⁷. A principal controvérsia atinente à regra refere-se às despesas de condomínio. Argumenta-se, de um lado, que o dispositivo apenas excepcionou da impenhorabilidade os tributos devidos em função do imóvel¹⁸⁸. Contudo, a posição dominante não se prendeu ao texto da lei, admitindo a penhora do bem de família por dívidas condominiais em razão da sua natureza *propter rem*¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Esclareceu o legislador que, se o bem de família tiver mais de um proprietário, sendo apenas um deles devedor de alimentos, a impenhorabilidade continuará sendo aplicada para proteger aquele que não é o devedor. Note-se que a posição prevalente no STJ já se consolidara nesse sentido: “a proteção instituída pela Lei n. 8.009/1990, quando reconhecida sobre metade de imóvel relativa à meação, deve ser estendida à totalidade do bem, porquanto o escopo precípua da lei é a tutela não apenas da pessoa do devedor, mas da entidade familiar como um todo, de modo a impedir o seu desabrigo, ressalvada a possibilidade de divisão do bem sem prejuízo do direito à moradia” (STJ, REsp nº 1227366/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21/10/2014); “A impenhorabilidade da fração de imóvel indivisível contamina a totalidade do bem, impedindo sua alienação em hasta pública” (STJ, REsp nº 507.618/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07/12/2004). Por outro lado, é possível a penhora da fração ideal do bem de família sob determinadas circunstâncias: “os débitos imputados a um dos cônjuges somente tem força para afastar a proteção legal quando, além de a dívida correlata figurar no rol das exceções legais à regra da impenhorabilidade, com ela haja anuído o consorte ou, ainda, tenha ela sido realizada em prol do grupo familiar” (STJ, REsp nº 1405191 / SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 03/06/2014, DJe 25/06/2014). A Corte Especial admitiu, assim, a penhora de fração ideal que o fiador locatício detém sobre um imóvel residencial caracterizado como bem de família (STJ, AgRg nos EREsp nº 911.321/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, j. 05/12/2011, DJe 03/05/2012). Por fim, ainda no que tange à alteração normativa introduzida pela Lei nº 13.144/15, merece críticas o fato de o legislador ter restringido a proteção do coproprietário às hipóteses em que ele integre união estável ou conjugal com o devedor. Por razões de isonomia, o direito constitucional à moradia do coproprietário é digno de proteção independentemente de casamento ou união estável.

¹⁸⁷ Em relação ao bem de família voluntário, o Código Civil afasta da isenção a execução de dívidas provenientes de tributos relativos ao prédio (art. 1.715).

¹⁸⁸ “Ademais, não se pode ver no dispositivo legal consubstanciado no inciso IV do artigo 3º da Lei 8.009/90, qualquer indício capaz de permitir a equiparação das despesas de condomínio com as contribuições de melhoria e os argumentos de que se assim não fosse a lei seria injusta, não colhem, porque ao intérprete não cabe distinguir onde a lei não distingue. Justa ou não, a lei há que ser cumprida tal qual a sua letra. Meras elucubrações, nelas não se podem apoiar posições frontalmente contrárias aos termos claros da lei” (GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 228).

¹⁸⁹ Consolidou-se nas cortes brasileiras tal entendimento, sob o fundamento de que “a ressalva da lei decorre de dívida do imóvel por contribuição de cota condominial e não contribuição de melhoria. [...] É que o vocábulo contribuições a que alude o inciso IV, art. 3º, da Lei n. 8.009/90 não se reveste de qualquer conotação fiscal, mas representa, *in casu*, a cota-parte de cada condômino no rateio das despesas condominiais” (STJ, REsp nº 873.224/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 16/10/2008, DJU 03/11/2008). No mesmo sentido: STJ, REsp 15.252-0/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 23/02/1999, DJ 19/04/1999; STJ, REsp nº 203.629/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T., DJU 21/06/1999; STJ, AgRg no REsp 1196942/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 12/11/2013, DJe 21/11/2013; STF, RE 439.003, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/02/2007, DJU 02/03/2007). Já se decidiu, por outro lado, que a exceção do inciso IV não abrange as contribuições de associações de moradores, por se tratar de direito pessoal (STJ, REsp nº 1.324.107/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., j. 13/11/2012, DJe 21/11/2012). Na doutrina, a maioria dos autores também defende que o benefício da impenhorabilidade não se aplica na execução de despesas de condomínio: “Incluem-se também,

Prestigiando a autonomia negocial do devedor, o inciso V do artigo 3º autoriza a penhora do bem de família “para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”. A regra sofre críticas de parte da doutrina, que aponta o risco de comprometimento da finalidade do instituto¹⁹⁰, e será analisada a fundo no segundo capítulo desta dissertação.

Em seguida, a lei especial excepciona da limitação de responsabilidade o bem de família “adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens” (inciso VI). A razão da norma é impossibilitar que o exercício do direito à moradia sirva para, em qualquer medida, acobertar a prática delitiva¹⁹¹.

Finalmente, a última – e mais polêmica – das exceções legais, incluída no inciso VII pela Lei nº 8.245/91, que regula a locação de imóveis urbanos, refere-se à “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. A constitucionalidade do dispositivo é questionada na doutrina sob diversos fundamentos, dentre os quais se destacam as afrontas à isonomia (art. 5º, *caput*), ao direito fundamental à moradia (art. 6º, *caput*) e à dignidade humana (art. 1º, III)¹⁹². De fato, embora relevante o argumento econômico consequencialista

nesse item, as obrigações *propter rem*, que são geradas pela própria coisa. [...] Por isso, bem acentua Alexandre Mars Carneiro que essas obrigações, sendo de natureza *propter rem*, impedem o absurdo de os condôminos adimplentes verem-se obrigados a suportar essa desigualdade de conduta, pagando débitos de condomínios relapsos. Haveria, nesse caso, ‘um enriquecimento sem justa causa e em prejuízo dos demais condôminos’” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 209); “Pois bem, modificando o nosso entendimento anterior, após reflexões mais acuradas à luz da normatividade constitucional, de fato, nos parece acertada a solução apresentada pela jurisprudência, permitindo a penhora do bem de família para o pagamento de despesas condominiais. É que a interpretação da citada norma tem de estar atendida na idéia de dignidade humana não somente do titular do imóvel, mas, por igual, de todos os demais condôminos que residem no mesmo condomínio e que se prejudicam pela reiterada falta de pagamento das despesas comuns por uma das unidades” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, op. cit., p. 824).

¹⁹⁰ “Se por um lado atende ao interesse dos proprietários do bem de família, para que o mesmo não perca uma de suas funções de prestar-se como garantia real, por outro lado poderá ser utilizado como forma de burlar a *men legis* da Lei de Impenhorabilidade, pois qualquer dívida poderá constituir a hipoteca, ainda que essa dívida não mereça a proteção jusfundamental. A liberdade de contratar e a da disposição do bem de família com a inviolabilidade do mínimo existencial devem ser contrabalançadas” (CORDEIRO, Ana Paula del Pretti. *O bem de família. Uma visão (in)constitucional do contrato de fiança locatícia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 43).

¹⁹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Tranchesí. Bem de família – Limitações penais de incidência. In: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord). *Bem de família. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 80.

¹⁹² A violação ao princípio da isonomia se evidencia na medida em que a norma confere ao fiador um tratamento mais gravoso que ao devedor principal (locatário). Pela regra, o garantidor, que não é o devedor da obrigação, pode ter excutido o seu único imóvel residencial, sem sequer poder, no exercício do direito de regresso, executar o bem de família do locatário. Ademais, não se pode perder de vista que o fiador, no momento da celebração do contrato, não costuma ter a correta noção das consequências de seu ato. Logo, deve ser visto com cautela o argumento de que a decisão de prestar fiança é expressão da liberdade, de modo que o indivíduo, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade do direito fundamental à moradia. Sendo assim, a regra que autoriza a penhora do bem de família do fiador ofende o direito constitucional à moradia, especialmente após o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000. Ao mesmo tempo, em consequência, viola a cláusula geral de

que se preocupa com a facilitação do acesso à habitação no mercado imobiliário, a opção do legislador não se coaduna com a primazia dos valores existenciais na legalidade constitucional¹⁹³. Assim, em vez de prestigiar a segurança do direito de crédito do locador em detrimento da dignidade humana do fiador e de sua família, deveria o ordenamento buscar outras formas de estimular o mercado imobiliário capazes de facilitar a realização de contratos locatícios, sem sacrificar interesses existenciais merecedores de tutela prioritária¹⁹⁴.

Na jurisprudência, a tese da incompatibilidade com a Constituição chegou a ser acolhida de forma expressiva. Em 2005, o ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisões monocráticas declarando que o inciso VII em questão não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu a moradia no rol dos direitos sociais fundamentais do art. 6º da Constituição¹⁹⁵. A partir de então, diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça passaram a acatar tal posição, alterando o entendimento que, até então, admitia a penhora do bem de família do fiador locatício¹⁹⁶.

Entretanto, em 2006, a questão foi levada ao Pleno da Corte Constitucional, que, por maioria, declarou a constitucionalidade da regra de exceção sob exame¹⁹⁷. O argumento central do voto do relator, ministro Cesar Peluso, é de que a penhorabilidade do bem de

tutela da pessoa humana, na medida em que o direito à moradia é pressuposto da dignidade da humana. Argumenta-se, ainda, que a norma ofende o princípio da proibição do retrocesso (CARLI, Ana Alice de. *Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 124).

¹⁹³ Sobre o tema, é esclarecedora a crítica de Maria Celina Bodin de Moraes: “O artigo 82 da Lei nº 8.245/91, ao acrescentar o inciso VII ao art. 3º da Lei nº 8.009/90, [...] ao que tudo indica, desrespeitou os princípios constitucionais refletidos na impenhorabilidade do bem de família. A fiança é garantia pessoal, respondendo pela dívida não um bem específico, mas sim todo o patrimônio do fiador. Despropositada parece a permissão legal para a execução do bem de família (impenhorável em relação a quase todo o tipo de dívida) para pagamento de obrigação assumida, no mais das vezes, por amizade e gratuitamente. Procurar resolver um problema prático desconsiderando a sistemática do ordenamento e os valores existenciais que estão em posição hierarquicamente superior é atuar emergencialmente. E o legislador de emergência, como se sabe, é um mau legislador, portador de graves embaraços em sede de interpretação e aplicação de normas jurídicas” (Comentários às Disposições Gerais. Arts. 27 a 45. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). *Lei do Inquilinato Anotada e Comentada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 48-49).

¹⁹⁴ Nesse sentido, afirma Ana Alice De Carli que “as garantias contratuais, em particular, do contrato de locação, não podem reduzir à miserabilidade aquele que, num ato de liberalidade (generosidade), assumiu a obrigação de garantidor. Desta forma, entende-se que o Estado deve incentivar outras formas de garantia que não ponham em risco a dignidade, a segurança e o desenvolvimento daquele que já conseguiu a sua tão sonhada casa própria, concretizando, com isso, o pleno exercício do direito humano fundamental à moradia” (*Bem de família do fiador...*, op. cit., p. 164).

¹⁹⁵ Vide: “CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, RE 352940 SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/04/2005, DJ 09/05/2005).

¹⁹⁶ Citem-se, exemplificativamente: STJ, REsp nº 699.837/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 02/08/2005, DJe 26/09/2005; STJ, REsp nº 631.262/MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 02/08/2005, 26/09/2005.

¹⁹⁷ STF, RE nº 407.688/AC, Rel. Min. Cesar Peluso, Tribunal Pleno, j. 08/02/2006.

família do fiador é uma forma de realizar o direito à moradia, considerando as consequências socioeconômicas no mercado imobiliário. Apesar de não ser vinculante, o precedente determinou o atual posicionamento das cortes brasileiras, como se infere do enunciado da súmula nº 549, de 14/10/2015, do Superior Tribunal de Justiça: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

Para os fins da presente dissertação, mais do que analisar as controvérsias peculiares a cada inciso do artigo 3º, interessa examinar uma questão que envolve o processo interpretativo, em geral, das aludidas exceções legais. A pesquisa doutrinária revelou que os autores que tratam do bem de família no direito brasileiro costumam alinhar-se a duas correntes que procuram fixar orientações hermenêuticas, antagônicas entre si, para a interpretação e aplicação das regras de exceção à impenhorabilidade.

Muitos doutrinadores afirmam que o rol de exceções do artigo 3º é taxativo e não comporta interpretação extensiva¹⁹⁸. A assertiva, fundada na premissa de que os interesses protegidos pelo bem de família gozam de proteção prioritária no ordenamento jurídico, é com frequência repetida nas decisões judiciais¹⁹⁹. Sob a perspectiva do interesse do devedor, a regra seria a impenhorabilidade, o que justificaria uma leitura restritiva das referidas ressalvas legais, tal como sustentado por Ricardo Arcoverde Credie:

As particularizações ou exceções à regra geral da inexecutibilidade do bem de família obrigatório constituem *numerus clausus*, ou normas de interpretação restrita. Não admitem, por essa razão, nenhuma ampliação ou exegese extensiva. Além dos casos de incidência da penhora previstos no art. 2º, caput, e nos incisos I a VII do art. 3º da

¹⁹⁸ “O rol apresentado é, por óbvio, taxativo e deve ser interpretado restritivamente, não sendo possível o seu elasticamento para contemplar hipóteses não previstas expressamente pelo legislador” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, op. cit., p. 823); “Dessarte, conclui-se, logo pela ementa, que as exceções, sim, terão que ser interpretadas restritivamente, limitando-se, a penhora, àqueles bens ressalvados pela lei, enquanto que a impenhorabilidade há que ser vista amplamente” (GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 181).

¹⁹⁹ “Essas [as exceções legais] devem ser interpretadas restritivamente, não se podendo, por analogia ou esforço hermenêutico, apanhar situações não previstas em lei, de modo a superar a proteção conferida à entidade familiar” (STJ, REsp nº 1.433.636/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 02/10/2014, DJe 15/10/2014); “A lei estabelece, portanto, de forma expressa, as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, ressoando claro seu caráter excepcional a demandar a interpretação estrita” (STJ, REsp nº 1074838/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 23/10/2012, DJe 30/10/2012); “[...] não é possível ampliar o alcance da norma prevista no art. 3º, inciso VI, do mesmo diploma legal, para afastar a impenhorabilidade de bem de família em caso de indenização por ilícito civil, desconsiderando a exigência legal expressa de que haja “sentença penal condenatória” (STJ, REsp 711.889/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 22/06/2010, DJe 01/07/2010); “Não infirma a blindagem do bem de família, todavia, à míngua de previsão legal expressa, o crédito decorrente de honorários advocatícios de sucumbência e de indenização por danos materiais e morais decorrentes de ilícito civil” (STJ, REsp 1036376/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 10/11/2009, DJe 23/11/2009); “A inadimplência dos réus em relação a compras de materiais de construção do imóvel onde residem não autoriza afastar a impenhorabilidade de bem de família, dado que a hipótese excepcional em contrário, prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90, é taxativa, não permitindo elasticamento de modo a abrandar a regra protetiva conferida pelo referenciado diploma legal” (STJ, AgRg no Ag 888313/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 24/06/2008, DJe 08/09/2008).

referida lei, e art. 1.715, *in fine*, do Código Civil, nenhum outro pode ser criado, contratual ou pretoriamente. Os que existem ali também não devem ser alterados ou modificados. Há uma intangibilidade ou indisponibilidade jurídica em relação à apreensão judicial, naquilo que constitui exceção à regra ampla da inexecutibilidade no bem de família. Por causa disso, reitere-se, sempre será defeso às partes convencionar em sentido contrário às suas disposições. Os juízes, por sua vez, não podem e nem poderão decidir em conflito com a lei. Não fosse assim, comprometer-se-iam os objetivos sociais a que este conceito jurídico visa.²⁰⁰

Em sentido oposto, outros autores, assumidamente preocupados com os interesses dos credores, asseveram que o próprio instituto do bem de família já constitui uma exceção ao princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas²⁰¹. Sob tal ponto de vista, as hipóteses do artigo 3º encerram exceções da exceção, ou seja, confirmam a regra geral da responsabilidade patrimonial do devedor. Sendo assim, a própria impenhorabilidade – e não as suas ressalvas legais – deveria comportar tratamento restritivo, não havendo óbice à ampliação das situações em que a lei autoriza a penhora do bem de família. Nesse sentido, a argumentação de Kiyoshi Harada:

Daí porque não se pode sustentar que a impenhorabilidade é regra e a penhorabilidade exceção. Pelo contrário, o princípio constitucional consagra como regra a sujeição do patrimônio do devedor às dívidas. Logo, a proteção dispensada pela lei sob comento contempla, na verdade, uma exceção e não a regra prescrita no art. 591 do CPC. Não apenas o devedor, mas também, o credor precisa da satisfação de seu crédito para propiciar a si e sua família uma existência digna. E, também, a lei não pode e nem deve tolerar situação de injusto empobrecimento sob o manto de proteção da família do devedor.²⁰²

O embate, contudo, não tem razão de ser, pois o intérprete não deve se prender a orientações hermenêuticas rígidas definidas de forma apriorística. Trata-se, portanto, de uma falsa discussão, já que o processo hermenêutico não é passível de redução a esquemas teóricos definitivos, isto é, não é compatível com modelos *prêt-à-porter*. É preciso ter em vista que interpretação e aplicação do direito constituem processo unitário de criação da norma jurídica do caso concreto, tornando-se impossível ao jurista interpretar o Direito em abstrato²⁰³.

Interpretada a Lei nº 8.009/90 em perspectiva funcional, o seu sentido normativo deve ser compreendido no âmbito do sistema, como vetor de promoção dos princípios e valores do

²⁰⁰ *Bem de família*, op. cit., p. 78.

²⁰¹ “Dentro do espírito que preside e ilumina este estudo, entende-se que toda a impenhorabilidade deve ter tratamento restritivo pela doutrina e jurisprudência, a fim de que os danos aos direitos do credor sejam os menores possíveis” (MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 221).

²⁰² HARADA, Kiyoshi. Impenhorabilidade do bem de família: comentários de acórdãos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Vol. 2, jul-dez/1998, p. 221–227.

²⁰³ Com efeito, deve ser superada a tradicional concepção do processo hermenêutico que o decompõe em duas fases: da interpretação (escolha da norma) e da aplicação (subsunção ao caso concreto). O direito civil constitucionalizado impõe a superação da técnica da subsunção, reconhecendo a unificação do processo hermenêutico, no qual se integram interpretação e aplicação do direito.

ordenamento jurídico. Sendo este, por definição, unitário, complexo, sistemático e coerente, tem o intérprete o compromisso inafastável de construir a norma do caso concreto em harmonia com os preceitos constitucionais.

Desse modo, a interpretação funcional das exceções legais à impenhorabilidade – bem assim da Lei nº 8.009/90 como um todo – não importa em resultados favoráveis apenas ao devedor ou apenas ao credor. Em cada caso, a construção da norma exige particular atenção para a valoração dos múltiplos interesses conflitantes na relação jurídica examinada, de modo a definir qual deles há de prevalecer, à luz da tábua axiológica da Carta Constitucional. Daí porque, na análise do caso concreto, as hipóteses excepcionais previstas no artigo 3º poderão, eventualmente, comportar interpretação extensiva – para abranger, por exemplo, o credor de pensão alimentícia proveniente de indenização por ato ilícito (inciso III) – e, em outras situações, deverão ser interpretadas de forma restritiva – como na execução promovida pelo credor hipotecário (inciso V)²⁰⁴.

²⁰⁴ O tema será abordado no segundo capítulo, especificamente no tópico dedicado aos requisitos para a exclusão do manto da impenhorabilidade na execução do crédito hipotecário.

CAPÍTULO 2: O CONTROLE DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO JURÍDICA PARCIAL DO BEM DE FAMÍLIA

2.1. O problema da renúncia à garantia legal do bem de família

Como visto no primeiro capítulo, a constituição do bem de família involuntário é *ex lege* e automática. A propalada inutilidade prática da modalidade de bem de família do Código Civil de 1916, caracterizada pelo formalismo exacerbado do ato de instituição voluntária, foi o fator preponderante para a consagração, no Brasil, de uma espécie de bem de família cuja proteção independe da iniciativa do devedor e dos familiares que residem em seu imóvel, nos moldes do *homestead* texano. Basta, portanto, que o imóvel de propriedade do devedor se destine (mesmo que indiretamente) à residência própria ou de sua entidade familiar, que os efeitos protetivos se operam de forma automática. Nesse sentido, afirma-se que a Lei nº 8.009/90 expressa uma norma cogente e de ordem pública, por imposição do Estado e mesmo contra a vontade do devedor²⁰⁵.

Como exemplo do reconhecimento dos objetivos sociais do instituto, a jurisprudência predominante admite que a impenhorabilidade do bem de família legal seja conhecida de ofício pelo juiz²⁰⁶ ou arguida pelo interessado a qualquer tempo no processo de execução, até a arrematação do bem²⁰⁷, sem sujeitar-se a preclusão temporal²⁰⁸, mesmo em casos de revelia

²⁰⁵ “Em face da sua cogência normativa, a matéria em tese não é alterável por convenção dos particulares. Os preceitos da nova lei inserem-se na ordem pública, descabendo às partes ilidir sua incidência, em virtude da cogência de que são dotadas” (MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*, op. cit., p. 33); “[...] por tratar-se de lei de ordem pública, é de todo inválida a cláusula contratual que exclui da sua incidência por simples vontade das partes. A garantia dada pela lei aos devedores é, nesta medida, irrenunciável” (CZAJKOVSKI, Rainer. *A impenhorabilidade...*, op. cit., p. 138).

²⁰⁶ “De acordo com a jurisprudência desta Corte, o Magistrado pode conhecer de ofício matéria de ordem pública - no caso, a impenhorabilidade de bem de família -, sem que isso configure julgamento extra petita. Precedentes” (STJ, AgRg no AREsp 140598 / SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 24/06/2014, DJe 01/08/2014). A mesma Corte já ressaltou, porém, que “Reclamando prova para a demonstração das condições legais, em linha de princípio não pode o benefício ser deferido de ofício” (STJ, REsp 21253 / PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 31/05/1993, DJ 28/06/1993), bem como que “Na instância especial, a apreciação de nulidade absoluta, como a impenhorabilidade do bem de família, depende de prequestionamento” (STJ, REsp 327593 / MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 19/12/2002, DJe 24/02/2003).

²⁰⁷ “A impenhorabilidade do bem de família, por ser matéria de ordem pública, pode ser alegada em qualquer momento processual, inclusive em embargos à execução” (STJ, AgRg no AREsp 595374 / SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 25/08/2015, DJe 29/08/2015); “É possível a arguição de impenhorabilidade do bem de família em sede de apelação contra sentença proferida em embargos à execução. Cumpre fazer uma distinção entre as hipóteses em que a questão já foi alegada e decidida no processo, daquelas em que a alegação advém tardiamente, depois de apresentada a defesa de mérito do devedor. Quando não há alegação, tampouco decisão anterior, a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, dela podendo conhecer o juízo a qualquer momento, antes da arrematação do imóvel. Por outro lado, a ausência de alegação oportuna, a depender

ou defesa falha²⁰⁹. O argumento também foi determinante para que prevalecesse, por ocasião do advento da Lei nº 8.009/90, a sua aplicação às execuções em andamento, mesmo quando já realizada a penhora sobre o bem²¹⁰.

A imposição *tout court* do bem de família pelo Estado, dispensando qualquer ato constitutivo formal por parte do particular, faz surgir um interessante debate acerca da possibilidade de renúncia à proteção legal pelo devedor. Note-se que, embora voltado ao atendimento, em última análise, de interesses existenciais do próprio devedor e de sua família, o bem de família legal não é inalienável, como é o bem de família facultativo, regulamentado pelo Código Civil. Já se observou, no primeiro capítulo desta dissertação, que o legislador pátrio, percebendo que as restrições à disponibilidade sobre o bem dito legalmente de família gerariam inconvenientes capazes de comprometer, por vezes, os interesses dos próprios destinatários do instituto, optou por respeitar a autonomia negocial do devedor. Assim, não obstante a garantia legal da impenhorabilidade do bem de família, este não é considerado fora do comércio e, portanto, a propriedade do devedor permanece disponível, o que, para alguns autores, é apontado como uma contradição²¹¹ e, para outros, justifica a admissibilidade da renúncia à garantia da impenhorabilidade²¹².

Há fundada divergência doutrinária sobre a questão. A maioria dos autores nega a possibilidade de renúncia à proteção do bem de família legal, na esteira da jurisprudência

do caso concreto, quando comprovada a má-fé, resolve-se na redistribuição dos ônus sucumbenciais, nos termos do que dispõe o art. 22 do Código de Processo Civil” (STJ, REsp 981532 / RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 07/08/2012, DJe 29/08/2012); “É assente neste Superior Tribunal o entendimento segundo o qual arrematado o bem penhorado, se torna impossível a invocação do benefício contido na Lei 8.009/1990” (STJ, AgRg no Ag 458869/RJ, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), 3ª T., j. 13/10/2009, DJe 29/10/2009).

²⁰⁸ “Desde que o pleito não tenha sido apreciado pelo Judiciário anteriormente, não se cogita de preclusão da garantia da impenhorabilidade do bem de família se alegada em momento anterior à alienação judicial (STJ, AgRg no AREsp 187025 / PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 26/08/2014, DJe 09/09/2014).

²⁰⁹ CZAJKOVSKI, Rainer. *A impenhorabilidade...*, op. cit., p. 139-143.

²¹⁰ A Medida Provisória nº 143/90 determinou a suspensão das execuções em andamento, que seriam canceladas após a sua conversão em lei. A regra suscitou, à época, intenso debate, pois a corrente contrária à aplicação imediata da norma aos processos pendentes invocava o princípio da irretroatividade face ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. Contudo, acabou preponderando o entendimento de que “A Lei n. 8009/1990 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência” (Súmula nº 205 do Superior Tribunal de Justiça).

²¹¹ Registre-se, no ponto, a opinião de Enio Moraes da Silva, crítico da Lei nº 8.009/90: “Se o intuito é proteger a entidade familiar, não é suficiente colocar o seu imóvel a salvo das dívidas, mister se faz impedir que imprudentes pais de famílias dilapidem o seu patrimônio e de seus descendentes, com a alienação do bem destinado a abrigá-los. Contudo, a nova lei não seguiu esta racional previsão. [...] A proteção advinda da impenhorabilidade é pequena se comparada à facilidade com que a residência pode ser negociada: é, com certeza, insuficiente para assegurar tranquilidade aos que compõem a família. Infelizmente, a lei veio mais prejudicar os credores de boa-fé do que amparar a entidade familiar” (*Considerações críticas...*, op. cit., p. 29).

²¹² “O bem de família não é inalienável e por isso reputa-se eficaz a renúncia do devedor à impenhorabilidade, especialmente mediante sua nomeação à penhora” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, op. cit., p. 358).

majoritária, pela alegação, em abstrato, de que se trata de uma norma de ordem pública²¹³. No outro extremo, alguns autores afirmam ser um direito perfeitamente renunciável com base na disponibilidade do bem de família²¹⁴. Há, ainda, quem considere nula a renúncia antecipada, anterior à execução, mas válida a renúncia no momento da penhora, salvo injunção dos familiares²¹⁵.

Antes de se aprofundar na discussão, convém delimitar mais claramente o seu alcance. A impenhorabilidade do bem de família se traduz em uma garantia legal, no sentido de que decorre de uma norma assecuratória, e não em um direito subjetivo do devedor²¹⁶. Trata-se de uma regra que, em defesa de interesses relevantes, limita o poder de constrição judicial sobre o patrimônio do devedor nas hipóteses delineadas na lei. Sendo assim, muitas polêmicas atinentes à proteção do bem de família dizem respeito à correta interpretação do alcance da proteção, de modo que, ausentes os requisitos previstos pelo legislador, a garantia não incide e, nesse caso, não há que se falar em renúncia. Em outras situações, o exercício pelo devedor de prerrogativas que contrariam a função do bem de família poderá afastar a incidência da garantia, não com base em uma suposta renúncia tácita à proteção, mas em outros

²¹³ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família*, op. cit., p. 256; MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*, op. cit., p. 33.

²¹⁴ LIMA, Carlos Alexandre Neves. A renúncia ao direito de impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90. *Revista Forense*, v. 351, ano 96. Rio de Janeiro: Forense, jul/ago/set 2000, p. 567-569; MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 162-166.

²¹⁵ É a opinião de Rainer Czajkowski: “o que é nulo é a renúncia antecipada, não aquela que é feita no momento da penhora; a nomeação voluntária pelo devedor, por exemplo, do bem à penhora. O interesse de familiares em tese divergentes da vontade do pai, por exemplo, que nomeia o bem, depende de iniciativa para ser considerado. A renúncia ao benefício, no ato da nomeação, pelo devedor, é em tese válido, salvo a injunção dos familiares. O que é nulo é a renúncia antecipada, anterior à execução, na relação jurídica que faz nascer a dívida, mesmo havendo outorga uxória ou marital” (*A impenhorabilidade...*, op. cit., p. 139). A tese é interessante pois pressupõe que, no momento da constituição da dívida, a parte devedora deve ser protegida do risco de uma renúncia imponderada decorrente de desequilíbrio na relação jurídica negocial, o qual não se faz mais presente por ocasião do processo de execução. Seria, portanto, uma analogia às regras previstas, por exemplo, nos arts. 424 e 1.428 do Código Civil. No primeiro dispositivo, veda-se a “renúncia antecipada” pelo aderente, nos contratos de adesão civis, a direito resultante da natureza do negócio, o que não impede que a parte abra mão do direito por meio de cláusulas negociadas (e não predispostas), em momento posterior ou até mesmo na formação do contrato. Isso porque “a renúncia antecipada indesejada pelo legislador e tida como abusiva é aquela feita nas cláusulas predispostas, que são apresentadas ao aderente para sua concordância sem que lhe seja oferecido tempo razoável para estudo ou mesmo possibilidade de alteração” (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia nos contratos de adesão civis*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2015, p. 105). Idêntica lógica é observada no art. 1.428 do Código, reproduzido a seguir: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Apesar da vedação ao pacto comissório, “Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”, conforme autorizado pelo parágrafo único do mesmo dispositivo.

²¹⁶ É oportuno lembrar, sobre o tema, a tradicional distinção adotada pelos constitucionalistas, embora nem sempre nítida, entre os direitos e as garantias dos direitos: “Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os *direitos*, outra as *garantias*, pois devemos separar, ‘no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 183).

fundamentos, tais como o princípio que veda a alegação da própria torpeza, a teoria do abuso do direito e *nemo potest venire contra factum proprium*.

Assim, como algumas situações devem ser enquadradas em outras categorias, o debate acerca da possibilidade de renúncia ao benefício deve ser situado no âmbito daquelas hipóteses em que, incidindo a garantia legal, pretende o devedor abrir mão voluntariamente da proteção do bem de família. O exame do tema será abordado, a seguir, em dois tópicos: primeiramente, serão analisadas algumas premissas básicas em torno do instituto da renúncia; em seguida, serão apresentados os fundamentos da tese da irrenunciabilidade *prima facie* à garantia do bem de família.

2.1.1. Breves considerações sobre a renúncia: conceito, modalidades e objeto

A renúncia é “o ato ou negócio jurídico dispositivo pelo qual o titular de um direito extingue esse direito. É o ato pelo qual o sujeito – à semelhança do suicida, com relação à vida animal – voluntariamente acaba com seu direito”²¹⁷. Dito de outro modo, dá-se a renúncia com a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito²¹⁸.

De acordo com Pietro Perlingieri, a renúncia exerce função meramente abdicativa do direito e, sob o aspecto estrutural, é, por definição, um negócio unilateral, já que é expressão de um único centro de interesse²¹⁹. Como se nota, sob o perfil funcional, a renúncia visa tão-somente ao abandono voluntário do direito pelo seu titular, independentemente de qualquer consequência legal que dessa abdicação possa advir²²⁰. Tendo por função apenas a demissão

²¹⁷ CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 12-13.

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, op. cit., p. 300.

²¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971, p. 85-90. Nesta obra, o autor analisa a remissão das obrigações e tece críticas à doutrina predominante que considera tal *fattispecie* extintiva uma hipótese de renúncia ao crédito. A polêmica, no direito italiano, gira em torno da redação do artigo 1.236 do Código Civil, segundo o qual “*La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore (1334), salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare*”. Perlingieri afirma que renúncia e remissão não se confundem tanto no aspecto funcional, quanto no estrutural. Aduz que, enquanto a função prático-jurídica da remissão é a extinção direta da obrigação, na renúncia, eventual extinção da obrigação é um efeito secundário, que pode até mesmo não ocorrer. Sob o ponto de vista estrutural, o autor critica a visão da doutrina tradicional na medida em que o legislador exige a participação (ainda que tácita) do devedor na extinção da obrigação pela remissão, fruto do seu interesse jurídico na relação obrigacional. No direito brasileiro, a polêmica em torno da natureza unilateral ou bilateral da remissão parece superada na medida em que o art. 385 do Código Civil de 2002, reconhecendo o interesse legítimo do devedor em extinguir o débito pelo pagamento, exige a aceitação do devedor na remissão.

²²⁰ Sobre as consequências da renúncia, Caio Mario da Silva Pereira aduz que “O caso mais típico é o que implica destruição pura e simples da relação jurídica, sem que se verifique uma correlata aquisição de direito por

do direito por seu titular, qualquer benefício que o ato proporcione a terceiros não terá como causa a renúncia em si²²¹. Logo, considerando que a função de um instituto jurídico determina a sua estrutura²²², parece adequado o entendimento de que a renúncia, ao menos em regra, apresenta esquema unilateral, por ser expressão de um único centro de interesse, embora haja conturbada polêmica sobre o ponto na doutrina²²³.

Em relação à manifestação de vontade, a renúncia pode ser expressa ou tácita. Quando aferida tacitamente, isto é, quando a vontade abdicativa resultar certa por indução, a renúncia deve decorrer de fatos inequívocos que denunciem a sua verdadeira intenção abdicativa. A aferição, portanto, deve ser rigorosa, com base no critério da incompatibilidade objetiva, de modo que a renúncia seja clara, e não inferida de meras conjecturas²²⁴. Tratando-se de ato pelo qual o titular se demite de um direito ou garantia legal, a renúncia não se presume e deve ser interpretada restritivamente, embora possa ser tácita²²⁵. Na dúvida, portanto, deve o intérprete considerar inexistente a intenção abdicativa, pois não é de se presumir que o titular de um direito tenha querido dele se demitir quando o seu comportamento não revelar de forma

outrem. Mas não é o único caso, pois que freqüentemente a renúncia tem uma consequência aquisitiva para alguém. Da primeira espécie é a renúncia às garantias, por via da qual se opera a extinção do direito de perseguir determinada coisa ou acionar uma terceira pessoa. Da segunda é, por exemplo, a renúncia à herança [...]. Em qualquer caso, porém, toda renúncia repercute na esfera jurídica de outrem, o que nem sempre os escritores assinalam, mas é de franca obviedade: o fiador, liberado pela renúncia do credor à garantia fidejussória, não adquire um direito, mas alarga a sua esfera de interesse, aliviando-se do encargo de solver o débito garantido” (*Instituições...*, op. cit., p. 300).

²²¹ José Paulo Cavalcanti enfatiza que a renúncia tem efeito apenas eliminativo, afirmando que “qualquer vantagem que outro sujeito eventualmente venha a auferir, não terá causa na renúncia, mas em outro título” (*Da renúncia...*, op. cit., p. 16).

²²² PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel Nuovo Diritto* apud SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*, op. cit., p. 407. Do mesmo modo, Pietro Perlingieri explica que a variabilidade da estrutura das relações jurídicas depende da função que devem desempenhar, conforme os interesses em jogo na relação concreta (*O direito civil...*, op. cit., p. 642).

²²³ Sobre as controvérsias acerca da unilateralidade ou bilateralidade da renúncia, ver, por todos, CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia...*, op. cit., p. 45-82.

²²⁴ SCHREIBER, Anderson. Solidariedade Passiva e Renúncia Tácita. In: *Direito Civil e Constituição*, op. cit., p. 410-411. O autor explica que “Não se deve presumir com facilidade que alguém renuncie ao seu direito. Já o afirmavam os romanos: *nemo facile praesumitur juri suo renuntiare*. A presunção é, na verdade, oposta: todos têm, a princípio, a intenção de conservar seus direitos e garantias. Por isso mesmo, o legislador enxerga a renúncia com cautela e até com alguma suspeita. Exemplo disso é o art. 114, em que o Código Civil determina expressamente que a renúncia deve ser interpretada de modo restritivo” (Ibidem, p. 410).

²²⁵ CAVALCANTI, José Paulo. *Da Renúncia...*, op. cit., p. 126-130. O autor destaca algumas observações doutrinárias sobre o ponto: para Barassi, a renúncia é impresumível apenas no sentido de que, dados os seus efeitos, na dúvida não se deve admitir como a vontade mais provável; Domenico Barbero também obtém a conclusão de que a renúncia não se presume, devendo deduzir-se de uma congruente manifestação negocial; Ruggiero, por sua vez, assinala que a renúncia não se presume porque nenhum ato de vontade se presume, não sendo a renúncia tácita presunção de renúncia; já Giuseppe Stolfi adverte ser errado dizer que a renúncia não se presume, no sentido de que a vontade de renunciar não possa traduzir-se tacitamente. Todos os autores mencionados admitem a renúncia tácita. Quanto à interpretação restritiva da renúncia (atualmente consagrada no art. 114 do Código Civil: *Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente*), José Paulo Cavalcanti tece a seguinte crítica: “se não é possível ampliar, também não se deve restringir o alcance da renúncia: os limites da abdicção devem ser fixados exatamente conforme resulte do exame, sem prejuízos, do ato abdicativo” (ibidem, p. 130).

inequívoca tal vontade.

Para os fins da presente dissertação, importa investigar o que pode constituir objeto da renúncia, isto é, quais são os direitos renunciáveis. De modo geral, afirma-se em doutrina que podem ser objeto de renúncia os direitos que envolvem um interesse meramente privado de seu titular, ao passo que são irrenunciáveis os direitos que envolvem interesse de ordem pública²²⁶. Em sua pesquisa sobre o tema, após destacar as opiniões de Micheli, Von Tuhr, Aubry e Rau e Pierre Raynaud, conclui José Paulo Cavalcanti que “nas diferentes classificações a nota constante é sempre a ordem pública como razão impeditiva à renúncia”²²⁷. A dificuldade, porém, está em se determinar concretamente o que se deve entender pela noção de ordem pública²²⁸.

Trata-se de um conceito móvel, contingente e elástico²²⁹, que comporta diversas acepções²³⁰. De modo geral, associa-se a ordem pública ao conjunto de princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam sobre as convenções privadas²³¹, ou, de modo semelhante, a “interesses superiores da colectividade que, segundo o espírito do sistema, não podem ser sacrificados aos interesses particulares, embora a lesão por eles sofrida não esteja directamente prevista em nenhum preceito legal”²³².

²²⁶ “São em regra renunciáveis os direitos que envolvem um interesse meramente privado de seu titular, salvo proibição legal. Ao revés, são irrenunciáveis os direitos públicos, como ainda aqueles direitos que envolvem um interesse de ordem pública, como os de família puros (pátrio poder, poder marital etc.), os de proteção aos economicamente fracos ou contratualmente inferiores (garantias asseguradas ao trabalhador etc.)” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições...*, op. cit., p. 301).

²²⁷ CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia...*, op. cit., p. 110-111.

²²⁸ É interessante a observação de Pierre Raynaud de que, apesar da imprecisão da noção de ordem pública, não parece possível encontrar fora dela as limitações ao princípio de admissibilidade da renúncia (La renonciation a un droit. Sa nature et son domaine en droit civil, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo nº, Paris: Recueil Sirey, 1936 apud CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia...*, op. cit., p. 112).

²²⁹ As observações são de Savatier, Messineo e Barassi, conforme ressalta José Paulo Cavalcanti em sua pesquisa (op. cit., p. 112). Este autor destaca, ainda, a definição de ordem pública de Micheli como “o conjunto de princípios fundamentais que dizem respeito à conservação e ao desenvolvimento do Estado e das suas instituições” (*Da renúncia...*, op. cit., p. 111).

²³⁰ Veja-se, por exemplo, a distinção feita Diogo de Figueiredo Moreira Neto entre o sentido material e formal da expressão: “No sentido material, ou descritivo, a ordem pública é uma situação de fato, ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um. No sentido formal, ou normativo, a ordem pública é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende devam ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um” (Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. Uma análise sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 97, jan/mar 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181828/0281.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 dez. 2015).

²³¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil* apud CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 407.

²³² ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral* apud CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral...*, op. cit., p. 407.

Conforme apregoa a metodologia civil-constitucional, o pleno reconhecimento da superioridade da Constituição e de sua eficácia direta e imediata sobre as relações privadas culminou na superação da clássica dicotomia entre direito público e direito privado²³³. Esta *summa divisio* se justificava em um momento histórico em que o direito privado possuía um aspecto constitucional como estatuto total e exclusivo do indivíduo, tutelando a autonomia de sua vontade e a liberdade de cunho econômico por meio de institutos clássicos como a propriedade e o contrato²³⁴. A interferência do direito público deixou de ser excepcional com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento, sendo hoje possível determinar os campos do direito público ou do direito privado “pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública”²³⁵.

Nesse cenário, torna-se ainda mais difícil identificar a noção de ordem pública. A atual noção de ordem pública não é mais aquela clássica ligada à ordem pública de polícia ou meramente econômica, mas se deduz dos princípios constitucionais²³⁶. Não se trata da mesma noção de ordem pública que figurava nas constituições dos períodos ditatoriais, empregada como sinônimo de convivência ordenada, mas, ao contrário, cuida-se de uma ordem pública revigorada e redesenhada a partir dos princípios constitucionais que fundamentam a ordem jurídica, notadamente a liberdade e a solidariedade²³⁷. Afinal, as relações jurídicas de direito

²³³ Considerando a unidade do ordenamento jurídico a partir da centralidade da Constituição, prescreve Maria Celina Bodin de Moraes: “Com cada vez mais frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, não havendo, em relação a estes, uma delimitação precisa. O interesse público e o interesse privado, ao contrário, fundem-se. Tal convergência faz-se notar em todos os campos do ordenamento [...]. Diante de tantas alterações, direito privado e direito público viram modificados os seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual, e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito não pode, então permanecer ancorada àqueles antigos conceitos. De substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade –, transforma-se em distinção meramente ‘quantitativa’: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e há institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A caminho de um direito civil-constitucional. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 10-11). Por sua vez, Luiz Edson Fachin observa que “Não se apresenta mais suficiente a delimitação dos espaços público e privado sob o critério dos interesses tutelados. É que há interesse da coletividade em certas relações tradicionalmente ditas como privadas, e nem sempre as normas que atendem ao interesse estatal estão efetivamente localizadas no campo do interesse social” (*Teoria Crítica do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 81).

²³⁴ GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e as suas atuais fronteiras* apud KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, op. cit., p. 15.

²³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20.

²³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil...*, op. cit., p. 439.

²³⁷ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Ávila Dalsenter. *Autonomia existencial na legalidade constitucional: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro*. 2015. 252 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 116.

privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, consoante explicação de Gustavo Tepedino, “seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana”²³⁸.

No direito civil, o termo “ordem pública” é empregado para designar duas funções bastante distintas: (i) para referir a uma norma que, por sua natureza, não pode ser afastada por convenções particulares, ou seja, uma norma de ordem pública inderrogável pela vontade das partes; ou (ii) como referência à cláusula geral contida na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 como instrumento de limitação da autonomia privada²³⁹. Enquanto parâmetro para a irrenunciabilidade de direitos, a ordem pública costuma ser referida na primeira das funções acima destacadas, como sinônimo de *norma imperativa*, isto é, que se impõe à vontade dos privados²⁴⁰.

No entanto, mesmo que se considere como parâmetro para o controle do ato de renúncia a cláusula geral de ordem pública enquanto expressão geral do princípio da solidariedade²⁴¹, a tese parece não ser suficiente para afastar, de forma apriorística, toda e qualquer possibilidade de renúncia à garantia legal do bem de família, independentemente de um juízo de merecimento de tutela em concreto. Conforme será demonstrado a seguir, o argumento de ordem pública para a proibição, em abstrato, da renúncia à garantia do bem de família involuntário está sujeito a críticas para as quais a doutrina não costuma atentar.

2.1.2. Fundamentos da irrenunciabilidade *prima facie* à garantia do bem de família

²³⁸ TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, out./dez. 2005, p. 234.

²³⁹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Autonomia existencial...*, op. cit., p. 114-115.

²⁴⁰ Sobre as normas de ordem pública, nessa perspectiva, esclarece Caio Mário da Silva Pereira: “São, pois, normas de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de normas que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, normas de direito privado que atuam na tutela do interesse coletivo. Acresce, ainda, que todo *ius cogens* (norma cogente ou de ordem pública) é insuscetível de modificação por via de *pacta privata* (contrato privado), mesmo em matéria de direito nitidamente privado” (*Instituições...*, op. cit., p. 51-52).

²⁴¹ “Ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar dentro de sua ampla autonomia. Na medida em que não se pode conceber mítico *homo clausus*, cujo epíteto é o ‘indivíduo’, tampouco podem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para serem exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos ‘fundamentalmente organizados’ para viver em meio a outros” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida...*, op. cit., p. 249).

Como já analisado no primeiro capítulo desta dissertação, não há dúvidas de que os interesses protegidos pelo instituto do bem de família involuntário gozam de primazia na tábua axiológica da Constituição²⁴². Por meio do resguardo do patrimônio mínimo, a garantia legal protege interesses existenciais, que reclamam tutela prioritária pelo ordenamento, relacionados à moradia do devedor e dos membros de sua família. Assim, de fato, a imposição automática do bem de família legal, prescindindo da vontade do particular, evidencia uma preocupação do Estado de ordem social. Nessa perspectiva, a ampla maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça que tratam do tema não admite a renúncia à proteção do bem de família por se tratar de norma cogente que contém princípio de ordem pública²⁴³.

Entretanto, merece críticas a tese da irrenunciabilidade à garantia do bem de família em abstrato. Não parece suficiente, por si só, o argumento de que à proteção legal do bem de família não se pode renunciar porque tal garantia tem índole constitucional, já que afeta ao direito fundamental de moradia, e, portanto, à ordem pública. Da imperatividade da norma, decorre que a impenhorabilidade é irrenunciável apenas *a priori*, já que a liberdade individual também interessa à ordem pública. É que não se pode simplesmente abstrair que a autonomia privada patrimonial, que encontra na livre iniciativa econômica (artigo 170, I, da Constituição Federal) o seu fundamento constitucional, é também um instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana²⁴⁴.

Corroborar a assertiva acima a regra prevista no inciso V do artigo 3º da Lei nº

²⁴² Na doutrina, é recorrente o reconhecimento do caráter de ordem pública da Lei nº 8.009/90, como ilustra a seguinte passagem de Carlos Gonçalves: “Finalizando, há que se enfatizar que dado o caráter de norma de *ordem pública*, a Lei 8.009/90 é de *Direito Público* porque atinge a todos os indivíduos do Estado, proprietários ou simplesmente locatários do imóvel onde residem, sem qualquer distinção. Atinge a todos, de um modo geral, *compulsoriamente*. É cogente e, dessarte, nem pode ser alterada por qualquer convenção entre particulares. São preceitos que interessam diretamente à ordem pública, à organização social e que, por isso, o legislador não transige em que se suspenda sua eficácia. as partes não podem, através de convenção, ilidir a incidência de uma norma cogente. *Jus publicum privatorum pactis derogare non potest* (Sílvio Rodrigues – ob. cit. – pág. 16). Em nota de rodapé lembra o art. 6º do Código Civil francês: *On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*” (*Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 168).

²⁴³ “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*” (STJ, AgRg no Ag 1114259, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 26/05/2009, DJe 08/06/2009). No mesmo sentido, podem ser citados, entre tantos outros: STJ, AgRg no REsp nº 468.749/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 02/12/2008, DJe 18/12/2008; STJ, REsp nº 223.419/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j. 23/11/1999, DJ 17/12/1999; REsp nº 507.686/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., DJ 22/03/2004; REsp 875.687/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 22/8/2011.

²⁴⁴ Deve-se ter em vista que o merecimento de tutela de um ato de autonomia privada passa por sua submissão ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que, “no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto do poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional. In: *Temas de Direito Civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53).

8.009/90, segundo a qual o bem de família dado em hipoteca pela entidade familiar perde o manto da impenhorabilidade. A referida exceção à garantia legal, que será examinada mais detidamente adiante, revela que a entidade familiar pode, por ato voluntário de disposição do bem de família, afastar a proteção que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico. Embora não se trate propriamente de um ato de renúncia – pois é a lei que estabelece a perda da garantia na hipótese²⁴⁵ –, o dispositivo é um exemplo vivo em nosso direito de que a autonomia privada patrimonial pode ser tutelada, em determinados casos, mesmo quando o seu exercício afastar, episodicamente, a garantia do patrimônio mínimo.

É preciso, portanto, aprofundar a investigação a fim de perquirir se, em alguma hipótese, será merecedora de tutela jurídica²⁴⁶ a intenção manifestada pelo devedor de renunciar à garantia legal ou se, ao contrário, o devedor deve ser sempre protegido pelo ordenamento jurídico contra a sua própria vontade de abdicar do benefício legal. Nessa toada, o estudo deve se voltar, em perspectiva funcional, à identificação de outros fundamentos que justifiquem a irrenunciabilidade da proteção do bem de família involuntário no direito brasileiro, além da mera invocação da ordem pública em abstrato.

A finalidade do bem de família legal consiste, como já reiterado inúmeras vezes nesta dissertação, na garantia de um patrimônio mínimo do devedor que possa atender a interesses existenciais próprios e dos membros de sua entidade familiar que residam no imóvel caracterizado como bem de família. Sendo assim, o ato de renúncia do devedor poderia não apenas prejudicar a si próprio, mas também atingir a esfera existencial de terceiros que integram a entidade familiar. Isso porque, embora recaia sobre um bem de propriedade do devedor, a garantia legal tem por finalidade indireta a tutela de interesses existenciais dos seus familiares, que teriam sua moradia abalada se admitida a constrição judicial sobre o imóvel. Em regra, a renúncia à garantia pelo devedor, em tais hipóteses, não encontra guarida na

²⁴⁵ Sobre a diferença entre a perda de um direito que se dá em decorrência de um preceito legal e aquela que decorre da vontade do seu titular, esclarece José Paulo Cavalcanti, citando Gian Antonio Micheli, que “não podem incluir-se na figura da renúncia aquelas perdas de situações jurídicas causadas por um comportamento que a lei considera de um ponto meramente objetivo e ao qual atribui determinados efeitos, por diferentes ordens de considerações. Em tais hipóteses, o efeito jurídico resulta da vontade da lei e não da vontade do sujeito” (*Da renúncia...*, op. cit., p. 88). Podem ser citados, como exemplo, outros comportamentos do devedor aos quais a lei atribui efeitos atinentes à incidência da garantia, tais como a aquisição de má-fé de imóvel mais valioso para transferir a residência familiar (art. 4º da Lei nº 8.009/90), a aquisição de novo imóvel de menor valor (art. 5º) ou mesmo a cessação da destinação residencial do bem. Ademais, o comportamento do devedor pode ensejar a penhorabilidade do bem de família sempre que se ajustar à caracterização das hipóteses legais de exceção previstas no art. 3º da lei.

²⁴⁶ A necessidade de valoração do merecimento de tutela das situações jurídicas subjetivas é explicada por Pietro Perlingieri na seguinte passagem: “em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivamente à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela (*meritevole*)” (*Perfis do Direito Civil*, op. cit., p. 92).

ordem jurídica solidarista inaugurada pela Constituição de 1988, em que a proteção da autonomia privada patrimonial é necessariamente condicionada à finalidade de promoção da pessoa humana²⁴⁷.

Com isso, a proteção de interesses alheios aos do devedor constitui um segundo fundamento para a irrenunciabilidade *prima facie* da garantia legal. Via de regra, o devedor não pode renunciar à garantia de impenhorabilidade do bem de família legal quando este se destina à moradia de algum membro da sua entidade familiar, salvo em caso de anuência deste²⁴⁸. Tal enunciado reduz consideravelmente o âmbito de renúncia possível à impenhorabilidade do bem de família, que passa a ser excepcional e restrito às hipóteses em que o devedor não convive com familiares no imóvel isento de execução ou, quando conviva, conte com o consentimento (devidamente informado) destes. Quando a garantia legal resguardar, de fato, a moradia da família, o ato de renúncia pelo devedor provavelmente reputa-se disfuncional. A assertiva não é absoluta porque o exercício do poder de renúncia, tal como sucede com qualquer situação jurídica subjetiva, deve ser valorado em perspectiva relacional, ponderando-se os interesses em jogo em cada caso concreto, à luz dos valores consagrados na Constituição.

Como regra, portanto, pode-se afirmar que se mostra abusiva a renúncia pelo devedor quando no imóvel protegido sob o manto da impenhorabilidade residem outros beneficiários da garantia legal, mesmo quando demonstrado que estes se beneficiaram com a dívida a ser satisfeita e tinham pleno conhecimento do ato de renúncia praticado pelo devedor. Aos parentes beneficiários da garantia, mesmo não sendo titulares de qualquer direito real sobre o bem de família, a lei assegura o direito de impedir a penhora do imóvel do devedor que lhes serve de moradia, por meio da oposição de embargos de terceiros no processo de execução²⁴⁹.

²⁴⁷ Nas palavras de Gustavo Tepedino: “A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais” (O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Direito civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 365).

²⁴⁸ Dito de outro modo, porém atingindo o mesmo resultado, pode-se afirmar que a renúncia pelo devedor, ainda que admissível, não prejudica a garantia conferida por lei aos seus familiares, que também são destinatários da norma. Por se tratar de garantia que recai sobre o mesmo imóvel, sendo nesse sentido incidível, cada beneficiário teria, no máximo, autonomia para renunciar à proteção que lhe favorece individualmente.

²⁴⁹ Há quem afirme que os beneficiários do bem de família, embora não adquiram a propriedade do bem, “tornam-se titulares de um direito de família patrimonial *erga omnes*, consistente em fazer servir o imóvel à função de residência da família” (SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família*, op. cit., p. 79). A assertiva, porém, parece adequar-se unicamente à modalidade convencional do instituto, em que o bem de família se submete a um regime especial de impenhorabilidade e inalienabilidade relativa. Na modalidade involuntária, o devedor casado sob o regime da separação convencional de bens, por exemplo, pode alienar livremente o bem de família, sem precisar sequer da anuência do seu cônjuge (art. 1.647, I, do Código Civil), sem que os familiares residentes no imóvel possam se opor. A bem da verdade, a Lei nº 8.009/90 confere aos membros da entidade

Já foi visto que a Lei nº 8.009/90 não conferiu aos membros da entidade familiar residentes no imóvel o poder de obstar a alienação do bem de família pelo devedor, tampouco de se opor à penhora nas hipóteses previstas no seu artigo 3º. Não obstante, há uma nítida preocupação do legislador em proteger a família contra atos praticados isoladamente pelo titular do bem, tanto que, na mencionada exceção à impenhorabilidade prevista no inciso V, admite-se a penhora do bem de família para execução de hipoteca sobre o imóvel apenas quando oferecido como garantia real *pelo casal* ou *pela entidade familiar*, e não pelo devedor por si só.

Fixada essa importante restrição apriorística à admissibilidade da renúncia, é preciso apurar, à luz dos valores consagrados na Constituição, se a garantia prevista na Lei nº 8.009/90 é um exemplo legítimo de paternalismo jurídico, entendido como a intervenção estatal coativa no comportamento de uma pessoa a fim de evitar que ela gere danos a si própria²⁵⁰ ou se, ao invés disso, deve prevalecer a máxima de que não se dá benefício a alguém contra a sua vontade (*invito non datur beneficium*). Em outros termos, o problema pode ser sintetizado na seguinte pergunta: há fundamento constitucional que justifique a proteção do bem de família do devedor contra a sua própria vontade, mesmo quando a supressão voluntária da garantia não lesar interesses alheios?

A resposta a essa indagação não pode deixar de considerar que, mesmo quando a garantia legal for irrenunciável, o bem de família poderá ser livremente alienado pelo devedor. Seja qual for o interesse que lhe sirva de motivação para abdicar da garantia legal, o devedor pode simplesmente vender o bem para empregar o produto da venda na finalidade desejada. Ressalvada a hipótese do art. 1.647, I, do Código Civil, não se exige sequer anuência dos membros da família para a alienação total do bem²⁵¹. A irrenunciabilidade à garantia do bem de família, portanto, não serve para impedir, propriamente, a perda do imóvel residencial do devedor, mas apenas para dificultá-la. A manutenção de um asilo para abrigar a

familiar que residam no imóvel apenas o poder de obstar a constrição judicial do bem por dívidas do proprietário que não estejam listadas entre as exceções do artigo 3º.

²⁵⁰ Segundo Ernesto Garzón Valdés, “*El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esa medida*” (*¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. DOXA 5, 1988, p. 156. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2015).

²⁵¹ Em sentido contrário: “o valor advindo da expropriação do imóvel residencial, ou a alienação voluntária do bem ou o saldo resultante da venda judicial, é do devedor e não poderá servir para pagar coercitivamente credores não ressalvados, por isso que tais valores deverão ser destinados à aquisição de outros bens de família para substituir, em parte, aqueles desapropriados ou alienados judicialmente ou voluntariamente. Além do mais, a alienação do bem de família, residência do casal ou da entidade familiar, não se pode concretizar, para pagamento de dívidas de um dos seus membros, sem a anuência de todos, mesmo que sejam bens móveis que guarnecem a casa de moradia” (CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade...*, op. cit., p. 114-115).

pessoa humana é desejada pelo ordenamento jurídico, que, no entanto, não o impede de se desfazer da propriedade do bem caso esta seja sua real intenção.

Assim, considerando que o ato de se desprender do único imóvel residencial próprio exige certa maturidade do disponente, a vedação à simples renúncia à impenhorabilidade atua como um mecanismo para propiciar uma ponderação ao devedor, protegendo-o contra o impulso de um momento, à semelhança da função protetiva desempenhada pela exigência de forma no contrato de doação²⁵². Especialmente no caso de renúncia antecipada, assim considerada aquela manifestada anteriormente ao processo de execução, a vedação tutela o devedor contra a chamada “miopia individual”, isto é, o risco de ele não dimensionar adequadamente os futuros impactos de sua decisão. Eis, portanto, o terceiro fundamento para a impossibilidade de renúncia *prima facie* à proteção do bem de família legal: evitar que o devedor abra mão da garantia por um impulso irrefletido ou por mera pressão do credor nas tratativas de um negócio jurídico.

Não obstante as diversas funções que justificam, como regra, a irrenunciabilidade à garantia do bem de família, é possível que, a partir da avaliação dos interesses em concreto, o ato de renúncia seja merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico²⁵³. Diversas razões podem

²⁵² Sobre a proteção do doador por meio da solenidade exigida, como regra, no contrato de doação (art. 541 do Código Civil de 2002), Agostinho Alvim esclarece que “A razão por que a doação exige forma está em que tal contrato vai de encontro ao instinto de egoísmo, visto acarretar empobrecimento, sem nenhuma compensação de ordem econômica. Por isso mesmo, o doador está mais sujeito à coação e às seduções de várias ordens; outras vezes, o vexame de negar o oprime; também pode acontecer que obedeça a um impulso de momento, que o leve à prática de um ato de liberalidade, do qual breve se arrepende. É devido a estas circunstâncias a que está exposto o doador que a lei impõe forma à doação, o que o obriga a refletir” (*Da doação*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 55).

²⁵³ Semelhante raciocínio se aplica à irrenunciabilidade dos direitos da personalidade. Como explica Capelo de Souza, “Dado o carácter essencial, necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana (v.g. a vida, o corpo, a liberdade e a honra), não são, em princípio, reconhecidas ao sujeito activo dos poderes jurídicos decorrentes da tutela geral da personalidade, apesar de subjectivados, as faculdades *jurídicas* de os extinguir [...]” (*O direito geral de personalidade*, op. cit., p. 404-405). Não obstante, observa o autor português que “embora os poderes jurídicos integrantes da tutela geral da personalidade estejam em princípio fora do comércio e sejam indisponíveis nas relações com os outros seres, tal não impede que no interior da esfera pessoal de cada indivíduo se verifiquem mutações juridicamente tuteladas emergentes do poder de autodeterminação do homem” (ibidem, p. 407). Entre nós, dispõe o art. 11 do Código Civil que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. À primeira vista, o dispositivo parece negar qualquer efeito ao consentimento do titular no campo dos direitos da personalidade, no entanto, é pacífico o entendimento de que nem toda limitação voluntária ao exercício de tais direitos deve ser reprimida pelo ordenamento jurídico. Sobre o tema, explica Anderson Schreiber que “Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio ‘fundamento da liberdade’, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa” (*Direitos da personalidade*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27).

motivar o devedor a abdicar, voluntariamente, da garantia legal voltada à proteção da sua própria moradia, tais como o interesse econômico em ter acesso a um crédito, capaz de atender a necessidades da própria entidade familiar ou de terceiros²⁵⁴, ou o interesse moral do devedor que, por motivos religiosos, deseja permitir a penhora do bem de família. Dada a unidade do ordenamento jurídico, assegurada pela centralidade da Constituição²⁵⁵, serão as circunstâncias do caso concreto, à luz da carga axiológica constitucional, que darão a última palavra acerca da possibilidade ou impossibilidade de renúncia à garantia do bem de família²⁵⁶.

Ao se debruçar sobre as circunstâncias em que se deu a renúncia, o intérprete poderá verificar que, naquele caso concreto, deve ser tutelado o poder de autodeterminação como instrumento para realização das escolhas necessárias ao atendimento da dignidade humana, ainda que o devedor possa vir a ser prejudicado no futuro pelo eventual desacerto de sua própria decisão²⁵⁷. Não se trata de preservar a autonomia privada como um valor em si mesmo, como se toda e qualquer proteção da pessoa contra a sua própria vontade fosse

²⁵⁴ A regra de exceção contida no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90, autoriza a penhora do bem de família “para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”. De acordo com a interpretação que vem sendo dada ao dispositivo na jurisprudência, somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia real for prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro. A questão será abordada adiante neste capítulo. Por ora, o interessante é perceber que, pelo critério adotado, se a dívida garantida por hipoteca do bem de família beneficiou a família, a penhora é possível por força de lei. Já a hipótese de a dívida ser contraída com a finalidade de atender a interesses relevantes de terceiros pode suscitar reflexões em torno do debate sobre a possibilidade de renúncia à garantia legal.

²⁵⁵ Conforme esclarece Gustavo Tepedino, o ordenamento jurídico, que é composto por diversas fontes normativas e não se resume ao direito positivo, somente alcançará unidade se for assegurada a centralidade da Constituição Federal. E só há que se falar em ordenamento jurídico se houver unidade (Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 9-12).

²⁵⁶ No mesmo sentido, embora analisando a discussão sobre a natureza imperativa ou facultativa da aplicação de outra regra – no caso, a do art. 944 do Código Civil de 2002 –, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho sugere não ser possível estabelecer, em todos os casos, a facultatividade (ou imperatividade) da aplicação da norma, sob o seguinte fundamento: “A razão que embasa a assertiva anterior reside no reconhecimento da tutela privilegiada dos princípios e valores constitucionais e sua aplicação (direta) às relações privadas, na unidade interpretativa do sistema jurídico, e na funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas ao controle de merecimento de tutela com base no projeto constitucional” (Art. 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 786).

²⁵⁷ Importante registrar que a identificação e a delimitação dos critérios que devem orientar o intérprete na verificação das hipóteses em que a renúncia à proteção do bem de família pode ser validada em concreto transcendem o alcance desta dissertação. Pretende-se, por ora, apenas relativizar a afirmação de que a impenhorabilidade do bem de família não comporta renúncia porque afeta à ordem pública, na medida em que tal premissa não pode ser generalizada em abstrato.

repelida pelo ordenamento jurídico²⁵⁸. A vontade individual, por si só, não é um valor, mas um setor vazio²⁵⁹. Na vigência da Carta Constitucional de 1988, a atuação da vontade individual é remodelada pela observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial que integram o Estado Social de Direito delineado pelo constituinte²⁶⁰.

De todo modo, por se tratar de hipótese excepcional, em que a proteção ao patrimônio mínimo – isto é, a própria função do bem de família legal – é afastada intencionalmente pelo devedor a fim de atender a outros interesses, deve o intérprete proceder a um exame atencioso de todas as circunstâncias do caso concreto, não apenas para ponderar adequadamente os interesses em conflito, mas também para perquirir, com segurança, a sua vontade abdicativa. Não basta assegurar a inexistência de vícios do consentimento que tornariam o ato anulável, nos termos gerais dos negócios jurídicos. A necessidade de cautela que de ordinário se recomenda no exame da renúncia tácita adquire relevo especial no que tange à proteção do bem de família, na medida em que, como visto, um dos fundamentos que embasam a vedação *prima facie* à renúncia consiste em evitar que o devedor coloque sua moradia em risco por um ato irrefletido.

Assim, a análise das circunstâncias do caso concreto deve ser criteriosa de modo a evitar o aproveitamento, pelo credor, de eventual debilidade ou fragilidade negocial do devedor. Para que seja válida a renúncia antecipada à impenhorabilidade do bem de família,

²⁵⁸ Cite-se, como exemplo de restrição legal – de cunho paternalista – à autonomia privada patrimonial, a vedação à doação universal de bens sem reserva de usufruto, consagrada no art. 548 do Código Civil (“É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”), como se pode inferir do escopo da norma: “Encontrado o comentário de que a inspiração deste dispositivo é de ordem moral, não se concebendo que o doador mutile de forma tão grave sua própria sorte em benefício alheio. Enfoca-se a situação de miserabilidade em que se encontraria o doador, se de todos os bens que compõem o seu patrimônio viesse a se despojar, por meio da chamada doação universal” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et alli. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 229). Ainda que a regra também tenha por finalidade preservar o crédito, já que o patrimônio desempenha a função de garantia geral dos credores, como analisado no primeiro capítulo, pode-se afirmar que o principal fundamento da proibição à doação universal é a preservação de um patrimônio mínimo capaz de assegurar uma subsistência digna ao doador. O referido dispositivo é, inclusive, indicado por Luiz Edson Fachin como um dos fundamentos da teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana (*Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 100).

²⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale* apud SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 27.

²⁶⁰ “Com efeito, a autonomia privada não é mais concebida como um valor em si mesmo e postula um positivo juízo de merecimento por meio da observância de outros princípios também fundamentais, especialmente, o de tutela da dignidade da pessoa humana. E é justamente a tutela da pessoa, como corolário da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição da República, valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, por isso, responsável pela sua unidade. Diante disso, tanto o ato de autonomia privada patrimonial, quanto o ato de autonomia privada existencial somente alça merecimento de tutela a produzir os efeitos jurídicos desejados se conduzidos ao pleno desenvolvimento da pessoa” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada...*, op. cit., p. 85).

não pode remanescer qualquer dúvida sobre a vontade do renunciante, pois a abdicação há de ser fruto de uma decisão devidamente ponderada, que não decorra de um impulso irrefletido ou de pura pressão do credor nas tratativas do negócio. Tal assertiva torna ainda mais difícil se conceber a validade da renúncia à garantia do bem de família na contemporaneidade, diante das transformações na sociedade de massa, onde a maioria dos contratos celebrados é de adesão²⁶¹. Seja no âmbito das relações de consumo, seja nos contratos de adesão civis, o ordenamento jurídico protege a parte aderente com fundamento na desigualdade de poder negocial, proscrevendo, em cada disciplina à sua maneira, a renúncia a direitos²⁶².

No julgamento do Recurso Especial nº 554.622, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “a impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais”²⁶³. No caso, duas peculiaridades justificaram a excepcionalidade: (i) a renúncia foi manifestada expressamente por um casal de engenheiros experientes, perante um tabelião, em ato lavrado por escritura pública no qual se constituíram fiadores²⁶⁴ e (ii) os credores haviam celebrado contrato de permuta com uma empresa de engenharia por meio do qual cederam a casa onde moravam em troca de dois apartamentos no prédio que seria construído no local, mas acabou não sendo, ficando assim privados de um lar para abrigar suas famílias²⁶⁵. Assim, após afirmar que o

²⁶¹ “Decerto, a autonomia privada como concebida na visão liberal sempre encontrou obstáculos práticos nas relações contratuais, pois a igualdade entre os contratantes é uma ficção criada pelo direito. As revoluções do século XVIII representaram a consagração dos ideais liberais burgueses, mas também tiveram como consequências a massificação da produção e da distribuição de bens e serviços. As relações contratuais, antes pensadas de forma individualizada, tornaram-se padronizadas: a intensificação da comercialização em massa correspondeu, no plano negocial, ao surgimento do contrato *standard*. Está-se diante de uma ‘manifestação jurídica da moderna vida econômica’” (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia...*, op. cit., p. 17).

²⁶² No que tange às relações consumeristas, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor considera abusivas – e, portanto, nulas de pleno direito – as cláusulas que impliquem renúncia a direitos (inciso I) ou estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (inciso IV), considerando-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (§1º). Por sua vez, no âmbito das relações contratuais não consumeristas, o art. 424 do Código Civil estabelece que “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Sobre o tema, v. SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia...*, op. cit.

²⁶³ STJ, REsp nº 554.622/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., j. 17/11/2005.

²⁶⁴ O voto do relator, ministro Ari Pargendler, transcreve trecho do acórdão recorrido que analisa tal circunstância: “No caso concreto, estamos diante de um casal de Engenheiros Civis, pessoas maiores, capazes e pertencentes a uma casta intelectual de pouco mais de 2% da população brasileira. Longe estão de serem reputadas pessoas ingênuas, de poucas luzes e que se deixam ludibriar com facilidade. Mais. O ato que imputam de nulo foi lavrado por escritura pública, perante Tabelião, cujo qual portou por fé o documento. Significa dizer que o instrumento que dá suporte à pretensão executiva dos agravados não foi confeccionado em um escritório qualquer, suprimindo-se dos agravantes a transparência e liberdade volitiva contratual. Os agravantes compareceram espontaneamente à serventia e lá, perante o Tabelião, expressaram as suas vontades, de forma livre e consciente” (STJ, REsp nº 554.622/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., j. 17/11/2005).

²⁶⁵ Muito embora o acórdão não mencione se outros familiares dos fiadores residiam no imóvel de cuja proteção se abdicou, os quais acabariam prejudicados pela renúncia feita pelo casal, foram devidamente ponderados os interesses dos credores que estavam em jogo, conforme se infere do voto do ministro Carlos Alberto Menezes

benefício do bem de família legal é de ordem pública, o voto do relator ponderou que “Tudo tem limites, todavia, e nenhum regramento genérico pode ser aplicado em concreto se contrariar o princípio da boa-fé objetiva”.

Em conclusão, pode-se afirmar que, via de regra, a garantia da impenhorabilidade do bem de família legal é irrenunciável, pelos seguintes motivos: (i) porque se destina à proteção de interesses existenciais que gozam de primazia na tábua axiológica da Constituição e, portanto, concernem à ordem pública; (ii) porque não tutela apenas interesses do devedor, estendendo-se a proteção aos membros de sua família residentes no imóvel; e (iii) porque a vedação à renúncia atua como um mecanismo para propiciar uma maior reflexão ao devedor, mesmo na falta de outros beneficiários da garantia legal, protegendo-o contra o desfazimento do imóvel que lhe serve de moradia no impulso de um momento. Excepcionalmente, contudo, poderá reputar-se válida a renúncia à garantia do bem de família, quando verificado que a intenção abdicativa foi inequivocamente manifestada pelo devedor no caso concreto com o propósito de atender a interesses relevantes que mereçam a tutela do ordenamento jurídico.

2.2. O bem de família dado em garantia de dívida

O bem de família involuntário, por ser disponível, pode ser objeto de garantia real com a finalidade de proteger o credor contra a possível insolvência do devedor²⁶⁶. Ao contrário do

Direito: “No caso, há uma inversão de bem de família, ou seja, o devedor tirou o bem de família do credor e, nessa medida, o bem de família que foi retirado por um ato que configurou uma enganação, um rompimento da boa-fé objetiva, não está alcançado por aquele precedente que, de forma geral, entendeu que, na verdade, não pode haver a renúncia do bem de família, mas isso, é claro, admitindo-se a hipótese da normalidade. Quando se enfrenta uma peculiaridade dessa natureza, que está configurada nos autos, ou seja, três famílias pobres e, portanto, sem cultura, sem saber específico, que habitam em uma mesma casa pequena e são procuradas por uma empresa de engenharia, que lhes oferece uma permuta de bem, pega o terreno para construção e lhes oferece dois apartamentos nesse mesmo prédio, não vindo a cumprir a obrigação, e já tendo sido retirado o bem de família dessas pessoas, que hoje são as credoras, evidentemente não se pode aplicar a solução técnica adotada em um caso no qual não havia tal peculiaridade. Como disse o Senhor Ministro Ari Pargendler, há certas circunstâncias que justificam uma interpretação ampliada que agasalhe a proteção do direito, vinculada à idéia de justiça, no sentido de que o objetivo da lei positiva é o de realizar a justiça, desde que compatível com interpretação possível dentro do sistema jurídico brasileiro. E, no caso concreto, essa interpretação é compatível com o sistema jurídico brasileiro por dois motivos fundamentais: primeiro, porque não existe nenhum dispositivo de lei que desautorize a renúncia, que foi uma interpretação dada pelos Tribunais, para preservar o bem de família, o que deve ser resguardado; segundo, porque, no caso concreto, como o precedente e a lei não decorreram, especificamente, de situação presente neste caso, em que há peculiaridade a justificar interpretação também coerente com o princípio de proteção do bem de família. Interpretando dessa maneira, estamos, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, protegendo o bem daqueles que foram lesados no seu bem de família, por ato incompatível com a boa-fé objetiva” (STJ, REsp nº 554.622/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª T., j. 17/11/2005).

²⁶⁶ Como observa a doutrina, “não podem ser objeto de direitos reais de garantia os bens inalienáveis, os que se encontram fora do comércio e os insuscetíveis de apropriação. De fato, o pressuposto fático da garantia real

que sucede com o bem de família consensual, o imóvel residencial e os bens móveis que o garantem, de que trata a Lei nº 8.009/90, podem validamente constituir garantia real visando assegurar ao titular do crédito o recebimento da dívida, embora haja opiniões divergentes sobre o ponto na doutrina²⁶⁷.

Como o legislador não impôs restrições ao *jus abutendi*, a hipoteca do bem de família involuntário é válida mesmo quando este remanescer impenhorável após o ato de disposição²⁶⁸. Note-se que, ao menos em tese, o credor pode ter interesse em tomar o bem de família sabidamente impenhorável como garantia real, dado o caráter itinerante e informal do instituto²⁶⁹. Isso porque, por ocasião de eventual constrição judicial do bem no futuro, o devedor e sua família podem, por exemplo, não mais estar residindo no imóvel ou, ainda, ter adquirido outro imóvel residencial de menor valor, o qual passará a ser blindado pela impenhorabilidade por força do art. 5º, parágrafo único, da lei do bem de família.

O problema, contudo, consiste em identificar os efeitos que a constituição da garantia produz na proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao bem de família. A garantia real, em regra, confere ao credor o poder de executar o bem, promovendo a sua venda judicial a fim de se pagar pelo produto da venda. Logo, é preciso investigar quando a prestação da garantia real pelo dono do bem de família será apta a afastar o manto da impenhorabilidade assegurado pela Lei nº 8.009/90, possibilitando a sua excussão pelo credor em caso de inadimplemento.

reside na disponibilidade do objeto, sem a qual se afigura impossível a excussão judicial com vistas à satisfação da dívida, que representa, em última análise, a segurança do credor” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et alli. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 857). Araken de Assis, citando a obra de Paul Bureau: “calha assinalar que alguns sistemas jurídicos, incluindo o do Texas, proibiram tanto a alienação do bem de família, quanto a constituição de hipoteca, na suposição de que ‘*l’hypothèque était considérée jadis comme plus dangereuse, au point de vue économique et social, que l’aliénation directe*’. Ao invés, a Lei 8.009/1990 autoriza ambos os negócios de disposição” (*Manual da execução*, op. cit., p. 299).

²⁶⁷ Cite-se, por exemplo, a lavra de Arnaldo Rizzardo: “Há várias categorias de bens que estão fora do comércio, ou cuja alienação depende de lei especial, destacando-se os bens públicos. Dentre os indisponíveis, ou que sofrem restrições, destacam-se, dentre outros, os imóveis sobre os quais incide a impenhorabilidade (Lei nº 8.009, de 29.03.1990), e o bem de família, que fica isento de execução na forma do art. 1. 715 (art. 70 do Código de 1916). Tem-se como nula de pleno direito a instituição de direito real de garantia em tais bens, ou em bens que forem gravados com a cláusula de inalienabilidade imposta por testamento ou doação, como permite o art. 1.911 (art. 1.676 da lei civil de 1916)” (*Direito das Coisas*, op. cit., p. 1021).

²⁶⁸ Marco Aurélio Bezerra de Melo argumenta que “à primeira vista, parece que os bens absolutamente impenhoráveis não podem ser objeto de garantia, pois o destino final do bem dado em garantia pode ser a constrição judicial. Contudo, o art. 1.433, IV, do Código Civil, que cuida dos direitos do credor pignoratício, permite que a venda do bem apenado seja amigável, ocasião em que não se fará necessário a penhora e, portanto, não haverá óbice para que se constitua penhor sobre coisa impenhorável” (*Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 389).

²⁶⁹ Esclarece o voto do ministro José Delgado, no julgamento do REsp nº 440/974/PR, que “A existência de regra jurídica prevendo, abstratamente, a impenhorabilidade de determinada espécie de bem, não o alça à situação definitiva de ‘inatingível’ e ‘imutável’, posto que tal dispositivo somente se concretiza dentro de uma relação processual (no caso, executória). Nesta oportunidade, dever-se-á observar a possibilidade ou não de tal ônus patrimonial recair sobre a propriedade afiançada ou se existe qualquer restrição legal para afastá-lo” (STJ, REsp nº 440/974/PR, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. 17/12/2002).

Como já referido em outras passagens desta dissertação, uma das hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família previstas pelo legislador refere-se à “execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar” (art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90). Cuida-se, portanto, de hipótese de disposição jurídica parcial do bem de família, expressamente autorizada pelo legislador, que lhe retira a imunidade contra a constrição judicial por dívidas do titular do bem²⁷⁰. Embora não se trate propriamente de uma renúncia tácita, já que a própria lei prevê abstratamente a exclusão da garantia na hipótese, fica evidente que o destinatário da norma pode, por ato voluntário, afastar a impenhorabilidade oferecendo o bem de família em garantia real de dívida²⁷¹.

A penhora do bem de família dado em hipoteca pela entidade familiar possui duplo fundamento: de um lado, prestigia-se a autonomia privada patrimonial, permitindo ao casal ou à entidade familiar o acesso a crédito por meio da oferta voluntária do bem em hipoteca; de outro lado, com fulcro no princípio da boa-fé objetiva²⁷², tutela-se a legítima confiança do credor hipotecário de que o imóvel que lhe foi ofertado em garantia poderá ser executado em caso de inadimplemento da dívida contraída. Seria possível, ainda, acrescentar argumentos de ordem econômica, na medida em que a disposição do bem de família contribui para o desenvolvimento da economia ao permitir a circulação de riquezas.

O dispositivo evidencia o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que a

²⁷⁰ No julgamento do REsp nº 1.141.732/SP, a ministra Nancy Andrighi observou que “a impenhorabilidade do bem de família é acidental e pode ser afastada pelos beneficiários, de modo tácito ou explícito, fazendo prevalecer a regra geral, que é a penhorabilidade dos bens. Nesse contexto, o art. 3º, V, da Lei nº 8.009/91 traduz hipótese clara de ato tendente ao afastamento da impenhorabilidade: ao manifestarem a vontade de oferecer o bem de família em garantia hipotecária, os beneficiários evidenciam, ainda que de forma implícita, sua intenção de liberar o bem da prerrogativa legal, desde que, em sintonia com o entendimento do STJ, a dívida tenha sido constituída em favor da entidade familiar” (STJ, REsp nº 1.141.732/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 09/11/2010).

²⁷¹ Segundo Araken de Assis, “O inciso [V do art. 3º] representa expressiva manifestação do princípio da disponibilidade da impenhorabilidade. Nada impede que o obrigado aliene a residência familiar para solver dívidas. Neste particular, a residência se distingue do bem de família [consensual], que é inalienável. Impenhorável que seja a residência, o proprietário pode realizar negócios jurídicos de disposição, e a regra cogita, entre outros, da instituição de gravame real. É lícito, portanto, constituir hipoteca e predestinar a residência da própria família à execução, como decidiu a 3ª Turma do STJ” (*Manual da execução*, op. cit., p. 299). Na jurisprudência, também se reconhece ser “indiscutível a possibilidade de se onerar o bem de família, oferecendo-o em garantia real hipotecária. A par da especial proteção conferida por lei ao instituto, a opção de fazê-lo está inserida no âmbito de liberdade e disponibilidade que detém o proprietário. Como tal, é baliza a ser considerada na interpretação da hipótese de exceção” (STJ, REsp nº 1.413.717/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 21/11/2013).

²⁷² Como princípio que rege as relações jurídicas, a boa-fé objetiva pode ser entendida, na famosa explicação de Cláudia Lima Marques, como “uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 107).

disposição do bem de família pode trazer vantagens à própria entidade familiar²⁷³. Não são poucas as famílias brasileiras que titularizam apenas um imóvel residencial e carecem de outros bens e direitos com conteúdo econômico que lhes permitam, servindo de garantia a credores, alavancar crédito para atendimento às mais diversas finalidades. Fosse o bem de família legal indisponível, muitas famílias ficariam privadas da possibilidade de celebrar contratos porventura importantes para a promoção da dignidade humana das pessoas que as integram. É de se notar, ainda, que a garantia da impenhorabilidade apenas surte efeitos práticos na eventualidade de a dívida não ser adimplida, isto é, na fase patológica da relação obrigacional, de modo que, de ordinário, a hipoteca constituída sobre o bem de família pode não trazer prejuízos materiais efetivos à moradia do devedor e de seus familiares.

Ainda no que concerne à oferta voluntária do bem de família em hipoteca como exercício legítimo da autonomia privada patrimonial, é importante que se realize um rigoroso controle sobre a livre manifestação de vontade pelo titular do bem. Sendo a moradia um direito fundamental social, elevado a este patamar pelo constituinte por ser intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, o ordenamento só deve admitir que o devedor disponha da garantia legal se estiver plenamente consciente dos riscos envolvidos em sua decisão. A disposição poderá reputar-se inválida, para além dos casos de vícios do consentimento, quando, resultando de constrangimento imposto pela parte forte na relação contratual, não for possível constatar o consentimento devidamente informado do devedor, conforme exigência do princípio da boa-fé objetiva.

De outro lado, a possibilidade de penhora facultada ao credor hipotecário atende aos ditames da solidariedade social e da boa-fé objetiva. Se o ordenamento permite que o bem de família seja dado em hipoteca pela entidade familiar, deve ser tutelada a legítima confiança do credor hipotecário de que, em caso de inadimplemento, aquela garantia voluntariamente constituída poderá ser executada para satisfação do seu crédito. Conferir ao devedor poderes para obstar a penhora depois de oferecer voluntariamente o bem em garantia significaria dar tutela jurídica a um comportamento contraditório, em afronta ao *nemo potest venire contra factum proprium*. A prova de que a tutela da confiança consiste em um dos fundamentos da ressalva legal sob exame está no fato de que a oneração do bem de família torna possível a sua penhora apenas na execução promovida pelo próprio credor hipotecário, e não por outros

²⁷³ Confirmando que o dispositivo tutela a autonomia privada patrimonial como instrumento para a realização de interesses da própria família, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que remanesce a impossibilidade de penhora quando a garantia real for constituída após o débito inicial, em instrumento de confissão de dívida (STJ, AgRg no Ag nº 960.689/MA, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª T., j. 24/06/2008).

credores quirografários ou mesmo preferenciais²⁷⁴.

A regra de exceção conta com o apoio da maior parte dos especialistas sobre o tema²⁷⁵, embora alguns a considerem incoerente com a função desempenhada pelo bem de família involuntário²⁷⁶. Ambas as posições são compreensíveis: se, por um lado, a privação total do poder de disposição do bem acabaria por frustrar a possibilidade de realização de interesses relevantes da família, por outro lado, o afastamento irrestrito da proteção do bem de família pelo livre oferecimento em garantia por parte do devedor poderia comprometer a finalidade do instituto, em muitos casos, sem uma razão jurídica justificante. Assim, deve-se buscar uma solução que concilie os interesses em conflito, identificando os requisitos necessários para a exclusão da impenhorabilidade do bem de família dado em garantia²⁷⁷.

Com efeito, o legislador perdeu a oportunidade de disciplinar a matéria com mais

²⁷⁴ A assertiva se extrai da redação do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90, que afirma ser inoponível a impenhorabilidade em processo movido “para execução de hipoteca”, e conta com o apoio da doutrina especializada: “Há hipóteses legais em que o devedor possuindo um só imóvel residencial próprio é excluído do benefício legal da impenhorabilidade. Ocorrendo uma dessas hipóteses, a penhorabilidade beneficia unicamente o credor especificado, o bem continua impenhorável para os demais” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 152). Rita Vasconcelos lembra, ainda, que “se o produto da alienação judicial for maior que a importância entregue para a satisfação do crédito, [...] a diferença deverá reverter em favor do devedor, operando-se a sub-rogação para incidir, sobre o remanescente, a impenhorabilidade legal” (*Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 78). Todavia, convém registrar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “O imóvel só prevalece como sendo bem de família em razão da sua destinação especial, ou seja, a proteção da família entendida esta na acepção mais ampla do termo. A partir do momento que o beneficiado ofertou o imóvel como garantia de dívida, presume-se que aquele bem deixou de revestir aquela qualidade especial que antes lhe fora conferida, passando, portanto, à categoria de bem penhorável apto a satisfazer crédito fiscal. Afigura-se descabida, portanto, a alegativa de que o produto de sua arrematação (por ser 'bem de família') só poderia servir para pagamento de crédito hipotecário” (STJ, REsp 440974/PR, Rel. Min. José Delgado, j. 17/12/2002, DJ de 10/03/2003). No caso, o bem de família fora dado em garantia ao credor hipotecário e, posteriormente, foi nomeado à penhora em execução fiscal e levado à hasta pública. Após a arrematação, alegou o credor hipotecário que o produto da venda somente poderia ser destinado ao pagamento do seu crédito, tendo o STJ decidido que somente os beneficiários da Lei nº 8.009 têm legitimidade para invocar a impenhorabilidade.

²⁷⁵ Cite-se, por exemplo, a opinião de Álvaro Villaça Azevedo: “Ao seu turno, mostra-se correta, ao meu ver, a possibilidade de penhora do bem de família, para execução de hipoteca sobre ele instituída, em razão do oferecimento do mesmo como garantia, pelo casal ou pelos conviventes (inciso V). Ora, se a situação de bem de família não retira de seu titular a possibilidade de aliená-lo, porque esse imóvel é, somente, impenhorável, nada impede que seja o mesmo oferecido como garantia hipotecária. Não seria justo, entretanto, que, favorecendo esse mesmo titular, devedor hipotecário, não pudesse o credor satisfazer-se de seu crédito, sobre o objeto da garantia ofertada” (*Bem de família*, op. cit., p. 211).

²⁷⁶ Considerando um equívoco do legislador por contrariar os fins sociais da Lei nº 8.009/90, argumenta Ricardo Arcoverde Credie: “O simples fato da possibilidade geral de alienação do bem de família obrigatório não a justifica. Uma coisa é a alienação voluntária, espontânea; outra, a alienação judicial coercitiva na execução por dívida, que repugna às novas normas. E a hipoteca possibilita essa execução, a apreensão e a hasta consequentes, todas destoantes dos próprios fins sociais almejados. O contrato de hipoteca permite, tanto quanto qualquer outro título de crédito, o mau uso do capital contra a segurança econômica da família e da sociedade, justamente o que se pretendeu evitar com a Lei n. 8.009. Tão paradoxal a regra, que no bem de família voluntário continua sendo vedado ao casal ou entidade familiar onerá-lo com hipoteca. Caso seja esta contratada, o oficial lhe negará o registro por absoluta incompatibilidade” (*Bem de família*, op. cit., p. 90-91).

²⁷⁷ Advirta-se, porém, que a presente dissertação tem por escopo estimular uma reflexão sobre o tema, despertando um debate que não costuma ser enfrentado na doutrina. Não se tem a pretensão de apresentar uma conclusão quanto aos requisitos que devem ser adotados e os critérios com base nos quais tais requisitos devem ser aferidos, por se tratar de proposta que requer uma pesquisa mais detida.

detalhes e de evitar, com isso, a insegurança jurídica que paira sobre o oferecimento do bem de família em garantia no direito brasileiro. Silenciou o legislador quanto a aspectos importantes sobre o tema, deixando de se pronunciar, de forma expressa, sobre (i) a necessidade de anuência (ou, ao menos, de ciência) dos membros da família beneficiários da norma quando o bem é de exclusiva propriedade do devedor, (ii) a relevância da finalidade da dívida garantida e dos interesses perseguidos com a oneração do bem e (iii) a possibilidade de constituição de outras garantias reais, que não a hipoteca, sobre o bem de família.

Nesse contexto, serão analisados a seguir os dois principais critérios que podem ser utilizados para a aferição dos requisitos necessários à exclusão do manto da impenhorabilidade na hipótese do artigo 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90; os efeitos de outras espécies de garantia real, distintos da hipoteca, sobre o bem de família; e, finalmente, outros institutos utilizados como instrumentos de controle do oferecimento do bem de família em garantia de dívida.

2.2.1. Os requisitos para a exclusão do manto da impenhorabilidade na execução do crédito hipotecário

No esforço de se identificar quando a constituição da garantia tem o condão de afastar a proteção legal do bem de família, o primeiro aspecto que merece atenção diz respeito a quem pode dar o bem de família em hipoteca. A lei civil estabelece que somente as pessoas que podem alienar podem validamente dar um bem em garantia, bem como que a coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos (art. 1.420, Código Civil)²⁷⁸. Logo, pela regra geral, o devedor proprietário do bem de família somente necessita da anuência dos demais beneficiários da proteção legal para oferecê-lo em hipoteca quando estes são cotitulares do domínio do imóvel.

Já na lei especial, autoriza-se a penhora do bem de família oferecido em hipoteca *pelo casal ou pela entidade familiar*. Embora atécnica a redação da regra, uma vez que os não-proprietários não podem celebrar direito real de garantia, a sua interpretação literal sugere que a validade da hipoteca do bem de família depende sempre da autorização dos demais

²⁷⁸ “Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. § 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono. § 2º A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver.”

membros da família residentes no imóvel. A imposição da anuência é coerente com a função do instituto, que serve, indiretamente, para tutelar a moradia não apenas do devedor, mas igualmente dos seus familiares. Sendo assim, independentemente da finalidade da dívida garantida pelo bem de família, o devedor, mesmo sendo proprietário exclusivo do imóvel, não poderia oferecê-lo em hipoteca sem o consentimento dos demais beneficiários da norma.

Não foi essa, todavia, a posição que se firmou na jurisprudência brasileira. Ao invés de se adotar o critério da anuência dos familiares, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia tenha sido prestada em benefício da própria entidade familiar²⁷⁹. Em outros termos, passou-se a perquirir se a garantia foi ofertada para constituição de dívida que se reverte em proveito da própria família, ainda que sem o consentimento expresso dos demais beneficiários da norma. Por conseguinte, deve-se averiguar, em cada caso, a natureza e quem são os beneficiários da dívida contraída, para então avaliar se a hipoteca se encontra ou não inserida na exceção legal. Quando o imóvel tenha sido dado em garantia hipotecária à dívida de terceiros – geralmente pessoas jurídicas – sem favorecer os membros da família, subsiste a impenhorabilidade do bem de família.

Por um lado, a tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça tem o mérito de pressupor que a disposição jurídica – no caso, parcial – do bem de família legal é autorizada pelo ordenamento como forma de propiciar vantagens à própria entidade familiar. Como visto, a autonomia negocial é o poder reconhecido ao sujeito de direito de regular com

²⁷⁹ “Nesta Corte, firmou-se entendimento segundo o qual o principal vetor que deve servir de norte à interpretação do dispositivo precitado vincula-se à aferição acerca da existência de benefício à entidade familiar em razão da oneração do bem (ainda que a lei não disponha expressamente nesse sentido)” (STJ, REsp nº 1.421.140 / PR; Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 03/06/2014); “O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a possibilidade de penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro” (STJ, AgRg no Ag 921.299/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 11/11/2008, DJe 28/11/2008); “Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/1990” (STJ, REsp 302.186/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 11/12/2001, DJ 21/2/2005); “A exceção do art. 3º, V, da Lei 8.009/90 não se aplica às hipóteses em que a hipoteca é dada em garantia de mútuo contraído por sociedade empresária cujo sócio é titular do imóvel gravado ou quando o empréstimo foi adquirido em benefício de terceiro. A impenhorabilidade do bem de família só não será oponível nos casos em que o empréstimo contratado foi revertido em proveito da entidade familiar” (STJ, AgRg no AREsp nº 48.975/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 17/10/2013, DJe 25/10/2013). No mesmo sentido, entre outros tantos: STJ, AgRg no AREsp n. 252.286/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 07/2/2013, DJe 20/2/2013; AgRg no REsp nº 1.187.442/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 03/2/2011, DJe 17/2/2011; STJ, AgRg no AREsp nº 296.696 – SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 06/10/2015, DJe 14/10/2015.

próprias manifestações de vontade interesses próprios ou alheios²⁸⁰. Logo, é possível que o oferecimento do bem de família em hipoteca venha a atender a interesses relevantes da própria entidade familiar, muito embora coloque em risco o patrimônio mínimo do devedor. O critério de origem pretoriana assegura que a garantia seja afastada somente nos casos em que o crédito ao qual se teve acesso por meio da hipoteca do bem de família efetivamente tenha se revertido em favor da entidade familiar, expandindo a proteção desta para além dos contornos expressos na lei. A supressão do benefício da impenhorabilidade teria como causa jurídica não apenas a vontade do titular do bem de família, mas também uma compensação para a família protegida pelo instituto.

Por outro lado, no entanto, nem sempre é trivial a tarefa de verificar se a garantia hipotecária foi ou não revertida em favor da entidade familiar, o que gera insegurança jurídica nas relações entre mutuantes e mutuários. Tal dificuldade pode se fazer presente mesmo nos casos em que o prestador da garantia é o próprio mutuário, já que o crédito obtido pode destinar-se à realização de um interesse estritamente individual, porventura contrário às aspirações dos demais membros da família. Mas é nos casos de dívidas garantidas por terceiro que o critério jurisprudencial se mostra mais problemático, como na hipoteca de bem de família do sócio dada em garantia de dívida da sociedade empresária. A despeito da personalidade jurídica própria e da autonomia patrimonial da sociedade, o que é bom para esta se presume também vantajoso, indiretamente, para o sócio interessado na maximização dos seus dividendos e na valorização de suas quotas ou ações.

A questão fica evidente quando o bem de família é dado em garantia real de dívida contraída por sociedade constituída pelos cônjuges ou companheiros. Em certa medida, tratando-se de empresa familiar, o crédito a que esta teve acesso por meio da hipoteca do bem de família sempre beneficiará a entidade familiar, ainda que remotamente. Com base nessa premissa, de acordo com alguns julgados recentes da 3ª Turma da Corte Superior, nos casos de sociedade empresária cujos únicos sócios são marido e mulher, há presunção de que os integrantes da família se beneficiaram do contrato, incumbindo aos proprietários, para que possam se valer da impenhorabilidade, o ônus da prova de que a família não se beneficiou do ato de disposição²⁸¹. Há, porém, decisões da 4ª Turma do mesmo Tribunal em sentido oposto,

²⁸⁰ De acordo com Pietro Perlingieri, a autonomia negocial diz respeito ao poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios (*O Direito Civil...*, op. cit., p. 334 e ss).

²⁸¹ Em seu voto proferido no REsp nº 1.413.717, acompanhado pelos demais ministros da 3ª Turma que participaram do julgamento, a ministra Nancy Andrighi asseverou o seguinte: “Ora, afigura-se um tanto quanto axiomático que a garantia de dívida de empresa da qual são únicos sócios marido e mulher reverte-se em

afastando a aludida presunção ao argumento de que, mesmo na sociedade constituída entre familiares, a dívida foi constituída em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio da entidade familiar²⁸².

Por trás das controvérsias ora retratadas, está a dificuldade de se apontar um requisito justo e seguro para o afastamento da proteção legal do bem de família dado em garantia. O critério do proveito da família restringe a autonomia de que dispõe o titular do bem para decidir quais são os interesses perseguidos pela oneração tidos como relevantes a ponto de justificar o comprometimento da proteção do instituto. De fato, tal solução jurisprudencial consiste em uma opção coerente com a primazia dos interesses existenciais determinada pelo constituinte, à medida que reforça a proteção da moradia familiar em detrimento da autonomia negocial do titular do bem. Todavia, o referido critério carece de um refinamento, não apenas em razão da imprecisão da própria noção do que seja proveitoso para a família, mas sobretudo pela importância de se refletir sobre a eventual necessidade de uma restrição mais acurada do âmbito de interesses que poderiam justificar o afastamento da garantia legal em tais hipóteses²⁸³.

O problema se agrava quando se leva em conta a confiança depositada no credor

favor destes e, conseqüentemente, em benefício da entidade familiar. Até mesmo porque, frise-se, o ‘terceiro’ a que alude o acórdão recorrido é a ‘empresa familiar’ (fl. 263, e-STJ) cujo quadro societário é composto exclusivamente pelo casal recorrido. [...] Em se tratando de exceção à regra da impenhorabilidade – a qual, segundo o contorno conferido pela construção pretoriana, se submete à necessidade de haver benefício à entidade familiar –, e tendo em conta que o natural é a reversão da renda da empresa familiar em favor da família, a presunção deve militar exatamente nesse sentido e não o contrário. [...] Imaginar que a família não se beneficie do êxito da atividade comercial de sua empresa contraria a lógica do natural e do conhecido. Assim, se isso é o que ordinariamente acontece, não pode ser ignorado pelo Juiz. Esse, aliás, é o comando do art. 335 do CPC, que autoriza a presunção judicial: ‘em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece [...]’. [...] Assim, em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de *venire contra factum proprium*), à autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família, considero salutar, à vista da jurisprudência do STJ, mas também em atenção ao disposto na Lei 8.009/1990, estabelecer que o proveito à família é presumido quando, em razão da atividade exercida por empresa familiar, o imóvel onde reside o casal (únicos sócios daquela) é onerado com garantia real hipotecária para o bem do negócio empresarial” (STJ, REsp nº 1.413.717/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 21/11/2013). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.480.892/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., DJe 16/09/2015; STJ, REsp 1421140/PR; Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 03/06/2014.

²⁸² “Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90. [...] Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90” (STJ, REsp nº 988.915/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 15/5/2012, DJe 8/6/2012); “A exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 deve se restringir aos casos em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios” (STJ, REsp nº 1022735/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 15/12/2009, DJe 18/02/2010).

²⁸³ Reitere-se que a tarefa é desafiadora, bem como que não se tem a pretensão de cumpri-la nesta dissertação.

hipotecário, à luz da boa-fé objetiva. A falta de parâmetros claros acerca das circunstâncias em que a oneração do bem de família é apta a afastar o manto da impenhorabilidade prejudica os credores que confiaram legitimamente na validade e na eficácia da garantia real que lhes foi oferecida voluntariamente pelo titular do bem²⁸⁴.

Diante da insegurança jurídica propiciada pelo critério de origem pretoriana, melhor seria que o legislador esclarecesse expressamente se o bem de família pode ser dado em garantia de dívida de terceiro, bem como, em caso positivo, se é relevante eventual proveito do negócio, mesmo que indiretamente, pela entidade familiar. É de suma importância que o credor tenha condições para avaliar, com razoável segurança jurídica, os riscos em que está incorrendo ao receber um bem de família em garantia real. A incerteza quanto ao alcance da exceção legal prevista no art. 3º, V, da lei prejudica não apenas os credores, receosos de serem surpreendidos no futuro com um obstáculo à satisfação do seu direito com o qual não contavam ao celebrar o contrato, mas também as próprias famílias protegidas pelo instituto, cujo acesso a crédito se torna mais restrito e oneroso.

Assim, a partir de uma interpretação que prestigia o aspecto funcional do instituto e confere maior segurança à incidência da regra de exceção, acredita-se que o critério da anuência dos demais membros da entidade familiar protegidos pela garantia não deve ser desprezado²⁸⁵. Como visto, na celebração de negócios jurídicos em que o bem de família seja

²⁸⁴ A crítica foi destacada no voto-vista da ministra Isabel Gallotti, no julgamento do REsp nº 988.915/SP, que sustentou a penhorabilidade do bem de família dado em garantia hipotecária de dívida contraída por sociedade familiar, cujas cotas pertenciam, em sua integralidade, ao casal que constituía a garantia real. Em seu voto, que acabou vencido na ocasião, a ministra observou que “a jurisprudência, no nobre escopo de proteger o direito à moradia familiar, não deve descuidar do princípio da boa-fé objetiva, basilar no Código Civil. Quanto menos valor for dado à vontade manifestada pelo devedor, no ato de constituição da garantia hipotecária, sendo ela invalidada no momento em que chamada a cumprir sua finalidade de garantir o pagamento da dívida, mais dificuldade terão os microempresários para conseguir crédito para desenvolver sua atividade econômica. A jurisprudência aparentemente protetiva acaba por prejudicar aqueles mesmos a quem, em princípio, pretendeu a Lei 8.009/90 resguardar, assegurando-lhes o direito de contar com bem apto a servir de garantia” (STJ, REsp nº 988.915/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 15/5/2012, DJe 8/6/2012).

²⁸⁵ No mesmo sentido, Carlos Gonçalves entende necessária intervenção de “todos os integrantes da família (o casal e os filhos menores devidamente representados) ou da entidade familiar por todos aqueles que a constituem” (*Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 167). Em opinião divergente, Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos entende ser exigida a anuência apenas na hipótese do art. 1.647, I, do Código Civil, concluindo que “No caso das uniões estáveis, quem institui a hipoteca é o titular do bem – o titulares se o bem estiver em condomínio, nos termos da Lei 9.278/96, art. 5º - sendo válida a garantia ainda que não declarada a convivência. É comum que, mesmo incidindo a presunção de condomínio ou o regime de comunhão parcial de bens (CC, art. 1.625) sobre o patrimônio dos companheiros, o imóvel esteja registrado apenas em nome de um deles; nesse caso, é válida a hipoteca instituída pelo respectivo titular, independentemente de eventual discussão sobre o condomínio ou a comunhão. [...] Se a entidade familiar é constituída pelo devedor solteiro que vive com seus pais, e este devedor institui a hipoteca sobre o bem destinado à residência da família, o imóvel deixa de ser impenhorável perante o credor hipotecário, independentemente da anuência dos ascendentes. Do mesmo modo, o ascendente não necessita do assentimento dos filhos para oferecer o bem de família, de sua propriedade, como garantia real” (*A Impenhorabilidade do Bem de Família e as Novas Entidades Familiares*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 68-69).

instituído como garantia real, a jurisprudência não tem se prendido ao exame da manifestação de vontade dos beneficiários da norma, embora esta exija que a garantia real tenha sido oferecida *pelo casal* ou *pela entidade familiar*, ressalva feita a alguns julgados isolados²⁸⁶.

Note-se que o consentimento pode ser exigido sem prejuízo do requisito do efetivo benefício da família, a despeito de sua imprecisão conceitual, ou de outro que seja capaz de individualizar os interesses merecedores de tutela que devem prevalecer sobre a garantia legal. Cuida-se de um pressuposto cuja presença pode ser facilmente verificada pelo magistrado no caso concreto e que vai ao encontro da tutela prioritária da moradia dos membros da família. A princípio, estes, os próprios destinatários da proteção legal, são mais indicados e aptos para decidir, no lugar do juiz, se a disposição do bem de família lhes será benéfica em cada caso, mesmo que a dívida garantida seja de terceiros²⁸⁷.

Ainda de acordo com a interpretação que ora se propõe, a falta de anuência não deve comprometer a validade da garantia real oferecida pelo proprietário isoladamente, mas apenas autorizar que os interessados se oponham, no curso de eventual execução futura, à penhora do bem de família hipotecado, impedindo a constrição judicial. Ao credor incumbe se precaver adotando as medidas cabíveis para verificar a existência de familiares residentes no imóvel dado em hipoteca, podendo exigir que o próprio proprietário firme declaração a respeito no instrumento contratual.

²⁸⁶ É digno de nota o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em posição isolada, levou em conta o critério da anuência da companheira do titular do bem. No caso, a hipoteca do imóvel foi ofertada sem a outorga da companheira do devedor, com que este vivia em união estável há mais de trinta anos. Considerando essa circunstância, a sentença de 1º grau julgou procedente em parte a pretensão da companheira deduzida em embargos de terceiro, para resguardar o percentual de 50% do valor do imóvel por ocasião da sua venda judicial. Interposta apelação pela instituição financeira, a 4ª Câmara de Direito Comercial do TJ/RS negou provimento ao recurso e, de ofício, decretou a impenhorabilidade total do imóvel constringido, sob o seguinte fundamento: “De início, cabe refutar a alegação do apelante no tocante à falta de outorga uxória. O fato de a qualificação do devedor constar como solteiro não gera efeitos jurídicos em relação à embargante apelada. Há nos autos prova suficiente de sua relação estável com o devedor, por mais de trinta anos, e isto é bastante para lhe garantir os direitos previstos na legislação, independentemente de qualquer qualificação contratual efetuada perante o banco apelante. Ela possui, portanto, os direitos de esposa. Ademais, houve casamento religioso entre a apelada e o devedor. [...] Não se aplica ao caso a exceção prevista no art. 3º, V, do mesmo diploma legal, pois a hipoteca não foi oferecida pelo casal ou pela entidade familiar, conforme exige a Lei, mas, tão-só, pelo marido. É de ser dito que a interpretação desta norma não permite qualquer elasticidade que venha a prejudicar a entidade familiar. Como corolário, a hipoteca ofertada é nula e não gera qualquer efeito jurídico” (TJ/SC, AC nº 2004.018881-1, Rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, 4ª Câmara de Direito Comercial, j. 24/09/2009).

²⁸⁷ A exigência de consentimento dos familiares para a constituição de garantia real desperta uma interessante discussão a respeito da necessidade de anuência para a hipótese de alienação do bem de família legal. Por uma questão de coerência sistemática, as restrições à instituição de ônus reais não devem ser mais rigorosas que aquelas a que se submete a alienação do bem de família. É de se refletir, portanto, como sugestão *de lege ferenda*, se também não deveria ser exigida a anuência dos demais beneficiários da Lei nº 8.009/90 para a alienação do bem de família involuntário. Nesse caso, acredita-se que o legislador deveria dispensar a necessidade de oitiva do Ministério Público e de nomeação de curador especial, havendo filhos menores, tal como exigido pelo Código Civil em relação ao bem de família convencional (art. 1.717 c/c art. 1.692), admitindo que o assentimento se dê em sede extrajudicial, independentemente de formalismos excessivos.

Não se ignora o risco de o devedor agir de má-fé e celebrar o negócio omitindo do credor a existência de familiares que habitam no imóvel²⁸⁸. Nesses casos, deverá o intérprete realizar uma valoração das circunstâncias do caso concreto, a fim de concluir se deve subsistir a garantia dos familiares protegidos pela norma mesmo diante da torpeza do devedor. Para tanto, deverão ser considerados parâmetros objetivos como a finalidade da dívida garantida (pois quando evidente que o ato beneficiou a família, é de se presumir que todos os membros teriam anuído) e a diligência do credor na busca de outros possíveis beneficiários da proteção que recai sobre aquele imóvel (como dever anexo decorrente do princípio da boa-fé objetiva).

Outro risco inevitável é o de novos parentes passarem a residir no imóvel já hipotecado, caso em que se poderia questionar a admissibilidade da penhora. Via de regra, o ingresso superveniente de novos familiares não prejudicará a possibilidade de excussão da garantia real, pois isso frustraria a legítima expectativa do credor hipotecário e geraria enorme insegurança jurídica às relações negociais, além de dar ampla margem para o cometimento de fraudes²⁸⁹.

2.2.2. Efeitos da constituição de outras garantias reais, distintas da hipoteca, sobre o bem de família involuntário

Ainda no que tange ao alcance da regra de exceção contida no inciso V do artigo 3º da lei, merece atenção o problema relativo à constituição de garantias reais distintas da hipoteca. Como o dispositivo exclui da impenhorabilidade apenas a “execução de hipoteca”, discute-se se a exceção legal também abarca outros instrumentos de garantia real, tais como a caução no contrato de locação, o penhor, a anticrese e a alienação fiduciária em garantia. O problema está intimamente ligado à controvérsia hermenêutica atinente à possibilidade de interpretação

²⁸⁸ Em acórdão que foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, o problema foi examinado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos seguintes termos: “[...] surge o imbróglio: aquele que, quando da formação de um contrato, omitindo a situação de manter união estável e oferecendo imóvel em hipoteca, pode, posteriormente, na ação de execução, evocar o benefício da instituição do bem de família? A meu ver, sim. Não impressiona o silêncio do consumidor perante o ente financeiro em relação a sua vida marital com determinada pessoa, se não foi indagado a respeito, e se naquela oportunidade apontou seu status jurídico de divorciado, quando então toda cautela seria do credor, no que se afasta, desde logo, tese de litigância de má-fé” (TJ/DF, processo nº 0004926-19.2004.807.0000, Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, 3ª Turma Cível, j. 04/04/2005).

²⁸⁹ Contudo, deve-se observar, mais uma vez, que a solução para o problema deve ser construída em cada caso, pela consideração de todas as suas peculiaridades, tais como as referentes à motivação da mudança superveniente, ao tempo de moradia decorrido até a efetivação da penhora e à finalidade da dívida garantida. Assim, excepcionalmente, a partir da avaliação dos interesses em concreto, não é impossível que a proteção da moradia daquele parente que não anuiu com a disposição do bem (porque nele não residia à época) seja merecedora de tutela à luz dos valores consagrados na Constituição.

extensiva das exceções legais à impenhorabilidade do bem de família, referida no primeiro capítulo desta dissertação.

No que diz respeito ao imóvel residencial dado em caução em contrato de locação²⁹⁰, a jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça não admite a penhora²⁹¹. Argumenta-se que a hipótese não está incluída entre as exceções previstas na Lei nº 8.009/90, não se confundindo com aquela prevista no inciso V do artigo 3º²⁹², bem como que a indicação do imóvel como garantia não importa em renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família, em razão da natureza de norma cogente. Não raro, porém, surgem decisões nos Tribunais de Justiça estaduais em sentido contrário à orientação da Corte Superior, admitindo a penhora do bem de família dado em caução na locação urbana, ora por aproximá-la da hipoteca, ora da fiança, para o efeito de enquadrá-la nas hipóteses excludentes do artigo 3º, incisos V ou VII, da aludida lei²⁹³.

De fato, a tese da renúncia tácita à garantia do bem de família não parece ser a solução para o problema, à vista das dificuldades para a sua caracterização já analisadas neste capítulo. Ademais, também não merece prosperar o argumento de que a hipótese não está prevista expressamente entre as exceções legais, sob a premissa de que estas não comportam interpretação extensiva. Conforme já ponderado, a propalada premissa hermenêutica não se reveste de caráter absoluto no direito civil constitucionalizado, em que toda norma deve ser interpretada levando-se em conta o ordenamento jurídico como um todo, a partir da centralidade da Constituição Federal.

²⁹⁰ A caução é prevista, no art. 37, I, da Lei nº 8.245/91, como uma das modalidades de garantia admitidas nas relações locatícias de imóvel urbano. De acordo com o *caput* do art. 38 do citado diploma legal, “A caução poderá ser em bens móveis ou imóveis”.

²⁹¹ STJ, REsp nº 866.027/SP, Rel. Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), 5ª T., DJ 29/10/2007; STJ, AgRg no REsp nº 1.334.693/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 25/06/2013, DJe 01/08/2013; STJ, AgRg no REsp nº 1.108.749/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 31/08/2009.

²⁹² “Em execução fundada em crédito decorrente de contrato locatício (art. 585, IV, do CPC), não é possível afastar a impenhorabilidade de bem de família com base na exceção do art. 3º, V, da Lei 8.009/90, que cuida exclusivamente da hipótese de ‘execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real’” (STJ, AgRg no Ag nº 1.153.724/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 29/03/2010). Na doutrina, cite-se a opinião de Luiz Carlos Pacheco e Silva, para quem “é preciso considerar que a Lei nº 8.245/91, embora tenha instituído a caução como forma de garantia na locação urbana (artigo 37, inciso I), ela não foi contemplada em seu artigo 82, que adicionou novo caso de exclusão da regra de impenhorabilidade circunscrito apenas à ‘obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’. Fosse outra a intenção do legislador, certamente, a figura da caução imobiliária poderia ter sido expressamente incluída como exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família” (Bem de Família, Fiança e a Lei nº 8.245/91 – Questões Polêmicas. In: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord). *Bem de família*, op. cit., p. 104).

²⁹³ Com arrimo na hipoteca (art. 3º, V), citem-se TJ/SP, Ap nº 992.04.003258-1, Rel. Des. Andrade Neto, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 10/02/2010; TJ/RS, Ap nº 70017262072, Rel. Des. Ergio Roque Menine, 16ª Câmara Cível, j. 29/11/2006. Por sua vez, com fulcro na fiança (art. 3º, VIII), citem-se TJ/SP, Ap nº 087395-62.20098.26.0000, Rel. Des. Mendes Gomes, 35ª Câmara de Direito Privado, j. 14/03/2011; TJ/SP, Ap nº 990.10.294071-3, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado, j. 09/11/2010.

O exame da natureza da caução prevista na Lei nº 8.245/91 não se insere no escopo desta dissertação²⁹⁴. Em que pese a controvérsia em torno da expressão utilizada pelo legislador, parece acertada a posição de que, quando a referida caução recair sobre bem imóvel, ter-se-á verdadeira hipoteca, estando, portanto, a hipótese abarcada na exceção do inciso V do artigo 3º da Lei nº 8.009/90. Porém, mesmo que se filie à corrente que entende tratar-se de espécie anômala de garantia, distinta dos tradicionais direitos reais de garantia previstos no Código Civil (hipoteca, penhor e anticrese), será possível aplicar à espécie a regra do citado dispositivo legal, interpretada extensivamente. A leitura funcional do dispositivo induz à conclusão de que, ao contrário do que sustenta a tese dominante na jurisprudência, pode ser admitida a penhora do imóvel residencial dado em caução no contrato de locação urbana quando presentes os requisitos do referido inciso, tais quais os exigidos para a execução do crédito hipotecário²⁹⁵.

Já o penhor, que efetivamente constitui um direito real de garantia não mencionado expressamente pelo legislador no rol das hipóteses de penhorabilidade do bem de família, encontra-se abrangido pela norma de exceção, a despeito do argumento recorrente na doutrina e na jurisprudência de que tais hipóteses devem ser interpretadas restritivamente. O duplo fundamento do dispositivo – autonomia privada patrimonial como instrumento para a realização de interesses da própria família e tutela da confiança legítima do credor com garantia real – aplica-se igualmente ao penhor. Se, na defesa de tais interesses, a lei admite afastar a proteção do imóvel que serve de moradia à entidade familiar do devedor, com maior razão deverá tolerar a supressão da impenhorabilidade de móveis que guarnecem a residência.

²⁹⁴ Para os fins desta dissertação, é suficiente observar que a doutrina se divide entre aqueles que consideram que o termo *caução* foi empregado na lei de locação urbana de forma atécnicamente, como sinônimo de *garantia real*, e aqueles que entendem cuidar-se de uma nova modalidade autônoma de garantia, restrita ao âmbito locatício e menos formal que as garantias reais tradicionais. Comentando o artigo 38 da lei, Maria Helena Diniz sustenta que “O artigo *sub examine* cuida da caução real como garantia da locação. A idéia de caução real liga-se ao patrimônio ou aos bens do próprio devedor ou de outrem. Esta caução se dará quando o próprio devedor, ou alguém por ele, destina todo ou parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação contraída. Se incidir sobre bem móvel do locatário, ter-se-á penhor, se recair sobre bem imóvel seu, configurar-se-á hipoteca, e se disser respeito ao usufruto desse imóvel, constituir-se-á anticrese” (*Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 137). Já os que defendem que a caução locatícia é uma nova modalidade de garantia real afirmam que ela prescinde de escritura pública mesmo quando tem por objeto um imóvel, sendo constituída pela averbação do contrato particular de locação no Registro de Imóveis.

²⁹⁵ Suponha-se, por exemplo, que o locatário, buscando alugar um imóvel maior que possa acomodar confortavelmente toda a sua família, ofereça em “caução”, com o consentimento de todos os familiares, o único imóvel de sua propriedade, que se encontra locado para terceiros. Na hipótese, em caso de inadimplemento, deve-se admitir, a princípio, que o locador promova a excussão do bem de família dado em garantia, na medida em que a oneração beneficiou toda a entidade familiar, permitindo que residisse em imóvel mais amplo. Já na caução oferecida por terceiro estranho à locação, a impenhorabilidade poderá ser arguida, a despeito da quebra da confiança depositada no locador, por prevalecer, na hipótese, os interesses superiores protegidos pelo bem de família.

Há, ainda, um segundo argumento que embasa a admissibilidade da penhora do bem de família móvel empenhado. É que o penhor comum se dá pela transferência efetiva da posse direta de um bem móvel ao credor, com o objetivo de garantir determinada obrigação²⁹⁶. Cuida-se, portanto, de um contrato real, pois se constitui com a tradição da coisa empenhada ao credor, conferindo-lhe o direito à posse direta²⁹⁷. Sendo assim, ao celebrar o contrato de penhor, o bem móvel objeto da garantia deixa automaticamente de prover a residência e, nesse exato momento, perde a qualidade de bem de família. Por ocasião de eventual penhora do bem empenhado, a garantia da Lei nº 8.009/90 não incidirá pela falta de um dos seus requisitos, qual seja, a destinação para fins de moradia. Talvez por esse motivo, aliado à presunção de que os bens móveis passíveis de penhor especial não constituem, via de regra, bens de família, tenha o legislador se omitido quanto ao penhor entre as exceções à garantia.

A mesma observação é cabível em respeito à anticrese, que também pressupõe a transferência da posse do imóvel para o credor, momento em que este deixará de servir ao fim protegido pelo bem de família. Ademais, a anticrese não confere ao credor anticrético o poder de executar o bem diante do inadimplemento da obrigação principal, o que, a princípio, torna despropositada a discussão quanto à penhorabilidade do bem de família. Ela concede apenas o direito de retenção e de seqüela dos frutos e rendimentos auferidos do imóvel, conforme se infere do disposto no artigo 1.423 do Código Civil²⁹⁸. Tal regra reflete a própria essência da anticrese, na medida em que o credor anticrético satisfaz seu crédito com a apropriação dos frutos e não com o preço obtido na venda²⁹⁹. Assim, a única discussão que poderia remanescer quanto a esse direito real de garantia diz respeito à necessidade de anuência dos demais familiares residentes no imóvel, além da hipótese já exigida pelo artigo 1.647, I, do Código Civil. Considerando que a constituição da anticrese automaticamente os privará de uma moradia, a menos que o titular do bem lhes proporcione uma alternativa, deve ser exigido o assentimento por interpretação analógica do artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90, com maior razão que na garantia hipotecária.

²⁹⁶ A regra está prevista no *caput* do art. 1.431 do Código Civil: “Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação”. Por sua vez, há penhores especiais que dispensam o desapossamento, conforme dispõe o parágrafo único do mesmo dispositivo: “No penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar”.

²⁹⁷ “Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito: I – à posse da coisa empenhada; [...]”.

²⁹⁸ “Art. 1.423. O credor anticrético tem direito a reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga; extingue-se esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição”.

²⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et alli. *Código Civil...* Vol. III, op. cit., p. 859.

Por fim, resta examinar a interessante hipótese da alienação fiduciária em garantia³⁰⁰. Sendo o bem de família disponível, nada impede, a princípio, que o titular transfira a sua propriedade fiduciária ao credor, a fim de garantir o cumprimento de prestação a que se obrigou. Com isso, o credor fiduciário se torna o proprietário do bem de família, embora de forma limitada e resolúvel, já que destinada a atender ao escopo de garantia. Já o devedor fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal³⁰¹. Como se nota, ao contrário do que sucede no penhor comum, a alienação fiduciária em garantia, em si, não desnatura a natureza do bem de família (móvel ou imóvel), que continua na posse do devedor³⁰². Por outro lado, considerando que o bem objeto da garantia se encontra no patrimônio do credor, torna-se irrelevante a sua impenhorabilidade, na medida em que a satisfação da dívida prescinde de constrição judicial.

A polêmica diz respeito tanto à validade da alienação fiduciária em garantia do bem de família quanto ao alcance da imunidade do bem de família, se admitida a validade do negócio fiduciário, em relação ao leilão público extrajudicial de que trata o artigo 27 da Lei nº 9.514/97. Seria o pacto adieto nulo por violar os fins sociais perseguidos pela Lei nº 8.009/90? Considerando a irrenunciabilidade *prima facie* à proteção do bem de família, seria vedado ao titular do bem de família transferir a propriedade fiduciária ao credor com o fim de garantir o adimplemento de obrigação? A proteção do bem de família deve alcançar qualquer procedimento expropriatório, ainda que extrajudicial? Se admitida, a alienação fiduciária em garantia deve observar os mesmos requisitos da regra de exceção prevista no artigo 3º, inciso V, da lei, referente à garantia hipotecária?

As questões acima vêm sendo debatidas nos diversos Tribunais de Justiça estaduais do país. No Rio de Janeiro, um tabelião do Registro de Imóveis suscitou procedimento de dúvida quanto à possibilidade de averbação da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, tendo em vista que a propriedade fiduciária recaía sobre um bem de família³⁰³. O

³⁰⁰ No direito brasileiro, a alienação fiduciária em garantia foi inicialmente prevista para bens móveis pela Lei nº 4.728/65. Posteriormente, seu âmbito de aplicação foi estendido, de modo que, atualmente, pode ter como objeto tanto bens móveis quanto imóveis, fungíveis ou infungíveis (vide Leis nº 9.514/97, nº 10.931/04 e nº 11.481/07, além do Código Civil, arts. 1.361 e seguintes).

³⁰¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 222.

³⁰² Como visto no primeiro capítulo desta dissertação, o bem de família involuntário protege, em algumas hipóteses, terceiros que não são proprietários, mas apenas possuidores do bem.

³⁰³ O caso versava sobre contrato de alienação fiduciária em garantia, celebrado em nome de Petrótica Laboratório e Equipamentos Ltda. ME, pelos interessados, casados entre si e sócios, no qual ofereceram, voluntariamente, imóvel residencial de propriedade de ambos, para alienação fiduciária em garantia. Vencida a dívida e não paga, o Banco Bradesco constituiu em mora os fiduciantes, nos termos do art. 26 da Lei nº 9.514/97. Estes, por sua vez, apresentaram contra notificação ao ofício registral argumentando que a garantia legal do bem

Conselho da Magistratura do TJ/RJ decidiu que “o imóvel foi livremente dado em alienação fiduciária em garantia pelo garantidor, que, com isso, abriu mão de sua propriedade, passando-a para o credor”, bem como que “a situação é bem diferente do caso de penhora judicial realizada sobre bem de propriedade do devedor”³⁰⁴. O acórdão faz menção, ainda, à má-fé do prestador da garantia, que passaria a se beneficiar da própria torpeza com a invocação do bem de família.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, também tem prevalecido o entendimento de que é válida a alienação fiduciária do bem de família em garantia³⁰⁵. Argumenta-se, em suma, que a Lei nº 8.009/90 não torna o bem de família inalienável, podendo o proprietário renunciar à proteção legal³⁰⁶. Ademais, sustenta-se que deve ser aplicada, por analogia, a exceção prevista no art. 3º, inciso V, do referido diploma legal³⁰⁷. Há, no entanto, acórdãos que mantiveram

de família torna o imóvel absolutamente impenhorável, o que deve prevalecer sobre a renúncia expressa realizada por seus proprietários no contrato de empréstimo bancário. O procedimento de dúvida foi rejeitado tanto pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis/RJ, quanto pelo Conselho da Magistratura do TJ/RJ.

³⁰⁴ TJ/RJ, Processo nº 0005634-55.2014.8.19.0042, Rel. Des. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, Conselho da Magistratura, j. 13/11/2014.

³⁰⁵ TJSP, AI nº 0061690-79.2013.8.26.0000, Rel. Jacob Valente, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 13/08/2013; TJSP, AI nº 2067166-64.2013.8.26.0000, Rel. Sandra Galhardo Esteves, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 20/02/2014; TJ/SP, Apelação nº 4002332-72.2013.8.26.0564, Rel. Des. Mourão Neto, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 17/03/2014.

³⁰⁶ TJ-SP, Cautelar Inominada nº 0172067-54.2012.8.26.0000, Rel. Des. Melo Bueno, 35ª Câmara de Direito Privado, j. 26/11/2012, DJ 27/11/2012.

³⁰⁷ A seguir, transcreve-se trecho de acórdão proferido pela 33ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP em ação anulatória de negócio jurídico proposta em face de uma instituição financeira. No caso, em 30/01/2012, as partes celebraram um contrato de mútuo bancário, tendo por objeto a abertura de crédito no valor total de R\$ 43.115,48, com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia do imóvel residencial dos próprios mutuários. Na ação, os mutuários alegavam, entre outros argumentos, que a impenhorabilidade do bem de família obsta a alienação fiduciária do imóvel próprio do casal como garantia real, ponto que foi rebatido no acórdão sob a fundamentação que segue: “[...] não obstante a lei mencionada tenha instituído a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, nada impede que os consortes, renunciando à proteção da lei, voluntariamente alienem ou gravem o patrimônio comum para fim de prestar garantia em contratos em geral e, especialmente, em contrato de financiamento. Cuida-se de opção que não pode ser retirada do titular do domínio. Ou seja, não se tratando de hipótese de inalienabilidade, pode a entidade familiar livremente dispor do patrimônio comum como melhor lhe aprouver, inclusive para dá-lo em garantia real da obrigação assumida perante terceiros, situação, que, aliás, encontra-se expressamente prevista como exceção à impenhorabilidade legal (art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90). Sem prejuízo do acima exposto, ainda que por mera hipótese se pudesse admitir que o âmbito de proteção do bem de família engloba também a inalienabilidade do imóvel residencial próprio do casal (o que, é bom frisar, não se poderia cogitar sem a importante ressalva de que uma norma de tal natureza afrontaria a Constituição Federal, por instituir intervenção injustificável do Estado na liberdade das pessoas de contratar e de dispor de seu patrimônio da maneira como bem entenderem), é importante mencionar que a Lei 8.009/90, que disciplina o bem de família, é anterior à Lei 9.514/97, que introduziu a modalidade de alienação fiduciária de bem imóvel em garantia no direito brasileiro, de modo que, entre as exceções à impenhorabilidade do imóvel pertencente à entidade familiar, não poderia, realmente, constar a constituição da propriedade fiduciária, porque inexistente tal modalidade de garantia real à época da edição da lei protetiva. À vista disso, não se podendo exigir do legislador que à época da edição da Lei n. 8.009/90 previsse todas as modalidades de garantia real a serem instituídas futuramente pela ordem jurídica brasileira e em atenção aos princípios de hermenêutica, segundo os quais, *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir), deve-se aplicar, por analogia, o disposto no art. 3º, V, da indigitada lei, que excetua a impenhorabilidade para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal, justamente

decisão antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional para evitar a consolidação extrajudicial da propriedade em favor do credor fiduciário, considerando a possibilidade, em tese, de vir a ser reconhecida a “impenhorabilidade” fundada em bem de família³⁰⁸.

A polêmica quanto à alienação fiduciária em garantia do bem de família ainda não foi enfrentada a fundo pelo Superior Tribunal de Justiça³⁰⁹. No julgamento do REsp nº 1.395.275/MG, em voto que acabou vencido por questões de ordem processual, o ministro Luis Felipe Salomão deu provimento ao recurso para impedir, em sede de antecipação de tutela recursal, o registro na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade do bem de família em nome do credor. Em síntese, o ministro entendeu aplicável a mesma lógica do inciso V do artigo 3º, que trata do crédito hipotecário, com a interpretação restritiva da Corte Superior pela qual a penhorabilidade do bem de família fica limitada às hipóteses em que a dívida seja constituída em favor da entidade familiar (e não em favor de terceiros, como no caso). Transcreve-se a seguir os argumentos articulados sobre o ponto:

[...] não parece razoável supor que a proteção do bem de família só possa ocorrer no momento de uma penhora em execução judicial, pois seria forma de renegar a proteção legal em diversas outras situações, reduzindo sobremaneira o âmbito de sua aplicação.

[...] A leitura atenta da norma, contudo, deve se dar de forma mais abrangente, de forma a alcançar qualquer procedimento expropriatório (judicial ou extrajudicial) que venha a atingir um bem afetado como sendo de família.

[...] Na hipótese, os recorrentes deram o imóvel - no qual residem há 30 (trinta) anos com a família - em garantia fiduciária de empréstimo bancário tirado em favor de terceiro, pessoa jurídica, da qual o varão era sócio.

[...] Dessarte, diante da firme jurisprudência desta Corte que prestigia a preservação do bem de família entregue em garantia real de empréstimo em favor de terceiro (sociedade empresária), quando a dívida não é voltada para o núcleo familiar, penso

porque se trata de negócio jurídico com finalidade análoga (alienar o imóvel em garantia real) que apenas é realizado pela entidade familiar por meio de outra modalidade de garantia, qual seja, a alienação fiduciária do imóvel” (TJ/SP, Apelação nº 4002332-72.2013.8.26.0564, Rel. Des. Mourão Neto, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 17/03/2014).

³⁰⁸ Nesse sentido, a 11ª Câmara de Direito Privado ponderou que “não se está tratando verdadeiramente de ‘impenhorabilidade’, porque não consta já exista execução em andamento e, nela, pedido ou ordem para penhora do bem em questão. Portanto, a questão da ‘impenhorabilidade’ não passa de mote da pretensão deduzida, a qual, no fundo, busca preservar o ‘status quo’, evitando-se o desapossamento e/ou alienação do bem dado em garantia, ao menos enquanto não ficar decidida a demanda de revisão. E nessa esteira é de se reconhecer a prudência da decisão recorrida, visto que a jurisprudência tem sido no sentido de proteger o único imóvel da família, quando a dívida da qual se originou a hipoteca do imóvel residencial dos devedores não se deu em prol do fomento da moradia digna, mas sim para garantir o pagamento da Cédula de Crédito Bancário Empréstimo para capital de giro, cujo crédito foi concedido a empresa (TJ/SP, AI nº 2217932-95.2014.8.26.0000, Rel. Des. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 24/02/2015).

³⁰⁹ Em pesquisa realizada no dia 29/12/2015 na jurisprudência da Corte Superior, sob os parâmetros de busca “bem de família”, “garantia” e “fiduciária”, foram localizados apenas dois acórdãos que tratavam da hipótese (STJ, AgRg no REsp nº 1.503.037/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 20/08/2015, DJe 28/08/2015; e STJ, REsp nº 1.395.275/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 22/04/2014, DJe 20/08/2014). Em ambos os casos, as decisões recorridas eram de natureza precária e provisória, de modo que o julgamento preocupou-se mais com questões processuais, como a revisibilidade da tutela de urgência, que com a questão material ora analisada.

que se deva aplicar as regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

[...] Desta forma, não se podendo perder o norte finalístico do instituto, verifica-se que, independente da garantia real conferida, tanto numa hipótese como na outra, a razão de proteção deve ser a mesma, qual seja, a manutenção do bem de família que, pela sua gênese, não poderá ser objeto de expropriação (STJ, REsp nº 1.395.275/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 22/04/2014, DJe 20/08/2014).

O acerto do voto se revela na medida em que nele a Lei nº 8.009/90 foi interpretada em perspectiva funcional, superando o dogma da subsunção³¹⁰. A tese de que a lei protege o bem de família apenas contra a *penhora judicial*, ou de que a sua regra de exceção (art. 3º, V) somente autoriza a constrição em caso de *garantia hipotecária* (tendo, portanto, como consectário lógico que o bem de família pode ser dado em alienação fiduciária em garantia de qualquer dívida, sem a incidência da proteção em nenhuma hipótese), resulta de um enquadramento automático e mecânico do fato à norma, mediante a leitura exclusivamente estrutural do instituto. Também padece do mesmo vício – ou seja, resulta de um silogismo de lógica formal – a interpretação que sugere, em sentido oposto, que a lei somente autoriza a disposição parcial do bem de família na hipótese estrita do inciso V (constituição de *garantia hipotecária*), de modo que a sua alienação fiduciária em garantia seria nula de pleno direito (ou de modo que, ainda que fosse válida, a proteção do bem de família haveria de prevalecer).

Em conclusão, pode-se afirmar que, sob a ótica funcional, a caução no contrato de locação, o penhor e a propriedade fiduciária são, assim como a hipoteca, instrumentos de garantia aptos a possibilitar acesso a um crédito. A finalidade, comum a todos eles, é proteger o credor dos prejuízos que podem resultar do inadimplemento obrigacional, embora esta função se realize por estruturas e procedimentos distintos em cada caso. Considerando, pois, a *ratio* da lei, que admite restrições à tutela do patrimônio mínimo do devedor em prol de outros interesses que podem ser realizados por meio da disposição parcial do bem de família, não há justificativa para que o afastamento da proteção legal se restrinja à hipoteca, sem abarcar outros instrumentos de garantia real constituídos voluntariamente pela entidade familiar. Logo, a constituição de outras espécies de garantia real sobre o bem de família é

³¹⁰ Conforme ensina Pietro Perlingieri, é preciso individualizar o contexto de significado no qual uma proposição jurídica está situada, bem como a sistemática de um texto jurídico. Partindo-se da identificação do campo de aplicação (do texto) com referência a fatos concretos, ganha espaço o recurso à adequação, à razoabilidade, à proporcionalidade e à coerência, que atribuem ao texto um significado apropriado a uma determinada circunstância de fato. Como se nota, a superação do positivismo meramente linguístico evidencia o reenvio do direito positivo a elementos extrapositivos, seja o elemento social (necessária correlação entre fato e norma, considerando o direito como fator de uma realidade global), seja o direito natural. Supera-se, portanto, a técnica da subsunção (*Direito civil...*, op. cit., p. 604-606).

válida e apta a autorizar a penhora quando presentes os requisitos exigidos no artigo 3º, V.

2.2.3. Outros instrumentos de controle do oferecimento do bem de família em garantia

Como visto, o controle do oferecimento voluntário do bem de família legal em garantia de dívida deve pautar-se na análise funcional deste instituto. Os conflitos de interesses envolvendo a constituição de garantia real sobre o bem de família podem (e devem) ser solucionados à luz da finalidade prático-social da regra contida no inciso V do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, sem limitar-se à estrutura do instituto rigidamente definida pelo legislador. Assim, a interpretação teleológica e axiológica dos parâmetros adotados em abstrato para que a exceção legal do dispositivo opere seus efeitos, à luz dos interesses constitucionalmente relevantes, deve orientar o intérprete na resolução dos conflitos que envolvam o bem de família dado em garantia.

Todavia, não raro, outros institutos são invocados na jurisprudência como instrumentos de controle do oferecimento do bem de família em garantia, especialmente a vedação ao benefício da própria torpeza³¹¹, a teoria do abuso do direito³¹² e a proibição de

³¹¹ A torpeza, do latim *turpis* (infame, vil, ignóbil), “resulta de qualquer ato vergonhoso, imoral, ou desonesto, de todo ato que possa ofender o decoro e os bons costumes, de toda ação de maldade e de infâmia. Pode formular-se por atos, por fatos, ou por palavras, onde se destilem a ignominia, a vergonha, a desonestidade” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1141). Sendo a torpeza juridicamente repelida, o direito não tolera que alguém seja ouvido quando alega a própria má-fé, como se infere do brocardo *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Reprime-se, com o princípio de alegação da própria torpeza, a torpeza, o dolo, a malícia de quem praticou uma conduta inicial (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 176). A sua aplicação pressupõe, portanto, a investigação da intenção subjetiva do agente. Cuida-se de um princípio geral de direito, extraído, pelo raciocínio indutivo, a partir de diversas regras do ordenamento jurídico, formuladas para hipóteses específicas, na mesma direção. Reconhecida a incompletude do sistema jurídico, atuam os princípios gerais de direito como fontes secundárias de direito, suprindo as lacunas da lei na forma do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao lado da analogia e dos costumes.

³¹² A evolução da teoria do abuso do direito é marcada por três momentos históricos relevantes, a saber: (i) os julgados inovadores pelos tribunais franceses na virada do século XIX para o século XX; (ii) a consagração da autonomia dogmática da figura, em meados do século XX; e, finalmente, (iii) o advento da metodologia civil-constitucional no final do século XX. A figura do abuso do direito tem origem pretoriana, tendo surgido como forma de reação das cortes francesas ao absolutismo dos direitos subjetivos, já que era preciso conter os excessos da liberdade individual nos casos concretos levados a juízo. Na sua acepção contemporânea, a teoria reconhece que os limites de determinada situação jurídica subjetiva não decorrem apenas da sua estrutura lógico-formal, mas também do seu fundamento axiológico, superando a concepção absolutista dos direitos subjetivos. A noção de abuso como exercício em contrariedade à natureza teleológica e materialmente fundada no próprio direito subjetivo é sustentada, entre outros, por Fernando Augusto Cunha de Sá: “Ora, o abuso do direito é, precisamente, o fenómeno revelador que de o direito subjectivo não pode ser abstractamente encarado com meros termos conceitualistas, que o mesmo é dizer formalistas, pois que em certa e determinada situação, experimentalmente concreta, podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjectivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjectivo (*Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 456). Nesta acepção, portanto, consagra-se o abuso como uma categoria jurídica que goza de autonomia em relação ao ato ilícito:

comportamento contraditório³¹³. De modo geral, tais institutos são mencionados para embasar o afastamento da proteção legal do bem de família oferecido em garantia de dívidas, ora como argumentos de reforço nas decisões que admitem a penhora com fulcro no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90, ora como fundamentos para uma solução do caso concreto distinta da usualmente adotada nos precedentes das cortes.

Na primeira aplicação, a invocação das aludidas figuras desempenha o papel de corroborar o acerto da resposta legal pela ênfase à necessidade de tutela daqueles interesses que já seriam protegidos pela aplicação dos requisitos legais, conferindo maior legitimidade à decisão judicial³¹⁴. Já na segunda função, diante das peculiaridades de determinado caso, o

enquanto este se opõe à estrutura do direito, ultrapassando os seus limites formais, o ato abusivo observa a configuração jurídico-formal, mas ofende o sentido normativo interno do direito, isto é, o valor que lhe serve de fundamento jurídico. Ademais, o critério para aferição do exercício abusivo é objetivo, pois independe da intenção emulativa do titular do direito. Na perspectiva civil-constitucional, reconhecida a funcionalização dos institutos do direito civil, o exame do aspecto funcional possibilita verificar se determinada situação jurídica subjetiva está sendo concretamente exercida em conformidade com o valor que lhe serve de fundamento jurídico. Reputa-se abusivo, portanto, o exercício disfuncional da situação jurídica subjetiva, como destaca Pietro Perlingieri: “O abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil...*, op. cit., p. 683-684).

³¹³ Na clássica definição de Weber, citada por António Menezes Cordeiro, “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente” (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2013, p. 742). Fundado na boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) e com assento constitucional na solidariedade social (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal), o princípio da proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) visa à tutela da confiança legitimamente despertada entre as partes da relação obrigacional. Como já consolidado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, a boa-fé objetiva, além de exercer as funções de cânone interpretativo e de criação de deveres anexos (tais como os deveres de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação), também desempenha o papel de limitar o exercício de posições jurídicas, de que é exemplo o chamado *nemo potest venire contra factum proprium*. De forma cada vez mais recorrente, tal princípio vem sendo aplicado em outros campos além do direito das obrigações. Segundo a doutrina especializada, são quatro os pressupostos para aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório, a saber: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição (SCHREIBER, Anderson. *A proibição...*, op. cit., p. 132).

³¹⁴ Cite-se, como exemplo, o acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.141.732/SP, de relatoria da ministra Nancy Andrighi. No caso, eram fatos incontroversos que (i) os recorrentes voluntariamente ofereceram em garantia hipotecária seu único imóvel, onde residem com seu filho; bem como que (ii) o bem foi dado em garantia de dívida assumida por seu filho, oriunda da aquisição de um estabelecimento comercial. Assim, como reconhecido no voto da ministra, “a dívida em questão foi assumida em prol da entidade familiar, composta pelo casal de recorrentes e por seu filho”, fato suficiente para afastar o manto da impenhorabilidade, conforme o critério adotado pela jurisprudência da Corte. Não obstante, prosseguiu o voto argumentando o seguinte: “Vale acrescentar, por oportuno, que a proteção conferida ao bem de família deve sempre levar em consideração a conduta dos respectivos beneficiários. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. [...] Com efeito, a tendência moderna de propagação de normas propensas ao equilíbrio das relações sociais e negociais deve obrigatoriamente vir acompanhada, como contrapartida, da coibição de abusos que impliquem reversão da situação de desequilíbrio, colocando o credor à mercê do devedor. [...] Ademais, o fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família – circunstância que os próprios recorrentes fizeram questão de ressaltar – foi certamente sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, sabedores de que o ato implicaria renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que agora, ante à

recurso aos referidos instrumentos pode ser útil para justificar uma solução individualizada que resulte da valoração em concreto do ato de disposição do bem de família, o que deve ser feito sempre à luz dos comandos constitucionais.

Como exemplo desta última aplicação, cite-se o acórdão proferido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.200.112/RJ, cujo teor se passa a analisar. No caso, o bem de família fora dado em garantia para viabilizar o ingresso de pessoa jurídica no Programa de Recuperação Fiscal³¹⁵ e, a despeito do parcelamento da dívida, houve inadimplemento. Por ocasião do leilão do bem, os prestadores da garantia alegaram que o mesmo era impenhorável. O voto vencedor do julgamento na Corte Especial, após aludir à farta jurisprudência segundo a qual a indicação do imóvel residencial em garantia não implica renúncia ao benefício legal, observou que

O caso, todavia, não se enquadra nos precedentes citados. Com efeito, nos julgados em referência, não há indicação de que o devedor tenha agido de má-fé ou com abuso de direito. No caso de que ora se cuida, o proprietário do bem agiu de maneira deliberada, consciente de que a garantia ofertada era iníqua, mas suficiente para permitir-lhe desfrutar de benefício fiscal sabidamente indevido. Não se pode tolerar que da utilização abusiva do direito, com violação inequívoca ao princípio da boa-fé objetiva, possa advir benefício para o seu titular que exerceu o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico. Segundo consta do acórdão recorrido, não foi a primeira vez que Ricardo Pereira Marques e Flávia Pereira Marques ofertaram o bem em garantia para a obtenção de benefício legal e, quando executada a garantia, simplesmente alegaram a impenhorabilidade do bem. Dito de outra forma, disse o acórdão recorrido que os proprietários tem atuado de maneira reiteradamente fraudulenta, valendo-se do bem de maneira abusiva, com consciência e vontade, para a obtenção de benefício sabidamente indevido. Um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é o da boa-fé objetiva que deve reger todas as relações jurídicas, de modo que nenhum ato, contrato ou direito pode ser exercido sem observância deste princípio. É nesse contexto que deve ser examinada a regra de impenhorabilidade do art. 1º da Lei 8.009/90, que, antes de ser absoluta, comporta temperamentos ditados pelo princípio da boa-fé objetiva (STJ, REsp nº 1.200.112/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 07/08/2012).

Embora o julgado se sujeite a críticas de diversas ordens³¹⁶, o importante é notar que,

sua inadimplência, os recorrentes usem esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivale à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexecutável, esvaziando-a por completo” (STJ, REsp nº 1.141.732/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 09/11/2010).

³¹⁵ O artigo 3º, §4º, da Lei nº 9.964/00, dispõe que “Ressalvado o disposto no § 3º, a homologação da opção pelo Refis é condicionada à prestação de garantia ou, a critério da pessoa jurídica, ao arrolamento dos bens integrantes do seu patrimônio, na forma do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997”.

³¹⁶ No caso, o oferecimento do imóvel em garantia, feito por ambos os cônjuges, visava a favorecer terceiro (a sociedade empresária), e não a própria família, conforme reconhecido no acórdão recorrido. Não foi levado em consideração, assim, o critério de criação pretoriana que considera como fator determinante para a penhorabilidade do bem de família o proveito obtido pela família em decorrência da constituição da garantia. Além de ignorar a finalidade da garantia, deixando de analisar a eventual existência de benefício indireto da família, o acórdão não menciona se no imóvel residia algum outro familiar protegido pela Lei nº 8.009/90, além do casal que prestou a hipoteca, fato que se mostra relevante na ponderação dos interesses em conflito. Ademais, ao longo do voto, em nenhuma passagem se buscou perquirir se a vontade manifestada pelos prestadores da

considerando circunstâncias peculiares do caso, decidiu-se por afastar a proteção legal do bem de família com base em institutos que podem auxiliar o intérprete na identificação dos efeitos do ato de disposição. Nota-se que o acórdão não seguiu o entendimento majoritário na jurisprudência segundo o qual somente é possível a penhora quando a dívida garantida pelo bem de família reverter em proveito da entidade familiar. E, mesmo reconhecendo que a imunidade do bem de família é irrenunciável, a decisão afastou tal garantia, referindo-se à má-fé dos prestadores da garantia, ao abuso do direito, ao princípio da boa-fé objetiva e, ainda, à fraude na obtenção do benefício fiscal.

De fato, considera-se abusiva a entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexecutável, esvaziando-a por completo³¹⁷. Tal conduta pode resultar de má-fé do devedor, não se devendo tolerar que este dela se aproveite, *a priori*, por força do princípio geral de direito que proíbe que alguém se beneficie ao alegar a própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Sob outra ótica, o oferecimento do bem de família em garantia fora da hipótese do artigo 3º, V, da Lei nº 8.009/90 pode significar uma afronta à boa-fé objetiva, que serve de critério axiológico-normativo à configuração do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas – no caso, o poder de disposição – pelo titular do bem. A eventual alegação de impenhorabilidade, por ocasião da execução da dívida, constituiria um comportamento contraditório, vedado em nosso ordenamento pelo *nemo potest venire contra factum proprium*.

Não obstante, é preciso ter cautela para se afastar o manto da impenhorabilidade do bem de família com arrimo nos citados institutos. De início, a atenção que ora se recomenda ao intérprete deve se voltar ao juízo de censura do comportamento do devedor que oferece o bem de família em garantia, na medida em que nem sempre é tranquila, nos casos de que se cogita, a caracterização da má-fé ou mesmo da violação à boa-fé objetiva, ensejadora do abuso do direito. A valoração do comportamento do devedor deve se dar em dois momentos: na constituição da garantia real e na posterior invocação da sua impenhorabilidade.

Sob o prisma subjetivo, não é possível afirmar que age de má-fé o devedor sempre que

garantia resultou, efetivamente, de uma decisão devidamente ponderada. Por fim, ressalte-se que o acórdão menciona ter havido obtenção fraudulenta do benefício fiscal (pois o bem dado em garantia era sabidamente impenhorável), o que pode sugerir, ao mesmo tempo, que ao credor (Fazenda Pública) cabia deixar de aceitá-lo, verificando tratar-se de bem de família que, naquela hipótese, permaneceria impenhorável mesmo com o ato de disposição.

³¹⁷ No acórdão já referido da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que a disposição do bem de família visava ao ingresso no Refis, considerou-se que os garantidores agiram de má-fé e de forma abusiva ao oferecerem em garantia um bem que sabiam impenhorável para obter o parcelamento desejado e, posteriormente, tentarem frustrar a constrição invocando a proteção da lei, em afronta à boa-fé objetiva (STJ, REsp nº 1.200.112/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 07/08/2012).

a garantia real for constituída fora das hipóteses em que a lei autoriza o afastamento da penhora – isto é, pelo mero oferecimento do bem de família em garantia sem a anuência dos familiares que residem no imóvel e/ou sem que a dívida garantida se reverta em prol da família, conforme o critério adotado. Dado que a lei não veda expressamente a constituição da garantia em outras circunstâncias – pelo contrário, sugere ser possível que a entidade familiar dê o bem em hipoteca a fim de garantir qualquer dívida –, pode o devedor fazê-lo na crença de que a garantia poderia vir a ser excutida na eventual hipótese de inadimplemento. Logo, ao oferecer o bem de família em garantia, o devedor pode estar de boa-fé.

Ademais, como se pode notar, a identificação da torpeza do devedor no oferecimento do bem de família em garantia esbarra no problema da investigação do elemento interno³¹⁸. De fato, o critério da boa-fé em sentido subjetivo não se revela seguro na medida em que busca perquirir o real interesse que motivou o exercício da prerrogativa jurídica, remetendo o intérprete à problemática tarefa de investigar as razões secretas e a consciência individual do agente³¹⁹.

Sob o prisma objetivo, a teoria que veda o exercício disfuncional (e, portanto, abusivo) de situações jurídicas subjetivas pode revelar-se útil na valoração do comportamento do devedor que pratica atos de disposição do bem de família e, posteriormente, pretende valer-se da impenhorabilidade. O controle sobre a abusividade dos referidos atos deve considerar, a um só tempo, a função geral do patrimônio do devedor (de servir de garantia aos credores) e a função especial da propriedade do bem de família (de servir de moradia ao próprio devedor e a integrantes de sua família).

Nessa esteira, a conduta de dar o bem de família em garantia de dívida que não reverte em proveito da família, sem contar com a anuência dos demais beneficiários da Lei nº 8.009/90, pode ser considerada abusiva com base em dois parâmetros do artigo 187 do

³¹⁸ “O direito refere-se, em primeira linha, apenas ao comportamento *Externo*, não aos sentimentos interiores, que são essenciais ao comportamento moral. A ordem social, que constitui o fim do Direito, fica garantida se o comportamento externo dos membros da sociedade estiver em harmonia com as obrigações jurídicas. Ela não depende dos motivos deste comportamento: tanto faz que o motivo seja a consideração pelos outros como o medo da pena cominada, embora seja incontestável que a realização da ordem pública depende também do sentimento interior, que leva os homens ao cumprimento voluntário dos deveres decorrentes da ordem jurídica” (MESSNER, Johannes apud PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 212).

³¹⁹ Não à toa, a evolução do conceito de abuso do direito se deu no sentido da objetivação da investigação do exercício tido por abusivo de um direito. Enquanto as teorias subjetivas, como a de Georges Ripert, aferiam a abusividade pela motivação do titular do direito, quando este o exercia com intenção de prejudicar interesses alheios, as chamadas teorias objetivas, que buscam o critério para o abuso dentro do próprio direito, consideravam abusivo o exercício que contraria a valoração implícita na sua atribuição.

Código Civil³²⁰. É possível afirmar que o abuso decorre de ofensa à boa-fé objetiva, na medida em que deixa de cooperar com o seu parceiro contratual o devedor que oferece em garantia um bem que pode não servir para tal fim³²¹. Ademais, a faculdade de dispor do bem de família legal, nessa conjuntura, é exercida em detrimento dos interesses da família do proprietário, contrariando o fundamento axiológico-normativo daquele instituto. Assim, o abuso reside no exercício de uma das faculdades da propriedade de forma contrária à sua

³²⁰ O Código Civil de 2002 consagrou o abuso do direito em seu artigo 187, estabelecendo que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Inspirado na solução adotada pelo direito português, o dispositivo, embora sem citar a expressão “abuso do direito”, empregou um conceito objetivo e abrangente, que busca conciliar as doutrinas divergentes acerca da figura, indicando três parâmetros para o controle de abusividade: (i) o fim econômico ou social do direito, (ii) a boa-fé e, ainda, (iii) os bons costumes. É notório o avanço da aludida definição legal em relação ao Código de 1916, em cuja vigência se construiu o entendimento de que a regra do 160 (“Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados [...] no exercício regular de um direito reconhecido”) encerraria, *a contrario sensu*, uma proibição do *exercício irregular* de um direito reconhecido, fazendo penetrar, de forma quase clandestina, a teoria do abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro (CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In Gustavo Tepedino (coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 432). Apesar de algumas críticas que se lançaram na doutrina quanto à opção do legislador de 2002, notadamente quanto à qualificação do exercício abusivo de um direito como ato ilícito, a solução do art. 187, nitidamente influenciada pela análise funcionalista dos direitos, introduziu importantes limites éticos ao exercício das prerrogativas individuais.

³²¹ Ao aludir aos limites impostos pela boa-fé, o artigo 187 do Código não esclarece se esta é empregada em seu sentido subjetivo ou objetivo. Apesar de algumas vozes destoantes (vide MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O abuso do direito. In: Mauricio Mota; Gustavo Kloh (org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011), prevalece que o legislador referiu-se ao princípio da boa-fé objetiva, que surgiu na Alemanha para conter os excessos da liberdade individual. Como é cediço, tal princípio impõe um modelo de conduta que exige “comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: Gustavo Tepedino (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32). Trata-se do mais festejado parâmetro de aferição do exercício abusivo, que já contava com vasto arcabouço doutrinário e jurisprudencial por ocasião do advento do novo Código. Se por um lado a associação do abuso à boa-fé objetiva facilitou a aplicação da teoria no domínio contratual (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305), alargando consideravelmente as hipóteses sujeitas ao controle de abusividade, por outro lado, abriu-se margem para o entendimento de que ao abuso restou a pecha de duplicação inútil da boa-fé. Na opinião de Judith Martins-Costa, a boa fé “considerada em seu papel de elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária é a que melhor se presta para sistematizar a variadíssima tipologia passível de abrangência pelo art. 187” (Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa Fé. In TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 82). A crítica, porém, não subsiste diante do conceito de abuso na metodologia civil-constitucional. A boa-fé é um dos critérios substanciais para a aferição do abuso no campo das relações obrigacionais, mas não o único. A própria redação do artigo 187 evidencia a existência de outros parâmetros legais para o controle de abusividade, muito embora estes não sejam tão facilmente aplicáveis em concreto quanto a famigerada boa-fé objetiva. E mais: o exercício de uma situação subjetiva se reputa disfuncional (e, portanto, abusivo) levando-se em consideração o valor que lhe serve de fundamento jurídico, reflexo das escolhas axiológicas do legislador, que nem sempre podem ser identificadas por meio dos critérios legais de abusividade. Nesse sentido, é esclarecedora a observação de Anderson Schreiber: “boa fé objetiva e abuso do direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa fé” (*A proibição...*, op. cit., p. 119).

função social³²².

Por outro lado, se o credor sabia (ou deveria saber) que, naquelas circunstâncias, o bem de família dado em garantia permaneceria impenhorável, tinha ele o dever de não aceitá-lo³²³. O princípio da boa-fé impõe a ambas as partes da relação contratual um padrão de conduta leal recíproca, como decorrência do princípio constitucional da solidariedade social. Ciente de que, naquele contexto negocial, a constituição da garantia, embora válida, não poderia afastar a proteção legal por conflitar com interesses existenciais de terceiros, caberia ao credor simplesmente recusar o bem oferecido, mitigando o seu próprio prejuízo. Também reputar-se-ia abusiva, sob essa ótica, a aceitação do bem de família pelo credor na expectativa de torná-lo penhorável, em detrimento da moradia de terceiros, quando se sabe não estarem presentes os requisitos da regra de exceção.

Sendo assim, torna-se questionável a possibilidade de o credor alegar, em seu favor, a proibição de comportamento contraditório, por ocasião da invocação da impenhorabilidade pelo próprio devedor que deu o bem de família em garantia. Não há que se falar, nesse caso, em proteção da confiança uma vez que, estando fora da hipótese excepcional prevista pelo legislador, a expectativa do credor em executar o bem de família não seria legítima³²⁴. O *factum proprium* – no caso, o oferecimento do bem de família em garantia – não pode despertar no credor a legítima confiança de que o bem é penhorável na medida em que a própria lei determina o contrário, sendo certo que ninguém pode se escusar de cumprir a lei alegando que não a conhece³²⁵. No máximo, a conduta poderia criar uma expectativa de que, em eventual execução, o próprio devedor – e nunca seus familiares que não participaram do ato ou dele se

³²² Como visto, o primeiro parâmetro legal para a limitação do exercício das situações jurídicas subjetivas é o seu *fim econômico ou social*. Para alguns, o fim econômico ou social corresponde justamente à *função* das situações subjetivas, em contraposição ao seu aspecto estrutural, ao passo que outros entendem tratar-se do princípio da *função social*, que vincula a proteção de interesses privados ao atendimento de interesses sociais, como previsto pelo legislador especificamente a respeito dos contratos (art. 421 do Código Civil) e do direito de propriedade (art. 1.228, §1º). De uma forma ou de outra, pode-se considerar abusivo, com base em tal parâmetro, o oferecimento do bem de família em garantia pelo proprietário em prejuízo da entidade familiar, que recebe a proteção da Lei nº 8.009/90.

³²³ Cite-se, nesse sentido, o seguinte julgado: “O STJ consolidou o entendimento de que a Fazenda Pública pode recusar a nomeação de determinado bem oferecido à penhora, quando fundar-se na inobservância da ordem legal ou revelar-se de difícil ou onerosa alienação, prevista no art. 655 do CPC e no art. 11 da Lei 6.830/1980, sem que isso implique ofensa ao art. 620 do CPC. [...] O fisco não concordou com a nomeação à penhora sobre o bem imóvel do executado, por se tratar de bem de família. Portanto, legítima a recusa da constrição sobre bem impenhorável, principalmente porque a jurisprudência pacífica do STJ é no sentido de que o privilégio não pode ser objeto de renúncia pelo devedor” (STJ, REsp nº 1500550 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 19/03/2015, DJe 15/04/2015).

³²⁴ Reitere-se que o credor não está impedido de aceitar o bem de família em garantia fora da hipótese de exceção do art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90. Todavia, nesse caso, se reconhecida a impenhorabilidade futuramente, não poderá alegar ter sido surpreendido, a menos que o devedor tenha agido de má-fé, por exemplo, induzindo-o a erro quanto à finalidade residencial.

³²⁵ Vide art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

beneficiaram – abriria mão de invocar o benefício da impenhorabilidade, o que não impediria, ainda assim, o reconhecimento de ofício da garantia legal pelo juiz, dado o entendimento predominante de que se trata de norma de ordem pública³²⁶.

Diferente é a hipótese em que o credor não tinha condições de identificar que a garantia ofertada constituía um bem de família, mesmo tendo adotado todas as medidas ao seu alcance na avaliação da garantia real. Como a Lei nº 8.009/90 peca por não disciplinar com detalhes os requisitos necessários para a exclusão da proteção do bem de família quando este é dado em garantia de dívida por seus proprietários, fica difícil perquirir, de antemão, se se está diante de uma das hipóteses de exceção à impenhorabilidade. A insegurança jurídica quanto aos efeitos da constituição da garantia real sobre o bem de família, ao mesmo tempo em que dá margem para abusos, faz emergir, com frequência, um novo interesse merecedor de tutela a ser ponderado no caso concreto: a legítima confiança despertada no credor a quem se ofereceu a garantia. Afinal, fosse a lei clara quanto às circunstâncias sob as quais a excussão do bem de família seria apta a operar seus efeitos, não haveria que se falar em legítima expectativa do credor quando presente um cenário distinto daquele previsto pelo legislador.

Nesses casos, em que caracterizada a má-fé do devedor ou o abuso pela ofensa à boa-fé objetiva, o interesse legítimo do credor deverá ser colocado na balança. Há, ainda assim, necessidade de cautela para se afastar a proteção do bem de família dada a necessidade de ponderar, à luz dos valores consagrados na Constituição, todos os interesses colidentes. A resposta judicial deverá levar em consideração as peculiaridades do caso *sub judice*, especialmente os interesses dos terceiros que não participam da relação obrigacional, mas que também são destinatários da proteção conferida pela Lei nº 8.009/90. O conflito deve ser solucionado de acordo com o princípio da proporcionalidade, buscando sempre otimizar os

³²⁶ A possibilidade do reconhecimento *ex officio* da impenhorabilidade evidencia uma dificuldade de aplicação da teoria do abuso do direito na invocação do bem de família, já que a incidência da garantia independe do exercício de qualquer poder atribuído ao devedor. A proteção do bem de família constitui uma garantia legal, no sentido de que decorre de norma de natureza assecuratória, e não declaratória de direitos. Assim, o devedor não exerce seu direito à impenhorabilidade, mas apenas invoca uma garantia assegurada pelo legislador. É verdade que, na prática, é rara a declaração da impenhorabilidade de ofício, na medida em que a caracterização do bem de família depende da comprovação dos requisitos legais. Mas, estando presentes os requisitos da Lei nº 8.009/90, que deve ser interpretada em perspectiva funcional, a referida garantia incide no caso concreto, independentemente de manifestação de vontade do devedor. Daí a dificuldade de se falar em “exercício abusivo do direito à proteção do bem de família”. Ainda assim, a teoria do abuso do direito mostra-se útil na solução dos problemas examinados nesta dissertação, na medida em que, em muitos casos, a invocação do bem de família em juízo pode constituir um exercício abusivo do direito de defesa do devedor. Tal circunstância evidencia que a valoração do comportamento do devedor pode auxiliar o intérprete na própria aferição dos requisitos legais da impenhorabilidade. Em outros termos, em que pese a possibilidade teórica de reconhecimento *ex officio* da garantia legal, pode o hermeneuta concluir que, se a invocação da garantia pelo devedor seria abusiva naquelas circunstâncias (porque contraditória em relação a uma conduta anterior, por exemplo, frustrando a legítima confiança do credor), é sinal de que ela não incide naquele caso concreto.

valores consagrados na tábua axiológica da Constituição Federal³²⁷.

Isto posto, quando a garantia real é constituída fora das hipóteses em que a lei autoriza o afastamento da penhora – isto é, quando não se tem a anuência de todos os familiares residentes no imóvel e/ou quando a dívida garantida não aproveita à família, conforme o critério adotado –, tende a prevalecer a impenhorabilidade do bem de família, como forma de tutelar o direito à moradia dos beneficiários da norma que não participaram do ato ou que dele não tiraram proveito. Em geral, os institutos ora referidos (proibição de alegação da própria torpeza, abuso do direito e vedação ao *venire contra factum proprium*) justificam a prevalência do direito do credor apenas em face do devedor que agiu de má-fé ou de forma contrária à boa-fé objetiva, mas não em face dos terceiros também protegidos pelo bem de família. Em consequência, por ser a garantia incindível, o devedor poderá acabar sendo beneficiado pela impenhorabilidade do bem de família, mesmo depois de constituir a garantia real, mas apenas em razão da circunstância de a proteção da moradia dos seus familiares realizar-se por meio da preservação do seu patrimônio mínimo.

Dito de outro modo, a análise isolada do comportamento do devedor não deve autorizar, por si só, o afastamento da garantia legal do bem de família, tendo em vista a necessidade de levar em conta outros interesses juridicamente relevantes que porventura seriam atingidos por tal decisão. A princípio, a eventual má-fé do devedor e o seu comportamento contraditório em afronta à boa-fé objetiva, embora possam sujeitá-lo a sanções de outra natureza, como a responsabilidade civil por eventuais danos decorrentes do ato abusivo, não se mostram suficientes para repelir a proteção assegurada pela Lei nº 8.000/90 aos familiares do devedor.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a maior parte dos problemas envolvendo a constituição de garantia real sobre o bem de família resolve-se pela regra do inciso V do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, que deve ser interpretada em perspectiva funcional. Presentes os requisitos legais, a penhora do bem de família dado em garantia real deve ser admitida. Na falta deles, isto é, quando o direito real de garantia for constituído em circunstâncias não enquadradas na mencionada regra de exceção, ao intérprete cabe ponderar os interesses que se encontram em rota de colisão, em busca da solução que se revela mais legítima à luz dos

³²⁷ Conforme explicação de Pietro Perlingieri, a valoração do abuso do direito “é complexa porque postula a verificação da existência de contra-interesses juridicamente relevantes, que devem ser considerados segundo uma equânime harmonização, isto é, segundo critérios de proporcionalidade individual e social” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil...*, op. cit., p. 683-684). Por sua vez, ensina Paulo Bonavides que o princípio da proporcionalidade deve traduzir-se num princípio de interpretação conforme a Constituição, segundo o qual o julgador deve tentar preservar a validade do conteúdo da regra jurídica, compatibilizando-a com as normas constitucionais (*Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 388).

valores consagrados na Constituição Federal.

2.3. O bem de família indicado à penhora pelo devedor

Outra hipótese de disposição jurídica parcial que gera debates instigantes nas cortes brasileiras é a do bem de família ofertado para penhora pelo devedor no curso do processo de execução. Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos³²⁸, o brasileiro não contém previsão expressa de que os bens impenhoráveis podem ser objeto de constrição judicial se nomeados à penhora pelo executado. Não há, portanto, qualquer regra específica na legislação pátria que ateste a validade ou discipline os efeitos de tal indicação voluntária, emergindo, daí, a controvérsia sobre a subsistência da proteção legal ao bem de família em face do ato de disposição praticado pelo executado.

A polêmica está estreitamente ligada ao problema da renúncia à impenhorabilidade assegurada pela Lei nº 8.009/90, já analisado neste capítulo. Sendo assim, a primeira questão a ser enfrentada consiste em definir se (e quando) a indicação do bem de família à penhora importa em renúncia tácita à garantia legal. Em seguida, passar-se-á à análise de outros argumentos invocados por aqueles que sustentam o afastamento da proteção do bem de família quando nomeado à penhora, tais como a vedação ao benefício da própria torpeza, a teoria do abuso do direito e a proibição do comportamento contraditório, com o objetivo de identificar se (e quando) é possível a penhora mesmo que não reconhecida a renúncia.

2.3.1. Indicação à penhora e renúncia tácita

A penhora é o “ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente”³²⁹. Tem ela a função precípua de individualizar os bens que serão expropriados, criando um “vínculo de caráter público processual”³³⁰. Por meio da penhora,

³²⁸ Dispõe o item 2 do art. 823 do Código Civil português, por exemplo, que “Estão também isentos de penhora os instrumentos de trabalhos e os objetos indispensáveis ao exercício da atividade ou formação profissional do executado, salvo se: a) O executado os indicar para penhora”.

³²⁹ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 124.

³³⁰ *Ibidem*, p. 126-127. Convém observar que a individualização dos bens que suportarão os meios executivos não é a única finalidade da penhora. Sustenta a maioria dos doutrinadores processualistas, como José Carlos

determinadas situações jurídicas subjetivas integrantes do patrimônio do devedor são deixadas sob a guarda de um depositário e ficam afetadas à satisfação da obrigação inadimplida, restringindo o direito do devedor sobre o próprio bem³³¹.

A lei processual reconhece ao devedor-executado o direito de nomear bens à penhora, a despeito das reformas por que tem passado o direito processual em busca da efetividade da execução³³². Ao indicar o bem de família à penhora, o devedor estaria, portanto, individualizando o bem a ser objeto da constrição judicial para futura expropriação. Sob o prisma objetivo, portanto, o comportamento é incompatível com a garantia legal da impenhorabilidade, o que leva alguns autores a sustentarem a invalidade ou ineficácia da indicação feita pelo executado³³³ e outros a qualificá-la como uma renúncia tácita à aludida

Barbosa Moreira, Alexandre Freitas Câmara, Araken de Assis e Arnaldo Marmitt, que a penhora também gera outros efeitos *processuais* – quais sejam, a garantia do juízo e a geração de direito de preferência em favor do exequente – e também *materiais* – a saber, a ineficácia dos atos de alienação ou oneração dos bens penhorados e a eventual retirada do bem penhorado da posse direta do executado (REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, op. cit., p. 45-60).

³³¹ Embora a penhora não torne o bem inalienável, eventual adquirente deverá suportar os efeitos da execução.

³³² Com o advento das Leis nº 11.232/05 e nº 11.382/06, a prioridade para a indicação dos bens a serem penhorados passou a ser do credor, seja no procedimento de cumprimento de sentença (art. 475-J, §3º, CPC), seja na execução de título extrajudicial (art. 652, §2º, CPC). Deve o exequente observar a ordem preferencial de bens contida no art. 655 do CPC. Sobre a regra contida no §3º do art. 652 (“O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora”), afirma Sérgio Bermudes que se trata de “outra consubstanciação do dever da parte de proceder com lealdade e boa-fé (art. 14, II). A lei reputa atentatória à dignidade da justiça a atitude do executado que, intimado, não indica ao juiz em cinco dias quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores (art. 600, IV), sob pena da sanção do art. 601, com a exceção do seu parágrafo único” (*As reformas do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312). Por outro lado, em reconhecimento ao princípio da menor onerosidade ao devedor, o artigo 668 do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.382/06, aduz que “O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620)”. Merece registro, ainda, a novidade introduzida pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) no parágrafo único do seu art. 805, acerca do princípio da menor onerosidade para o executado: “Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”. Assim, o CPC/15 prevê uma postura ativa do devedor para que haja aplicação do aludido princípio: não basta ao executado buscar a aplicação da menor onerosidade, deve ele também indicar alternativas para que a execução prossiga.

³³³ Entre outros: “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” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 149-150); “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 contratual nas relações subjetivas. Desse modo, a suposta *renúncia* não afasta a possibilidade de se arguir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel de residência” (TARTUCE, Flavio. *A polêmica do bem de família ofertado*. Disponível em <<http://flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 8 ago. 2015); “Pelas mesmas razões [por se tratar de norma de ordem pública que tem por escopo a proteção da residência de um ser humano e de sua família], a impenhorabilidade do bem de residência não pode ser objeto de *renúncia* por parte do executado, sendo *inteiramente nula* qualquer nomeação ou indicação desse bem à penhora” (REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*, op. cit., p. 128).

proteção³³⁴.

Já se observou nesta dissertação que a proteção do bem de família involuntário costuma ser irrenunciável, embora não se trate de assertiva absoluta. Os fundamentos para a irrenunciabilidade *prima facie* à impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90 – e, portanto, para a incolumidade da garantia do bem de família mesmo quando ofertado à penhora – estão relacionados (i) à natureza existencial dos interesses protegidos pelo instituto, afetos à dignidade da pessoa humana³³⁵, (ii) à titularidade dos interesses tutelados, já que a proteção do bem visa atender à entidade familiar, e não apenas ao devedor, e (iii) à necessidade de reflexão e ponderação para o ato de desfazimento voluntário de bens que estão afetados à moradia do próprio devedor e de membros de sua família.

Nesse contexto, a corrente majoritária da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei nº 8.009/90³³⁶. Considerando-se tratar de norma cogente que contém princípio de ordem pública, argumenta-se que as exceções à garantia do bem de família devem decorrer de expressa previsão legal³³⁷. Embora se admita a renúncia às impenhorabilidades previstas no artigo 649 do Código de Processo Civil, o mesmo não se dá em relação ao bem de família involuntário, pois, na hipótese, a proteção legal não tem por alvo apenas o devedor, mas toda a entidade familiar, que goza de amparo especial da Carta Magna³³⁸. Assim, o fato de o devedor haver nomeado bens à penhora não o impede de vir

³³⁴ Cândido Rangel Dinamarco pondera o seguinte: “Se o titular de um bem impenhorável pode aliená-lo por venda ou mesmo por doação, não há por que não pudesse nomeá-lo eficazmente à penhora (art. 655). Ao fazê-lo, ele estará manifestando claramente a renúncia a se valer do benefício da impenhorabilidade e seria um exagero negar eficácia a essa renúncia” (*Instituições...*, op. cit., 2ª ed., p. 341). Na mesma toada, observa Márcio Manoel Maidame que “se não são inalienáveis, podem ser ofertados à penhora, como atesta a melhor doutrina” (*Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 162).

³³⁵ Após observar que o bem de família legal envolve um direito fundamental da pessoa humana – o direito à moradia –, argumenta Flavio Tartuce: “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” (*A polêmica...*, op. cit.).

³³⁶ Entre outros: STJ, REsp nº 511.023/PA, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª T., j. 18/08/2005; STJ, REsp nº 178.317/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., DJ 01/02/1999; STJ, REsp nº 208.963/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., DJ 07/02/2000; STJ, Resp nº 242.175/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., DJ 08/05/2000; STJ, REsp nº 172.058/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., DJ 04/06/2001; STJ, REsp nº 192.133/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21/06/1999; STJ, Resp nº 262.654/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20/11/2000.

³³⁷ STJ, AgRg no REsp 813546/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 26/05/2006.

³³⁸ STJ, REsp 351.932/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3ª T., DJU 09.12.2003. No caso, o bem indicado à penhora era um trator e a relatora, ministra Nancy Andrighi, entendeu que os devedores não deveriam perder o benefício legal pela nomeação à penhora. Contudo, prevaleceu o voto do

alegar posteriormente a sua impenhorabilidade nos termos da Lei nº 8.009/90³³⁹, mesmo quando se tratar de bens móveis que guarnecem a casa³⁴⁰ ou se constatado que, embora possua outro imóvel, o bem oferecido à penhora é utilizado para fins residenciais³⁴¹.

Como se nota, a posição que prevalece nos tribunais pátrios guarda coerência com os pressupostos que justificam a irrenunciabilidade *prima facie* à garantia legal, tais como apresentados nesta dissertação³⁴². Não sendo admitida, em regra, a renúncia à impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90, é evidente que o ato do devedor que oferece em penhora o bem de família não poderá, também em regra, caracterizar renúncia à proteção legal. Resta, porém, investigar se o ato de nomeação à penhora poderá, em caráter excepcional, ser qualificado em concreto como uma renúncia tácita à proteção legal. Afinal, como já assinalado, não é impossível que o ato de renúncia à garantia do bem de família seja merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico em determinado caso concreto, mormente quando não residirem familiares do devedor no imóvel blindado pela impenhorabilidade.

Na hipótese ora cogitada – oferta do bem de família à penhora –, é extremamente difícil vislumbrar tal possibilidade. Embora a penhora objetive “garantir o juízo”, no sentido de que bens do devedor serão “apreendidos” para que possam ser vendidos em hasta pública, assegurando o resultado prático da execução, a situação se difere fundamentalmente do oferecimento do bem de família em garantia de dívida, analisado anteriormente. Isso acontece

ministro Castro Filho, admitindo a renúncia por se tratar de hipótese de impenhorabilidade regulada pelo art. 649 do CPC, e não pela Lei nº 8.009/90. Nesse sentido é a posição predominante da Corte, ressalva feita aos bens inalienáveis, que não podem ser nomeados à penhora pelo fato de se encontrarem fora do comércio, conforme ilustra o seguinte acórdão, também relatado pela ministra Nancy Andrighi posteriormente ao julgado em que restou vencida: “Por sua vez, em se tratando de bem absolutamente impenhorável, por força do art.649 do CPC, o seu oferecimento à penhora, pelo devedor, acarreta renúncia do direito à impenhorabilidade. Nesse particular, tem-se o bem por impenhorável, mas não por indisponível. Assim sendo, na hipótese em que o devedor o nomeia à penhora, efetivamente lança mão da garantia legal, de forma que o ato de disposição da coisa denota, ainda que implicitamente, não ser ela mais útil ou necessária ao devedor” (STJ, REsp nº 470.935/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10/10/2003, DJ 01/03/2004).

³³⁹ STJ, REsp nº 172058/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 13/03/2001, DJ 04/06/2001.

³⁴⁰ STJ, REsp nº 526.460/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 08/10/2003. O caso versava sobre indicação à penhora de um aparelho de som e um refrigerador, cuja proteção foi considerada irrenunciável pelo devedor eis que destinada ao interesse de toda a família.

³⁴¹ STJ, REsp nº 646416/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª T., j. 24/08/2004.

³⁴² De modo geral, os precedentes pesquisados justificam a irrenunciabilidade à proteção do bem de família pela natureza de ordem pública da norma (em abstrato) e pela tutela da moradia de toda a família (e não apenas do devedor). Com efeito, esses fundamentos são essenciais para a tese sustentada, mas não enfrentam o problema da disponibilidade do bem de família. Afinal, o interesse social envolvido e a finalidade de proteção da entidade familiar também serviriam para embasar a inalienabilidade do bem de família involuntário. Por esse motivo, na tentativa de identificar uma justificativa específica para a vedação à renúncia e preservar, com isso, a coerência do ordenamento jurídico, acrescenta-se que a irrenunciabilidade tem a função singular de evitar que o titular do bem de família dele se desfaça por um ato irrefletido ou por estar submetido a algum fator de pressão psicológica. Assim, considerando que o ato de se desprender do único imóvel residencial próprio exige certa maturidade do disponente, a vedação à simples renúncia à impenhorabilidade atua como um mecanismo para propiciar uma ponderação ao devedor, protegendo-o contra o impulso de um momento.

porque o ato de disposição parcial, na indicação à penhora do próprio bem de família, não traz qualquer benefício econômico ao titular do bem. Muito pelo contrário, a nomeação à penhora pelo executado, se válida e eficaz, tende a retirar do seu patrimônio a propriedade de um bem até então destinado à moradia própria e de membros de sua família. Quando muito, nessa hipótese, a disposição do bem visará ao atendimento de interesse moral do devedor consistente no desejo de liberar-se do vínculo obrigacional, sem que, para tanto, tenha ele que alienar o bem por iniciativa própria e pagar espontaneamente a dívida com o produto da sua venda.

À parte a discussão, de pouca relevância prática, consistente em definir se o aludido interesse de ordem moral deve receber a tutela do ordenamento jurídico³⁴³, é importante perceber que, no comum das vezes, o executado que indica o bem à penhora não age efetivamente com intenção de se demitir de proteção legal que sabe lhe ser conferida. Mesmo quando consciente do efeito abdicativo que advém do seu ato, o devedor é com frequência levado a ofertar o bem à constrição judicial por motivos processuais, tais como a possibilidade de opor embargos à execução fiscal ou impugnação ao cumprimento de sentença³⁴⁴ ou, ainda, o receio de ser penalizado com multas³⁴⁵. Tanto é assim que, não raro, o próprio executado

³⁴³ Alguns dirão que o direito deve proteger o devedor contra a sua própria vontade abdicativa, mesmo quando inexistirem familiares residentes no imóvel que seriam atingidos pela renúncia tácita, na medida em que a proteção do patrimônio mínimo deve prevalecer sobre o interesse meramente moral em nomear o bem à penhora. O devedor, com o ato, poderia ficar privado de um abrigo, comprometendo a sua existência digna, sem qualquer compensação econômica, fato inadmissível em nome da autonomia negocial por si própria, que só se revela merecedora de tutela quando voltada à realização da dignidade da pessoa humana. Assim, mesmo que o próprio executado não se oponha à penhora, o juiz poderia de ofício reconhecer a impenhorabilidade do bem. De outra banda, poder-se-á argumentar que a vontade do devedor deve ser respeitada, não apenas porque o interesse em pagar a dívida é legítimo e traria prejuízos apenas ao próprio titular do bem, mas também porque o ordenamento deve facilitar a satisfação das obrigações e orientar-se pela solução que maximiza a efetividade da tutela jurisdicional.

³⁴⁴ De acordo com o art. 16, §1º, da Lei nº 6.830/80, “não são admitidos embargos do executado antes de garantida a execução”. Assim, especificamente quanto à execução fiscal, esclarece Leonel Cesarino Pessoa: “Exceção feita às situações de parcelamento da dívida, normalmente o bem de família é oferecido à penhora para possibilitar a interposição dos embargos à execução” (Bem de Família, Aspectos Fiscais e a Jurisprudência. In: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord). *Bem de família*, op. cit., p. 62-63). O problema não é exclusivo da execução fiscal, tendo em vista o entendimento predominante na jurisprudência de que “A garantia do juízo é pressuposto para o processamento da impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 475-J, § 1º do CPC” (STJ, REsp nº 1.195.929/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 24/04/2012). Daí a observação da ministra Nancy Andrighi no voto condutor do REsp nº 526.460/RS: “Por fim, considere-se ainda a situação em que o devedor em face do qual restou ajuizado processo de execução possui um único bem, tido por impenhorável pela lei. Caso adotada a tese de renúncia à impenhorabilidade, não poderia ele sequer oferecê-lo à penhora com o fim único de garantir o juízo da execução para poder, tão-somente, embargá-la. Dada a impossibilidade de garantia do juízo, sua defesa se restringiria ao ataque formal do título exequindo mediante a apresentação de exceção de pré-executividade” (STJ, REsp nº 526.460/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 08/10/2003).

³⁴⁵ Como observou a ministra Nancy Andrighi, “a própria índole do processo executivo estimula o devedor a indicar o bem a ser penhorado, pois do contrário poderia incorrer nas sanções de litigância de má-fé” (STJ, REsp nº 526.460/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 08/10/2003). Como contra-argumento, afirma o ministro Castro Filho que “conquanto seja dever do executado proceder à nomeação de bens passíveis de constrição

que indicou o bem é quem, posteriormente, invoca a garantia legal em juízo a fim de impugnar a validade da penhora realizada.

Nesse cenário, fica complicado sustentar que a nomeação do bem de família à penhora, no processo de execução, configura renúncia tácita à proteção da Lei nº 8.009/90. Como já alertado nesta dissertação, a aferição da renúncia tácita deve ser rigorosa, em qualquer caso, na medida em que consiste em ato pelo qual o titular se demite de um direito. Embora possa ser tácita, a renúncia não se presume e deve ser interpretada restritivamente, de modo que a intenção abdicativa resulte clara aos olhos do intérprete. Na dúvida, portanto, deve-se considerar inexistente a intenção abdicativa, pois não é de se presumir que o titular de um direito tenha querido dele se demitir quando o seu comportamento não revelar de forma inequívoca tal vontade.

Em especial, requer cautela ainda maior a renúncia quando tiver por objeto a garantia legal do bem de família, voltada que é à proteção de interesses relevantes do devedor e dos membros de sua entidade familiar. Como visto, a vedação apriorística à renúncia ao manto da impenhorabilidade atua como um mecanismo para propiciar uma ponderação ao devedor, protegendo-o contra o impulso de um momento. Deve o intérprete reconhecer que o executado, geralmente, encontra-se em uma situação tal na relação processual que lhe sujeita a pressões externas que impedem que a abdicção seja fruto de uma decisão devidamente ponderada. Logo, não deve a nomeação à penhora ser qualificada como renúncia tácita ao benefício legal.

2.3.2. Outros argumentos que procuram embasar o afastamento da garantia legal

O principal fundamento da corrente que perfilha a possibilidade de constrição do bem de família involuntário indicado à penhora pelo executado reside na plena disponibilidade que o ordenamento jurídico lhe conserva, em que pese a proteção do patrimônio mínimo que se efetiva pelo regime da impenhorabilidade³⁴⁶. Afirma-se que, se o titular do bem pode

judicial, este não está obrigado a nomear bem que não seja penhorável, para embargar a execução. A falta de bens penhoráveis capazes de satisfazer a obrigação perante o credor pode levar ao insucesso do processo executivo, mas não tem o condão de impor ao executado a indicação de bem absolutamente impenhorável, no exclusivo interesse do exequente” (STJ, REsp 351.932/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3ª T., DJU 09.12.2003).

³⁴⁶ Novamente, é preciso diferenciar os regimes da impenhorabilidade e da inalienabilidade. A princípio, se o ordenamento jurídico impõe restrições apenas à penhora do bem, limitando, com isso, a responsabilidade do devedor, permanece ele plenamente disponível. Daí o argumento de que, não sendo inalienáveis, podem os bens

livremente vendê-lo e pagar a dívida, também poderá oferecê-lo à penhora com essa mesma finalidade de saldar seu débito, que é objeto de execução judicial³⁴⁷. Há alguns precedentes isolados do Superior Tribunal de Justiça que, com base nessa premissa, admitiram a renúncia tácita na hipótese, sem possibilidade de posterior retratação³⁴⁸.

No entanto, como visto, à proteção legal do bem de família não se pode renunciar, salvo em hipóteses excepcionais em que o intérprete seja capaz de verificar que o ato abdicativo é merecedor de tutela jurídica. É preciso diferenciar o poder de dispor do bem de família do poder de dispor da garantia conferida pela Lei nº 8.009/90, que não é reconhecido ao titular do bem, ao menos em regra. E mais: pelas razões expostas no item anterior, a nomeação do bem de família à penhora dificilmente se enquadrará nas hipóteses excepcionais em que o ato abdicativo se reputa legítimo, o que corrobora a assertiva de que o citado ato processual não deve ser qualificado como renúncia tácita à garantia legal.

Sendo assim, é preciso apurar se o fato de o devedor haver nomeado o bem de família à penhora pode impedi-lo de vir alegar posteriormente a sua impenhorabilidade, não por ter renunciado a tal garantia, mas por fundamentos distintos. É de se indagar se a proteção do bem de família remanesce sempre incólume após a indicação à penhora pelo executado, visto que esta não implica renúncia tácita, ou se, na ponderação com outros interesses, deve ela

de família ser ofertados à penhora. Nesse sentido, refere Araken de Assis à “impenhorabilidade relativa-voluntária”, que se dá nas hipóteses em que o devedor abre mão do benefício legal (*Manual da Execução*, op. cit., p. 210).

³⁴⁷ Transcreva-se, a respeito, a contundente argumentação de Araken de Assis: “Maior relevo há, talvez, na ampla disposição do obrigado quanto aos bens impenhoráveis, alterando, unilateralmente, sua condição jurídica. Qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor – excluem-se, por óbvio, todos os bens de que o obrigado não dispõe, ou seja, os bens inalienáveis -, poderá ser afetado à execução por livre nomeação deste (art. 655), levantada a proteção legal à pretensão executiva. Consoante PONTES DE MIRANDA, sempre que o devedor puder mudar, a seu talante, a qualidade do bem, é possível anuir ao ato de nomeação, que é como se fosse execução voluntária (sem o ser, porque se trata de ato processual de início de execução forçada). Exemplo de aplicação deste princípio, através de negócio jurídico, reside no devedor empenhar máquinas úteis e necessárias ao exercício de sua profissão (art. 649, VI), que, por tal motivo, se tornam penhoráveis, conforme proclamou a 3ª Turma do STJ. Na demanda executória, a disponibilidade se manifesta de várias maneiras: além de alienar o bem impenhorável, para remir a execução (art. 651), o executado poderá nomeá-lo (art. 652), seja qual for o móvel deste ato aparentemente desastroso, o que constitui, igualmente, modo de dispor da impenhorabilidade” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 9. Do processo de execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 61).

³⁴⁸ “Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, *sponte sua*, o benefício legal” (STJ, REsp nº 249.009/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª T., DJ de 17/03/2003); “Apesar de impenhorável o bem de família, a teor da Lei 8009/90, havendo o devedor concordado com sua penhora, em termo de acordo celebrado com o credor, válido é o ato de constrição judicial, em razão de ter aquele abdicado do benefício instituído em seu favor” (AG 159.903 - MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 16/10/1997). Cite-se, ainda, o voto vencido do Min. Francisco Falcão no AgRg no REsp nº 813546: “A nomeação à penhora, pelo devedor, do próprio bem de família, implica em renúncia ao direito de impenhorabilidade, eis que tal direito não é similar à indisponibilidade, ainda mais porque o Tribunal *a quo* entendeu que os embargantes não lograram provar, por meio de certidões cartorárias, *ser o imóvel penhorado, o único de sua propriedade*” (STJ, AgRg no REsp 813546/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 26/05/2006).

ceder com base em outras figuras, como a vedação ao benefício da própria torpeza, a proibição de comportamento contraditório e a teoria do abuso do direito.

A primeira orientação que se pode extrair, genericamente, para a questão suscitada refere-se à prevalência apriorística dos interesses da família do devedor tutelados pela Lei nº 8.009/90 em relação ao crédito perseguido em juízo. Como o bem de família visa à proteção da moradia dos membros da entidade familiar, e não apenas do devedor-proprietário, a impenhorabilidade deve subsistir, em regra, mesmo diante de uma nomeação à penhora tida como abusiva, contraditória, maliciosa ou fraudulenta por parte do executado³⁴⁹. Este acaba sendo beneficiado pela preservação da garantia, é verdade, a despeito da antijuridicidade do seu comportamento, o que não obsta a aplicação de outras sanções.

Como regra geral, não se justifica a supressão da garantia legal destinada aos familiares residentes no imóvel sem que estes tenham anuído com o ato de disposição ou obtido qualquer vantagem em compensação. Assim, por mais que a conduta isolada do executado se revele censurável em face do exequente e do Estado-juiz, a sanção que se lhe impõe não deve prejudicar outros destinatários da proteção conferida pela Lei nº 8.009/90.

Dito isso, passa-se a considerar a hipótese em que o executado não reside com integrantes de sua entidade familiar no imóvel blindado pela impenhorabilidade³⁵⁰. Nessa conjuntura, a eventual má-fé do devedor que indica ao juízo da execução um bem sabidamente impenhorável deve afastar a proteção que lhe é conferida na medida em que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza? Após ter nomeado o bem de família à penhora, a invocação da garantia legal por ocasião da constrição judicial pode ser considerada um exercício abusivo do direito de defesa em juízo pela parte executada? Mesmo não estando configurada a renúncia à proteção do bem de família, a contradição no comportamento do devedor deve afastar o manto da impenhorabilidade a fim de tutelar a expectativa despertada na parte exequente?

Primeiramente, cabe analisar o problema sob o prisma da boa-fé subjetiva, que se

³⁴⁹ O ponto foi observado no voto do ministro Cesar Asfor Rocha no REsp nº 526.460/RS: “O que se quer proteger não é o devedor, e sim, a família deste. Por isso que, algumas vezes, o proprietário pode até querer indicar um desses bens, mas a família pode discordar. É evidente que, se fosse uma pessoa que morasse sozinha no imóvel e oferecesse os bens móveis nele guarnecidos, eu poderia ter outro entendimento, porque o prejudicado seria ele exclusivamente, mas não é essa a hipótese dos autos. Por isso que, em linha de princípio, os bens abrangidos pela Lei nº 8.009 são absolutamente impenhoráveis, porque o objetivo da lei, repito, é exatamente preservar a entidade familiar” (STJ, REsp nº 526.460/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 08/10/2003).

³⁵⁰ Como visto no primeiro capítulo desta dissertação, as decisões reiteradas das cortes brasileiras admitindo a proteção do imóvel residencial do devedor que mora sozinho foram consolidadas, em 15/10/2008, na Súmula 364 do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

refere ao estado psicológico do devedor-executado. Como já observado, acredita-se que o devedor que nomeia o próprio bem de família à penhora geralmente o faz por estar submetido a pressões externas ligadas ao processo executivo. Mas pode acontecer de a indicação ser espontânea e praticada com a intenção de retardar o trâmite do processo, dado o entendimento prevalente na jurisprudência de que a nomeação do bem à penhora pelo executado não o impede de alegar posteriormente a sua impenhorabilidade nos termos da Lei nº 8.009/90.

Em recente julgado, decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que deve ser afastada a impenhorabilidade do bem de família ofertado para penhora pela parte em evidente “fraude de execução”, pois a sua “aplicação ao caso concreto privilegiaria a má-fé dos executados, os quais indicaram voluntariamente bem sabidamente de família, ofertando garantia inidônea”³⁵¹. Mesmo sem mencionar expressamente o princípio geral de direito que coíbe a alegação da torpeza em benefício próprio, entendeu-se por afastar a proteção legal como forma de sancionar o litigante de má-fé.

No entanto, duas observações são cabíveis quanto à solução adotada, sendo a primeira delas referente à caracterização da má-fé do executado. Da leitura do acórdão, infere-se que a sua intenção maliciosa foi identificada apenas pelo fato de a nomeação ter recaído sobre bem de família, não havendo referência a qualquer circunstância especial que autorizasse tal ilação no contexto do caso. Assim, a decisão baseia-se em uma premissa questionável, de que o executado que indica o bem de família à penhora o faz necessariamente com o intuito de retardar o andamento do processo executivo³⁵². Parece contrariar, desse modo, o princípio geral de direito segundo o qual a boa-fé se presume e a má-fé se prova³⁵³. Ao mesmo tempo, o

³⁵¹ STJ, AgRg no Ag em REsp nº 689.609/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 09/06/2015, DJe 12/06/2015. O acórdão menciona que “Embora seja entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça de que a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública e não pode ser objeto de renúncia por parte do devedor, fato é que no presente caso, por ter restado configurada a fraude a execução, tal instituto deve ser afastado”.

³⁵² A questão foi debatida entre ministros da 3ª Turma do STJ no julgamento do já mencionado REsp nº 351.932/SP. No caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou maliciosa a conduta dos executados, que teriam agido com reserva mental ao indicarem bem de uso profissional à penhora (tido por impenhorável pelo art. 649, V, do CPC). Asseverou-se que a lei não visa a proteger aquele que “só se lembra de alegar a impenhorabilidade do bem à undécima hora, às portas do segundo leilão, sem nenhum outro oferecer em substituição”, de modo que “admitir possível ao devedor assim obrar, significaria acolher-lhe a reserva mental”. Para a ministra Nancy Andrighi, “não age de má-fé, a princípio, o devedor que assim procede e, posteriormente, comparece aos autos alegando a impenhorabilidade de bem que outrora nomeou à penhora”. Seu entendimento era de que os executados estavam apenas “exercendo um direito que o CPC lhes garante”. Já o ministro Antônio de Pádua Ribeiro observou que “o contexto dos autos não permite a conclusão de que houve, por parte dos devedores, reserva mental quando indicaram o trator à penhora. O tema da possibilidade de o próprio devedor abrir mão do benefício que a lei lhe assegura é controvertido nos tribunais e a posição defendida pelos recorrentes [...] é razoável” (STJ, REsp 351.932/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3ª T., DJU 09.12.2003).

³⁵³ É o entendimento de Flavio Tartuce: “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,

julgado serve como evidência de que a investigação do *animus* que motiva o devedor a indicar à penhora o bem de família não constitui um método seguro por se tratar de um elemento interno inacessível ao intérprete.

A segunda observação sobre o acórdão destacado diz respeito aos efeitos da má-fé do executado na nomeação à penhora do bem de família. Ainda que se possa constatar que o devedor agiu de forma consciente e deliberada com o único desiderato de retardar o processo executivo, não parece adequada a solução adotada pelo Tribunal. Como visto, mesmo reconhecendo a irrenunciabilidade da proteção do bem de família, decidiu-se por admitir a penhora do bem de família como forma de evitar que ele se beneficiasse da própria torpeza. Todavia, a sanção aplicada, além de carecer de embasamento legal, ofende o princípio da proporcionalidade, sacrificando interesses que gozam de proteção prioritária do ordenamento sem justificativa legítima à luz da legalidade constitucional³⁵⁴.

Como visto, a indicação à penhora pelo devedor não produz, em hipótese alguma, qualquer benefício econômico para o titular do bem de família, ao contrário do que sucede no oferecimento deste em garantia de dívida, fato que diferencia substancialmente as duas hipóteses. Tanto é assim que o legislador autorizou a penhora do bem de família dado em garantia pelo credor hipotecário, com algumas cautelas, mas silenciou-se no que tange à indicação à penhora. Ademais, a construção que advoga a penhorabilidade do bem de família nomeado à penhora, se admitida, tornaria inócua a tese de que a impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90 é irrenunciável.

Por evidente, não se está a sustentar que a indicação maliciosa do bem de família à penhora não se sujeita a sanção de qualquer natureza. A par dos deveres do executado previstos em lei³⁵⁵, não se pode perder de vista que a relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, é informada por princípios éticos. A atividade das partes, embora empenhadas em perseguir seus próprios interesses, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, razão pela qual o direito processual inibe e sanciona a litigância de má-fé³⁵⁶. Assim, de acordo com precedentes da Corte Especial, indicar à penhora e depois alegar

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” (*A polêmica...*, op. cit.).

³⁵⁴ Note-se que o acórdão sequer menciona se havia outros beneficiários da Lei nº 8.009/90 residindo no bem de família. Caso houvesse, seria mais evidente o desacerto da solução adotada.

³⁵⁵ Conforme previsto no parágrafo primeiro do art. 656 do CPC, incluído pela Lei nº 11.382/06, “É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)”.

³⁵⁶ Observa Rui Stoco que “O implemento, obtenção e satisfação de uma pretensão que seu titular entende legítima, mas resistida por outrem, se conseguem através do processo. Daí que todos os Códigos de Processo

impenhorabilidade constitui ato atentatório à dignidade da justiça, sujeitando o executado que assim procede às penalidades previstas na lei processual³⁵⁷.

Já sob o prisma objetivo, é aparentemente clara, aos olhos do intérprete, a contradição no comportamento do devedor que nomeia o bem de família à penhora e, em momento posterior, alega a sua impenhorabilidade. Todavia, é importante que se tenha em vista que o *nemo potest venire contra factum proprium* não tem aplicação quando houver indícios manifestos de que o bem indicado constitui bem de família nos termos da Lei nº 8.009/90. Dado o entendimento predominante de que se trata de uma garantia legal irrenunciável, cabe ao credor, na hipótese, impugnar a indicação realizada pelo devedor, assim como ao juiz indeferi-la³⁵⁸.

Não havendo, contudo, sinais que evidenciem a natureza do bem de família, a nomeação do bem à penhora pelo executado (*factum proprium*) pode repercutir na esfera alheia, despertando no exequente uma legítima confiança de que seu crédito será satisfeito por

Civil dos países mais civilizados estabelecem sanções para reprimir a conduta temerária ou de má-fé do improbus litigador. Nosso Código não foge a essa regra, tanto que dá especial ênfase ao comportamento das partes em juízo, exigindo honestidade na condução da demanda, chegando a consagrar o princípio de que o litigante de má-fé deve indenizar os danos que a outra parte vier a suportar em razão do abuso do direito de estar em juízo” (*Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 79).

³⁵⁷ No REsp nº 959.442/RS, o devedor ajuizou ação de embargos à execução fiscal para obstar a constrição judicial sobre o bem familiar, nos termos da Lei n. 8009/90, que ele mesmo havia nomeado à penhora. O juízo singular julgou procedentes os embargos a fim de desconstituir a penhora efetivada e extinguir a ação, porém condenando o embargante à multa de 15% sobre o valor do débito atualizado por infração aos arts. 600, II (“Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: [...] II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos”), e 601 (“Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução”) do CPC. A sentença foi mantida pelo TRF da 4ª Região, observando que “No caso dos autos, o embargante comprova a condição de bem de família (conforme sentença à fl. 81), de modo que o imóvel não deveria ter sido indicado à penhora para, posteriormente, em sede de embargos à execução fiscal, ser alegada a sua impenhorabilidade. Vejo que o comportamento do devedor constitui-se em ato atentatório à dignidade da justiça, de modo que deve ser mantida a condenação fixada na sentença. (...) Por se tratar de norma de ordem pública, não há como se dar guarida à alegação de que o embargante tenha renunciado à impenhorabilidade”. No STJ, a matéria acabou não sendo debatida por demandar reexame das provas (STJ, AgRg no REsp nº 959.442/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 04/02/2010, DJe 19/02/2010). Destaque-se, ainda, a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado da execução, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária (STJ, REsp nº 192.133, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21/06/1999; STJ, REsp nº 262654/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 05/10/2000, DJ 20/11/2000). Por fim, já se decidiu que não se aplica a multa por litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC) na hipótese de o executado embargar a execução invocando a proteção da Lei nº 8.009/90, após ter nomeado o bem de família à penhora, quando inexistir outros bens conhecidos que poderiam ter sido indicados preferencialmente (STJ, REsp nº 178.317, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01/12/1999).

³⁵⁸ No REsp nº 351.932/SP, observou o ministro Castro Filho: “É claro que ao juiz cabe verificar se o bem se encontra entre aqueles que podem garantir a execução. Deve, de ofício, indeferir a nomeação feita pelo credor ou precedida pelo meirinho em bem, consoante a lei, absolutamente impenhorável. Cabe ao juiz zelar pela eficiência e efetividade do processo, evitando diligências inúteis e retardatárias” (STJ, REsp 351.932/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3ª T., DJU 09.12.2003). Embora o ministro tenha referido à nomeação realizada pelo credor, o raciocínio é o mesmo quando se trata de indicação, pelo devedor, de bem protegido pela impenhorabilidade com base na Lei nº 8.009/90 (e não no art. 649 do CPC, como no caso em questão, pois nesta hipótese a jurisprudência majoritária admite a renúncia).

meio da expropriação do bem apreendido. Nesse caso, confiando na idoneidade da penhora, o exequente pode deixar de promover medidas que tenham o objetivo de perseguir outros bens penhoráveis, o que evidencia a sua adesão ao comportamento inicial. Independentemente da intenção do devedor³⁵⁹, a posterior alegação de impenhorabilidade, embora aparentemente lícita, violará a confiança legítima do credor e a boa-fé objetiva, razão pela qual será abusiva.

Na conjuntura ora descrita, para que seja possível invocar o *nemo potest venire contra factum proprium*, resta apenas aferir se o exequente sofre algum dano efetivo ou potencial a partir da ruptura da confiança. Sendo o bem de família impenhorável e tal garantia irrenunciável, poder-se-ia argumentar que o reconhecimento posterior da impenhorabilidade não traria qualquer prejuízo ao exequente, na medida em que o bem nomeado à penhora já não podia, por força de lei, destinar-se à satisfação do seu crédito. Todavia, é evidente que tal conduta contraditória do executado, no mínimo, acarreta um retardamento injustificado no processo executivo, o qual, a depender das circunstâncias concretas, pode redundar em prejuízo ao exequente.

Ademais, é interessante observar que, mesmo que se entenda ser o ato inicial de nomeação do bem de família à penhora eivado de nulidade absoluta, por ofender norma de ordem pública, tal fato não exclui a possibilidade de configuração do *venire contra factum proprium*. Apesar de alguns doutrinadores repelirem de antemão a possibilidade de se invocar o aludido princípio para impedir a impugnação de atos nulos, é preciso ter em mente que a tutela da confiança também expressa um interesse público, fundado na boa-fé objetiva e na solidariedade social³⁶⁰. Assim, nos casos de nulidade absoluta, a efetiva incidência da vedação do comportamento contraditório dependerá da ponderação, em concreto, entre o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e

³⁵⁹ “Como expressão da boa-fé objetiva, e de uma superação mesmo do voluntarismo pela preocupação com a dimensão social do exercício de situações jurídicas subjetivas, o *nemo potest venire contra factum proprium* prescinde de qualquer aspecto inerente ao sujeito que pratica a contradição. Suas intenções e ânimos são, de todo, irrelevantes para a incidência do princípio” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição...*, op. cit., p. 144-145).

³⁶⁰ Sobre a aplicação do princípio da proibição de comportamento contraditório e o problema das nulidades, ver SCHREIBER, Anderson. *A proibição...*, op. cit., p. 259-272. Esclarece o autor: “De fato, nos casos de nulidade absoluta invoca-se sempre um interesse público, uma norma cogente, um imperativo de ordem pública, que afastaria soberanamente a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*. A exclusão parece, todavia, fruto de uma concepção ideológica liberal que apartava de forma absoluta, e tratava como efetivamente contrapostos, os conceitos de ordem pública e autonomia privada” (ibidem, p. 262). Em seguida, após enfatizar a superação da *summa divisio* entre direito público e direito privado, observa que “também o *nemo potest venire contra factum proprium* expressa um interesse normativo por assim dizer público, cogente, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção à boa-fé objetiva e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. A tese de que o princípio de proibição do comportamento contraditório não se sujeita a ponderações com as regras relativas às nulidades absolutas é, portanto, falha, porque parte da premissa ultrapassada de que ordem pública e autonomia privada são campos apartados” (ibidem, p. 263-264).

na solidariedade social³⁶¹.

De fato, na ponderação em concreto, os interesses tutelados pelo bem de família tendem a prevalecer sobre a confiança frustrada do exequente, caso em que a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* não terá como consequência afastar a garantia legal da impenhorabilidade³⁶². Como já reiterado, o direito fundamental e humano à moradia do devedor recebe proteção prioritária no sistema constitucional por estar relacionado, em grau próximo, à dignidade da pessoa humana. Tamanha é a importância do interesse protegido pela garantia do bem de família legal que esta pode ser reconhecida pelo juiz independentemente de alegação da parte, o que corrobora a assertiva de que o comportamento do devedor, posto que contraditório, não tem o condão de afastá-la.

Sendo assim, embora configure exercício abusivo do direito de defesa, por afrontar a boa-fé objetiva, a invocação contraditória da impenhorabilidade do bem de família apenas ensejará, via de regra, a responsabilidade civil do executado (arts. 187 e 927 do Código Civil)³⁶³, caso decorra dano da conduta, sem prejuízo de eventuais sanções processuais. Não

³⁶¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição...*, op. cit., p. 271.

³⁶² Nesse sentido, argumenta Flavio Tartuce que “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 tem prioridade e prevalência sobre a boa-fé objetiva” (*A polêmica...*, op. cit.).

³⁶³ Acerca da responsabilidade civil por ato abusivo, convém destacar que não mais se sustenta, atualmente, o adágio romano *qui jure suo utitur, neminem laedit* (quem exerce um direito não comete falta e não está sujeito a responsabilidade). De fato, desde longa data se reconhece que não basta uma pessoa causar dano a outrem para que fique obrigada a repará-lo, eis que o dano pode ser o resultado inevitável do exercício (dito regular ou normal) de um direito (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições...*, op. cit., p. 429-430). O antigo brocardo, contudo, precisou ser revisto ao longo da história. A acepção liberal dos direitos subjetivos, tidos como poderes ou prerrogativas absolutas do indivíduo em face do Estado, dava margem a formas inadmissíveis de exercício das liberdades individuais, pondo em cheque a legitimidade do exercício do direito pela mera circunstância de ser ele reconhecido por uma norma legal. Como visto no capítulo segundo desta dissertação, a resistência histórica em se admitir a qualificação jurídica do abuso do direito como categoria autônoma deveu-se, em parte, à dificuldade de sua adaptação ao sistema tradicional da responsabilidade civil, assentado na proteção do direito de propriedade e construído a partir do conceito de ato ilícito. Conforme esclarece Anderson Schreiber, “A culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade. A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares” (*Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12). Sob forte influência do liberalismo das codificações oitocentistas, a responsabilidade indicava precipuamente a punição do ofensor, de tal modo que “responder pressupunha ser culpado” (Luiz Edson Fachin. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. Disponível em <<http://fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015). Na ótica da concepção absolutista dos direitos subjetivos, o exercício de um direito dentro dos seus limites formais, sem ultrapassar a estrutura prevista em lei – ainda que em desacordo com o valor jurídico daquele direito –, não poderia ensejar a obrigação de reparar, justamente por não configurar um ato ilícito. Já na responsabilidade civil contemporânea, por força do princípio constitucional da dignidade humana, a preocupação deslocou-se da punição do ofensor responsável para a tutela da pessoa da vítima. Prevalece, hodiernamente, a corrente doutrinária que, fundada na noção de dano injusto, propugna a desvinculação da responsabilidade civil à antijuridicidade da conduta, prestigiando o interesse merecedor de tutela do lesado diante do ato (mesmo lícito) praticado por outrem, segundo o princípio da solidariedade social. Nesse sentido,

se terá o principal efeito do *venire contra factum proprium*, qual seja, o de tornar inadmissível o exercício da conduta contraditória pelo executado, ficando este somente obrigado a reparar o dano derivado do comportamento incoerente. Apenas excepcionalmente, a ponderação em concreto poderá levar a solução distinta, mormente quando o crédito em execução destinar-se à realização de interesses relevantes do credor e o *venire contra factum proprium* acabar por impossibilitar a satisfação desse direito³⁶⁴.

Em síntese, pode-se concluir que, na ponderação dos interesses em conflito, a tutela da moradia do devedor e dos seus familiares tende a prevalecer sobre o interesse do credor mesmo quando a indicação à penhora decorra de má-fé ou quando seja abusiva a invocação da garantia legal, por ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Tal assertiva não significa que o executado estará imune a qualquer sanção pela indicação do bem de família à penhora, podendo incorrer, eventualmente, nas penas previstas no Código processual e responder por eventuais danos sofridos pelo exequente em decorrência do seu comportamento contraditório.

afirma-se que “[...] o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179). Conforme observa Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, o princípio da reparação integral resulta de longa evolução no direito brasileiro, reflete valores fundamentais do ordenamento e apresenta *status* constitucional (Art. 944 do Código Civil..., op. cit., p. 758-765). Assim, a transformação funcional da responsabilidade civil operada pela axiologia constitucional, aliada ao reconhecimento da relatividade dos direitos subjetivos, permite que se atribua, sem qualquer embaraço, a obrigação de indenizar ao titular de um direito que o exerce de forma abusiva. A regra geral da responsabilidade civil consagrada no artigo 927 do Código Civil é clara ao estatuir que há obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito (art. 186) ou por ato abusivo (art. 187), que são modalidades de atos antijurídicos. Assim sendo, o ato abusivo enseja responsabilidade civil nas mesmas condições que o ilícito, isto é, submetendo-se aos mesmos pressupostos. Sempre que houver (i) exercício abusivo de uma situação jurídica subjetiva, (ii) dano e (iii) nexos de causalidade entre o dano e o ato abusivo, ter-se-á o dever de indenizar.

³⁶⁴ Suponha-se, para ilustrar, um caso hipotético em que o crédito em execução destina-se à satisfação de interesses do credor tão relevantes quanto aqueles do devedor protegidos pela Lei nº 8.009/90, não estando previsto nas hipóteses de exceção à impenhorabilidade do seu art. 3º. Imagine-se, ainda, que o executado, que mora sozinho no imóvel caracterizado como bem de família, indica à penhora justamente o imóvel blindado pela Lei nº 8.009/90, embora fosse titular de outros imóveis penhoráveis. Confiando que seu crédito será satisfeito por meio da expropriação do imóvel indicado, o exequente deixa de buscar outros bens que pudessem se sujeitar à execução. Por fim, considere-se que, passados dois anos até que o bem de família fosse levado à hasta pública, os outros bens penhoráveis que integravam o patrimônio do executado tenham sido objeto de expropriação forçada, nesse interregno, em execuções promovidas por outros credores. Como se pode notar, a frustração da confiança acabou por fulminar com qualquer possibilidade de satisfação do direito de crédito, que, no caso, destinava-se à realização de interesses relevantes à luz da tábua axiológica da Constituição. Na pesagem dos interesses em conflito, parece razoável que preponderem os do exequente, considerando-se válida e eficaz a nomeação do bem de família à penhora.

CAPÍTULO 3: O CONTROLE DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO JURÍDICA TOTAL DO BEM DE FAMÍLIA

3.1. As fraudes contra credores e a proteção do bem de família

Em sentido amplo, a fraude é considerada a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro, podendo ser unilateral ou bilateral³⁶⁵. Segundo José de Aguiar Dias, “consiste a fraude no ato deliberadamente realizado com o fim de prejudicar direitos ou interesses: fraude contra credores, fraude fiscal, fraude à lei, fraude criminal”³⁶⁶. De modo geral, o ato fraudulento pressupõe a má-fé do agente, que se vale de um artifício para lesar interesses alheios, o que justifica o adágio latino *fraus omnia corrumpit*³⁶⁷.

Interessa à presente dissertação a fraude civil praticada em prejuízo de credores. Em razão da responsabilidade patrimonial do devedor, a sua faculdade de disposição dos bens e direitos se subordina a certas restrições, estabelecidas pelo ordenamento jurídico com o escopo de conservar o seu patrimônio, que serve de garantia geral aos credores³⁶⁸. Assim, consistem as *fraudes contra credores* – ora referidas como gênero que compreende as espécies *fraude contra credores* (arts. 158 a 165 do Código Civil) e *fraude à execução* (art. 593 do Código de Processo Civil) – na prática, pelo devedor, de ato ou atos jurídicos, absolutamente legais em si mesmos, mas prejudiciais aos interesses dos credores, frustrando, ciente e conscientemente, a regra jurídica que institui a garantia patrimonial dos credores

³⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições...*, op. cit., p. 342. No mesmo sentido, a clássica definição de Clóvis Bevilacqua: “fraude é o artifício malicioso para prejudicar terceiro, de *persona ad personam*”, citada por CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 40.

³⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. Fraude, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XXXII. Rio de Janeiro: Borsó, 1947, p. 117.

³⁶⁷ Paulo Roberto Tavares Paes, citando Luigi Carraro, afirma que o “princípio *fraus omnia corrumpit*, muito embora com opositores, é aceito como o fundamento invocado para o desfazimento do negócio fraudulento, lesivo. Quem pratica um dano deve repará-lo. Para a maioria da doutrina e jurisprudência, não há como negar aplicação ao princípio, na falta de previsão legal para todos os casos” (*Fraude contra credores*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 20).

³⁶⁸ “Para obviar a tais expedientes, arma-se o sistema jurídico de meios tendentes ao controle da livre disponibilidade e administração de bens pelo devedor para, conquanto permitindo a disposição de coisas e direitos que integram o seu patrimônio, impedir que, com isto, venha a prejudicar os seus credores; assim, preservado embora o direito de disposição da coisa, próprio do titular do domínio, aquela faculdade de disposição de bens e direitos só é de ser exercida na medida em que não moleste a segurança dos créditos de terceiros. [...] Portanto – escreve D’Avanzo –, a atividade do devedor, na disponibilidade de seus bens livres, não encontra restrição legal a não ser quando se trata de uma *atividade fraudulenta*, de atos *in fraudem*; concedendo-se, por isso, ao credor um *ius vigilandi in fraudem*, um *ius vigilandi* sobre aquele patrimônio, com o controle sobre os atos de disponibilidade do devedor, caracterizados pelo exercício de seus direitos *em fraude dos direitos de seus credores*” (CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 35-37).

sobre os bens do devedor³⁶⁹.

Por diversos modos o devedor pode aproveitar-se maliciosamente da proteção do bem de família consensual ou obrigatório com o objetivo de frustrar os interesses dos seus credores, como será analisado adiante. Na modalidade involuntária, discute-se, ainda, se a alienação do próprio bem de família, a título gratuito ou oneroso, pode ser considerada fraudulenta, tema que se mostra controvertido na jurisprudência. Assim, é importante compreender os requisitos das diferentes modalidades de fraudes contra credores que interessam à presente dissertação e de que modo elas se relacionam com a tutela do bem de família dada pela Lei nº 8.009/90.

3.1.1. A fraude contra credores e a fraude à execução: fundamentos e requisitos

Reputam-se fraudulentas as alienações feitas com o intuito de esvaziar a garantia que o patrimônio do devedor representa para os seus credores, ou pelo menos com conhecimento do prejuízo que a estes causará. Nesse cenário, diz-se haver *fraude contra credores* (ou *fraude pauliana*) quando o “devedor insolvente, ou na iminência de tornar-se tal, pratica maliciosamente negócios que desfalcam seu patrimônio em detrimento da garantia que este representa para os direitos creditórios alheios”³⁷⁰.

Constitui um defeito do negócio jurídico realizado pelo devedor com o propósito de levar aos credores um prejuízo, em benefício próprio ou alheio, furtando-lhes a garantia geral que devem encontrar no seu patrimônio³⁷¹. Trata-se, pois, de um vício social – e não de uma falha no consentimento –, porquanto prejudicados são os credores, e não uma das partes do negócio. Para que sejam fraudulentos os negócios jurídicos celebrados pelo devedor, são necessários, além da existência de um crédito anterior, dois requisitos: um objetivo (*eventus damni*) e outro subjetivo (*consilium fraudis*).

Tradicionalmente, o conceito de *eventus damni* baseia-se na insolvência do devedor. O prejuízo dos credores resulta da insolvabilidade do devedor, isto é, da lesão à garantia patrimonial³⁷². Somente se reputa prejudicial ao credor o ato que tornar o devedor insolvente

³⁶⁹ LIMA, Alvino. *A Fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 24.

³⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et alli. *Código Civil...* Vol. I, op. cit., p. 301.

³⁷¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições...*, op. cit., p. 342.

³⁷² Baseando-se nas lições de Emilio Betti, observa Marcelo Roberto Ferro que “a garantia patrimonial, surgida concomitantemente à obrigação, assume papel relevante para o credor, que, ao contratar, confia na solidez

ou que agravar ainda mais esse estado, pois, de resto, conserva o devedor plena liberdade de disposição de seus bens. Se a redução do ativo patrimonial não for a ponto de tornar o devedor insolvente, não há que se falar em prejuízo dos credores.

Em uma concepção moderna, porém, o evento danoso engloba não apenas as hipóteses de diminuição patrimonial geradoras da insolvência, ou seu agravamento, “como também as situações nas quais a substância patrimonial do devedor torna-se impotente para atender à sua finalidade originária, de assegurar a satisfação dos interesses do credor”³⁷³. Considerando-se o perfil funcional da garantia patrimonial, adquire relevo todo ato do devedor que, mesmo sem levá-lo à insolvência, importa em diminuição efetiva das chances de realização do direito do credor nos demais bens de seu patrimônio³⁷⁴. Com isso, alargam-se as hipóteses de fraude para abranger os atos de disposição que tenham por objetivo impedir a realização exitosa do crédito³⁷⁵.

Exemplo típico de lesão à garantia dos credores decorrente de ato de disposição que não diminui o patrimônio do devedor é o da venda de imóvel a justo preço³⁷⁶. Na hipótese, a fraude se justifica pela redução da *facilitas conveniendi*, na medida em que um bem imóvel constitui uma garantia mais sólida que uma soma de dinheiro. Mesmo não havendo

daqueles ativos, um dos fatores determinantes para a expressão de sua vontade. Por essa razão, é fato inegável que a vinculação dos bens ao adimplemento da obrigação – não sob a forma de vinculação direta, como se dá com os direitos reais de garantia, mas sim em decorrência do direito genérico sobre todo o patrimônio do devedor (a que os franceses chamam de ‘droit de gage général’) – confere certeza à garantia do direito de crédito, gerando, por conseguinte, a obrigação, para o devedor, de não alterar a solidez de seu patrimônio, já destinado à satisfação do direito dos credores. Saliente-se que a lei não impõe ao devedor a obrigação de adotar comportamento que satisfaça às pretensões do credor, fixando, no entanto, limites dentro dos quais seus atos não ofendam a garantia patrimonial, mas cuja transposição representa violação do que BETTI chamou de ‘dever de retidão’, diante do uso do poder de disposição dos bens de modo irresponsável, prejudicando a expectativa de satisfação dos legítimos interesses de direitos pessoais, frágeis na sua essência, por estarem sujeitos à insolvência do devedor” (*O Prejuízo na Fraude Contra Credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 38-39).

³⁷³ Ibidem, p. 43.

³⁷⁴ Explica Marcelo Roberto Ferro que “Circunstâncias existem, no entanto, que, na prática, equivalem à situação de insolvência, tendo em vista que os bens remanescentes do devedor, por sua característica, ou qualidade, impedem, ou comprometem sobremaneira, o credor de realizar seu direito. São situações nas quais o patrimônio, embora contabilmente equilibrado, não possibilita, ainda assim, a efetivação do direito do credor” (Ibidem, p. 41).

³⁷⁵ Assim, se os bens do devedor, após a celebração do ato, são apenas aqueles situados no exterior, ou são consumíveis e de fácil deterioração, ou até mesmo bens litigiosos, não será hipótese de insolvência, no sentido próprio de desequilíbrio entre passivo e ativo, mas sim de uma situação patrimonial composta de um ativo aparente que impede a atuação do credor no patrimônio do devedor.

³⁷⁶ Na explicação de Marcelo Roberto Ferro, “do ponto de vista do equilíbrio patrimonial, o ato é inatacável. Acontece, porém, que o prejuízo pauliano não se restringe a essa análise, cabendo verificar as consequências dessa alienação para a substância patrimonial, em relação aos bens restantes – se, por exemplo, o imóvel alienado fosse o único bem dessa natureza no patrimônio do devedor, que, após o ato, passou a ser constituído, apenas, de bens móveis, de fácil dissimulação, ou de difícil excussão, por estarem situados em comarcas longínquas, de difícil acesso, ou em países diversos do domicílio das partes. O ato de alienação teve por resultado tornar inegavelmente mais difícil – mas não de todo impossível – o êxito de uma futura ação executiva, afetando, por conseguinte, as reais possibilidades do credor efetivar seu direito” (Ibidem, p. 58).

insolvência absoluta, na medida em que o equilíbrio patrimonial manteve-se inalterado, admite-se a fraude porque os bens restantes do devedor são de difícil excussão, configurando a chamada *insolvência relativa* ou *insolvabilidade aparente*.

Mas não é qualquer alteração qualitativa do patrimônio, com reflexo na solidez da garantia que este representa aos credores, que deve ser considerada prejudicial a ponto de caracterizar a fraude³⁷⁷. Como a mera conveniência do credor não é suficiente para outorgar-lhe poder de imiscuir-se nos negócios do devedor, cabe ao intérprete avaliar a qualidade e o valor do patrimônio remanescente para concluir, em cada caso, se o risco de o credor não mais poder satisfazer seu crédito foi consideravelmente majorado. O entendimento em contrário, que admite o prejuízo pauliano pelo mínimo grau de comprometimento da garantia patrimonial, isto é, pela simples privação de uma garantia mais sólida, gera insegurança jurídica nas relações jurídicas e impõe uma restrição desproporcional à autonomia negocial do devedor³⁷⁸.

Outra digressão relevante sobre o prejuízo dos credores diz respeito ao momento de constatação da insolvabilidade. Como visto, o que responde pelas dívidas do devedor é o seu patrimônio com a composição existente no momento da constrição judicial. Diz-se, por isso, que o dano pauliano representa um risco, uma potencialidade de o credor ver frustrada, total ou parcialmente, a sua pretensão executiva³⁷⁹. Ainda assim, a doutrina moderna consagra a tese de desnecessidade de prévia ação executiva para a caracterização da insolvência³⁸⁰, pois a lesão à garantia patrimonial pode ser considerada um dano atual e concreto – e não futuro e eventual – no sentido de que os credores têm interesse, digno de tutela jurídica, na conservação da higidez daquela garantia.

Por fim, ainda no que tange ao *eventus damni*, convém observar que os bens impenhoráveis, tais como o bem de família, embora sejam componentes integrantes da universalidade patrimonial, não se contabilizam como ativos na aferição do equilíbrio

³⁷⁷ Yussef Said Cahali observa que “A lesão da garantia compreende o conceito de diminuição patrimonial, mas não se confunde com ele; pode, assim, haver lesão da garantia ainda a propósito de atos de disposição que não diminuam o patrimônio do devedor” (*Fraudes contra credores*, op. cit., p. 134).

³⁷⁸ “Com efeito, a *facilitas conveniendi* não pode ser levada a extremos, sob pena de desvirtuamento do conceito de prejuízo pauliano, que justificaria todo tipo de contencioso com base na maior facilidade do credor em executar o devedor, acarretando a insegurança nas relações jurídicas e pondo em xeque o princípio de que o devedor conserva a administração de seus bens. O fato é que somente uma apreciação *in concreto* pode revelar se a maior dificuldade na excussão dos bens remanescentes do devedor caracteriza *eventus damni*” (FERRO, Marcelo Roberto. *O Prejuízo...*, op. cit., p. 51).

³⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 140.

³⁸⁰ LIMA, Alvino. *A Fraude...*, op. cit., p. 144.

patrimonial. Em que pese a definição legal de insolvência³⁸¹, a aferição do prejuízo na fraude contra credores deve levar em conta apenas o ativo que efetivamente presta para fins de garantia aos direitos creditórios alheios³⁸². Logo, em regra, o bem de família somente é considerado ativo realizável em face de credores que se encontram albergados nas hipóteses de exceção à impenhorabilidade do artigo 3º da Lei nº 8.009/90.

No que tange ao elemento subjetivo (*consilium fraudis*), entendido como o “concerto realizado entre os que dele participaram na ciência do estado de insolvência”³⁸³, discute-se a respeito da necessidade de haver uma vontade deliberada e consciente do devedor de buscar a sua insolvência para frustrar a satisfação das obrigações. Embora um expressivo número de autores se posicione pela necessidade do *animus nocendi* para a caracterização da fraude³⁸⁴, o melhor entendimento exige apenas o conhecimento do prejuízo resultante do ato de alienação pelo devedor (*scientia damni*)³⁸⁵. A partir das circunstâncias fáticas, infere-se se o devedor e o terceiro adquirente sabiam – ou dispunham de elementos para saber – da condição de insolvência criada ou agravada pelo contrato celebrado. Como a ninguém é facultado desconhecer a situação do seu próprio patrimônio, o importante é identificar se, naquele caso concreto, o terceiro beneficiário do ato fraudulento deveria ter ciência do estado patrimonial do seu contratante³⁸⁶.

³⁸¹ Eis a definição de insolvência contida no art. 748 do Código de Processo Civil: “Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”.

³⁸² Observa Alexandre Grouber que um devedor é insolvente sempre que seu passivo ultrapassa seu ativo aparente (excluídos os bens dissimulados) alienável e penhorável, salvo, quanto aos bens impenhoráveis, aqueles casos em que ao devedor seria permitido, no interesse de seus credores, aliená-los (*De l’action paulienne en droit civil français contemporains* apud CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 136).

³⁸³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições...*, op. cit., p. 345.

³⁸⁴ De acordo com a pesquisa de Yussef Said Cahali, perfilham de tal entendimento Reinhart, Serafini, Sollazi, Chardon, Brezzo, Aubry e Rau, Venzi, Josserand, Ripert e Satta, entre outros. O autor, no entanto, tece críticas à corrente: “Aquela doutrina, aliás, mantendo-se fiel às origens romanas do instituto [...], leva às consequências o individualismo jurídico que caracterizava aquele direito, mostrando-se, portanto, desconforme com as necessidades do mundo moderno, em que se reclama uma segurança maior nas relações negociais” (CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 165-166).

³⁸⁵ Caio Mario da Silva Pereira, citando Ruggiero e Maroi, assevera que “Mais modernamente, e digamos, com mais acuidade científica, não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo (*animus nocendi*); basta que tenha a consciência de produzir o dano” (*Instituições...*, op. cit., p. 343). Também defendem a desnecessidade do *animus nocendi*, entre nós, Clóvis Beviláqua, Espínola, Orlando Gomes, Jorge Americano, Amílcar de Castro, Orozimbo Nonato, Pontes de Miranda e Washington de Barros Monteiro; e, no direito estrangeiro, entre outros, Planiol, Baudry-Lacantinerie e Barde, Bédarride, Maierini, Giorgi, Bonelli, Cosattini, José Vidal, M. Sinay, Butera, Barbero e Nicolò e Zappulli (CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 168).

³⁸⁶ “E, por outro lado, em relação ao *particeps fraudis*, aquele que participa do contrato fraudulento ou é beneficiado pelo ato em fraude, prevalece o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência, no sentido de que, também quanto à sua participação, não se cogita da intenção de causar prejuízo (*animus nocendi*), mas tão-somente do real ou presumível conhecimento de que o terceiro deve ter acerca da insolvência do devedor e do resultado que o ato ou contrato provocará para os credores deste” (CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 170). San Tiago Dantas enfatiza a desnecessidade de provar que o terceiro adquirente conhecia a insolvência do devedor: “basta que se prove que esta insolvência era notória, ou que o terceiro

Na hipótese de transmissão gratuita de bens, o legislador dispensa a comprovação do *consilium fraudis* do devedor e do terceiro beneficiário (art. 158 do Código Civil)³⁸⁷. Sendo o traço distintivo do contrato de doação a ausência de prestação correspectiva ou sinalagmática³⁸⁸, a proteção dos credores – que lutam para evitar um prejuízo – deve prevalecer sobre o interesse do donatário – de manter a vantagem recebida pela liberalidade³⁸⁹. Por isso, dispensa-se a investigação do elemento subjetivo nos atos a título gratuito, bastando que se prove, para a configuração da fraude, a insolvência por eles criada ou agravada, salvo quando se tratar de insolvência relativa³⁹⁰.

Por sua vez, a fraude nos atos a título oneroso depende da prova do *consilium fraudis*. O panorama é diferente porque, na alienação onerosa, o adquirente procura subtrair-se a um dano (*certat de damno vitando*), ao passo que o adquirente a título gratuito procura apenas assegurar um ganho (*certat de lucro captando*)³⁹¹. Por isso, no conflito entre os interesses dos credores do alienante e os do adquirente de boa-fé, prevalecem os deste último³⁹². Exige-se o conluio fraudulento, mas, repita-se, independentemente da intenção de prejudicar os credores do alienante.

adquirente tinha fundadas razões para conhecê-la” (*Programa de Direito Civil. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 300*).

³⁸⁷ “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos”.

³⁸⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. In: *Na medida...*, op. cit., p. 275.

³⁸⁹ Na explicação de Yussef Said Cahali: “no ato jurídico a título gratuito, o beneficiário da liberalidade procura apenas assegurar um ganho (*certat de lucro captando, certat de lucro capiendo*), enquanto o credor luta para evitar um prejuízo (*certat de damno vitando*); como no ato gratuito não existe contraprestação, ocorrendo conflito de interesses entre o credor e o terceiro favorecido, deve prevalecer o do primeiro, impondo-se ao segundo a restituição do lucro obtido com a fraude, ainda que dela não tenha participado, para que se recomponha o patrimônio do devedor, evitando-se assim que seja frustrada a garantia dos credores; e com a prevalência do interesse do credor, cujo direito restaria prejudicado pelo ato fraudulento, obsta-se a que o terceiro se enriqueça *cum alterius detrimento et injuria*” (*Fraudes contra credores*, op. cit., p. 176).

³⁹⁰ Marcelo Roberto Ferro entende não ser aplicável a presunção de fraude, nos atos gratuitos, no caso de insolvência relativa, sob os seguintes argumentos: “Com efeito, a ocorrência do prejuízo advindo da insolvência relativa não é tão certa quanto na hipótese oposta, já que o desequilíbrio patrimonial é fato objetivo e, como tal, facilmente detectável, o que não é o caso da verificação da redução de garantias após o ato impugnado, cuja averiguação requer certo grau de discricionariedade do juiz, à luz da prova existente. [...] ainda que se considere o devedor ciente do prejuízo, o mesmo não se pode afirmar com relação ao terceiro, tendo em vista que a insolvência relativa não é evidente. Pensamento diverso equivaleria a praticamente inviabilizar o instituto da doação por quem fosse devedor, já que seu ato poderia ser questionado a todo momento, com base em alegações genéricas, nem sempre fundadas, de lesão à garantia patrimonial” (*O Prejuízo...*, op. cit., p. 56-57).

³⁹¹ A assertiva é de Francesco Messineo, citado por MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 218.

³⁹² Explica Silvio Rodrigues que “Se de um lado o ordenamento jurídico quer garantir aos credores o recebimento de seus créditos, de outro, quer assegurar a firmeza das relações negociais, não permitindo que pessoas que a título oneroso adquirirem bens do insolvente, sem conhecer ou poder descobrir tal circunstância, possam ser burladas na sua boa fé e ludibriadas na justa expectativa de que o negócio, por elas aceito, revestia-se de toda a legalidade e segurança. Entre estes dois interesses é o do adquirente de boa fé o que vai ser preferido pelo legislador” (*Direito Civil*, op. cit., p. 247).

Nos termos do artigo 159 do Código Civil³⁹³, a alienação onerosa é tida por fraudulenta quando a insuficiência patrimonial for notória ou quando houver motivo para ser conhecida pelo outro contratante. Para identificar se a insolvência do devedor era presuntivamente conhecida pelo terceiro adquirente – ou, em outros termos, se este deveria ter consciência do dano causado aos credores do alienante –, deve o intérprete analisar atentamente as circunstâncias do caso concreto, podendo valer-se de quaisquer indícios e conjecturas que evidenciem a *scientia damni*³⁹⁴.

O Código Civil considera anulável o negócio jurídico praticado em fraude contra credores (art. 171, II), exigindo a propositura de ação pauliana, também chamada revocatória (art. 161), com o objetivo de “manter incólume aquela responsabilidade patrimonial do devedor, cuja garantia genérica repousa nos bens que constituem o patrimônio do devedor”³⁹⁵. Pela sistemática da lei, o credor prejudicado deve valer-se da referida ação para anular o negócio jurídico defeituoso, restituindo as partes ao estado em que antes dele se encontravam e possibilitando, em uma futura e eventual execução, a constrição de bens que, tendo saído do patrimônio do devedor, não mais constituiriam objeto de responsabilidade.

Cabe registrar, no que tange à sanção da fraude contra credores, a crítica de respeitável doutrina acerca da solução adotada pelo legislador brasileiro, ao entendimento de que tal defeito gera, em verdade, ineficácia relativa – e não anulabilidade – do negócio jurídico³⁹⁶. De fato, para realizar o objetivo da ação revocatória, não há necessidade de anular o ato de alienação, reintegrando o bem ao patrimônio do devedor, pois basta que a eficácia do negócio fraudulento seja inoponível ao credor prejudicado. Ainda assim, prevalece que o reconhecimento da ineficácia relativa dependeria da propositura de ação própria (pauliana), diferenciando-se, no ponto, do que sucede na fraude à execução³⁹⁷.

³⁹³ “Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante”.

³⁹⁴ Algumas orientações são destacadas pela doutrina acerca da presunção de insolvência decorrente das circunstâncias do negócio: “os contratos se presumem fraudulentos: a) pela clandestinidade do ato; b) pela continuação dos bens alienados na posse do devedor quando, segundo a natureza do ato, deviam passar para o terceiro; c) pela falta de causa; d) pelo parentesco ou afinidade entre o devedor e o terceiro; e) pelo preço vil; f) pela alienação de todos os bens” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 248).

³⁹⁵ LIMA, Alvino. *A Fraude no Direito Civil*, op. cit., p. 114.

³⁹⁶ Entre outros, citem-se LIMA, Alvino. *A Fraude no Direito Civil*, op. cit., p. 114; CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 76-78; PEREIRA, Regis Fichtner. *A fraude à lei*. Renovar: Rio de Janeiro, 1994, p. 81; THEODORO JR., Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto do novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas essenciais*. V. IV. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 338-341.

³⁹⁷ Convém fazer referência, embora o assunto transcenda ao objeto desta dissertação, à antiga controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a admissibilidade da apuração da fraude contra credores em embargos de terceiros opostos pelo terceiro adquirente. Sobre o tema, ver NERY JUNIOR, Nelson. *Fraude contra credores e*

Constitui a *fraude à execução* (ou *fraude de execução*) uma especialização da já analisada fraude contra credores. Interessa à presente dissertação a hipótese de alienação em fraude à execução prevista no inciso II do artigo 593, do Código de Processo Civil (correspondente ao inciso IV do art. 792 do novo CPC), que se dá na pendência de ação capaz de reduzir o devedor ao estado de insolvência. Tanto a fraude pauliana quanto a fraude à execução, em sua gênese e evolução histórica, traduzem medidas conservatórias do patrimônio do devedor e encontram fundamento na lesão à garantia geral do credor do alienante³⁹⁸. Diferenciam-se, entretanto, tais modalidades em diversos aspectos³⁹⁹.

Quando cometida na pendência de uma relação processual, o ato fraudulento não agride apenas os interesses dos credores, mas também a própria efetividade da atividade jurisdicional do Estado⁴⁰⁰. Na fraude à execução, como o Poder Judiciário foi mobilizado para buscar a satisfação do credor e, por força dela, se vê impossibilitado de trazer solução ao litígio, há um interesse público que justifica uma reação mais severa comparativamente à fraude pauliana⁴⁰¹.

Não há controvérsias acerca da sanção legal da fraude à execução: o ato fraudulento é ineficaz perante os credores do alienante (art. 792, §1º, do novo CPC⁴⁰²), o que pode ser reconhecido em embargos de terceiro ou na própria execução, dispensando-se a necessidade

embargos de terceiro. *Revista Justitia*. São Paulo: Justitia, jul/set. 1982, p. 147-158; CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 325-343.

³⁹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 67.

³⁹⁹ Eis as diferenças sistematizadas por Yussef Said Cahali: (i) quanto à natureza, a fraude à execução é considerada um instituto de natureza, e não de direito material; (ii) quanto ao momento da prática do ato fraudulento, a fraude à execução pressupõe a litispendência; (iii) quanto ao elemento subjetivo do ato impugnado, a lei dispensa a prova do *consilium fraudis* na fraude à execução, que se presume de forma absoluta; (iv) quanto à forma de impugnação do ato fraudulento, a fraude de execução pode ser reconhecida independentemente de ação própria; e (v) quanto à natureza do ato e aos efeitos da sentença, o reconhecimento da fraude à execução se dá por um juízo declaratório de ineficácia relativa do ato fraudulento (enquanto que, na fraude pauliana, a questão é controvertida, como já observado) (*Fraudes contra credores*, op. cit., p. 71-78).

⁴⁰⁰ Daí a assertiva de que a fraude à execução é mais grave que a fraude pauliana, já que “não atinge somente as justas expectativas do credor como atenta, também, contra a atividade executiva, esvaziando-a, porquanto a inexistência de bens torna inócuo o processo satisfativo” (FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 93).

⁴⁰¹ Nas palavras de Humberto Theodoro Jr.: “É, porém, muito mais grave a fraude quando cometida no curso do processo de condenação ou de execução. Além de ser mais evidente o intuito de lesar o credor, em tal situação ‘a alienação dos bens do devedor vem constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair’ (LIEBMAN, Enrico Tulio. Op. cit., n. 45, p. 85). A fraude frustra, então, a atuação da Justiça, e por isso é repelida mais energeticamente. Não há necessidade de nenhuma ação para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudulenta. A lei o considera simplesmente ineficaz perante o exequente” (*Curso de direito processual civil*. Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Vol. II. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 204).

⁴⁰² “§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente”.

de ajuizamento de ação própria pelo interessado para o reconhecimento da fraude⁴⁰³. O ato de alienação, embora válido entre as partes, não subtrai os bens à responsabilidade executória, de modo que estes continuam respondendo pelas dívidas do alienante, como se não tivessem saído do seu patrimônio⁴⁰⁴. Trata-se, portanto, de uma das hipóteses excepcionais em que o legislador permite que bens de terceiro se sujeitem à execução⁴⁰⁵.

De acordo com a doutrina processualista, dois requisitos formam a fraude à execução: a litispendência e a frustração dos meios executórios⁴⁰⁶. É pressuposto dessa modalidade de fraude a existência de ação (de natureza condenatória ou executiva) contra o devedor, ao tempo da alienação ou oneração. Ademais, a retirada do bem do patrimônio do devedor deve ser capaz de gerar ou agravar a sua insolvência, frustrando os meios executórios, o que corresponde ao elemento objetivo (*eventus damni*) da fraude contra credores⁴⁰⁷. Afirma-se, tradicionalmente, que a fraude à execução dispensa a investigação do elemento subjetivo, pois o *consilium fraudis* seria presumido de forma absoluta quando presentes os requisitos referidos⁴⁰⁸.

No entanto, a evolução do instituto da fraude à execução acabou por dar sensível

⁴⁰³ Nas palavras de Regis Fichtner: “A superveniência de insolvência do réu durante o trâmite da ação judicial da natureza condenatória ou executiva, pela alienação do seu patrimônio, configura a fraude ao processo, possibilitando seja efetivada a penhora do bem assim alienado a terceiro, nos autos da execução, independentemente da propositura de qualquer ação judicial” (*A fraude à lei*, op. cit., p. 77).

⁴⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*, op. cit., p. 173.

⁴⁰⁵ A previsão encontra-se no inciso V do artigo 592 do Código de Processo Civil de 1973: “Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: [...] V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução”. No novo código processual, a regra foi mantida, sem alterações significativas, no inciso V do artigo 790.

⁴⁰⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, op. cit., p. 307-310.

⁴⁰⁷ Araken de Assis, em obra de referência no tema, alega que “A ideia de frustração dos meios executórios substitui, à luz do art. 593, a de insolvência, que, na fraude contra credores, se afigura consequência imediata do negócio suspeito. É que, nesta espécie de fraude, impende verificar a existência do dano. No âmbito da fraude contra a execução, ao invés, dispensável se revela a investigação do estado deficitário do patrimônio, bastando a inexistência de bens penhoráveis. Daí a noção mais adequada de frustração dos meios executórios” (*Manual da execução*, op. cit., p. 314). Contudo, a diferenciação feita pelo autor (entre o elemento objetivo da fraude à execução e aquele da fraude pauliana) revela-se despicienda se adotada a concepção moderna do *eventus damni*, a que se referiu anteriormente. Já Humberto Theodoro Jr. assevera que: “Não havendo a prévia sujeição do objeto à execução, para configurar-se a fraude deverá o credor demonstrar o *eventus damni*, isto é, a insolvência do devedor decorrente da alienação ou oneração. Esta decorrerá normalmente da inexistência de outros bens penhoráveis ou da insuficiência dos encontrados. Observe-se que a insolvência não deve decorrer obrigatoriamente da demanda pendente, mas sim do ato de disposição praticado pelo devedor. Não importa a natureza da ação em curso (pessoal ou real, de condenação ou de execução)” (*Curso de direito...*, op. cit., p. 206).

⁴⁰⁸ Cite-se, entre outros, LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*, op. cit., p. 174. Nas palavras de Humberto Theodoro Jr.: “Segundo antiga doutrina, que todavia merece acolhida *cum grano salis*, não se requer, para a configuração da fraude cogitada nos arts. 592, V, e 593, a presença do elemento subjetivo da fraude (*consilium fraudis*) para que o negócio incida no conceito de fraude de execução. Para o mesmo entendimento, pouco importa, também, a boa-fé do adquirente. No dizer de Liebman, ‘a intenção fraudulenta está *in re ipsa*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional’. É irrelevante, finalmente, que o ato seja real ou simulado, de boa ou de má-fé” (*Curso de direito...*, op. cit., p. 204).

relevância ao conluio fraudulento do terceiro adquirente, em nome da segurança e da estabilidade dos negócios jurídicos. A jurisprudência mais atualizada tem procurado preservar a eficácia do ato de alienação praticado pelo devedor, no curso da demanda, se de boa-fé o adquirente⁴⁰⁹. Assim, aproximaram-se as modalidades de fraudes (fraude contra credores e fraude à execução), na medida em que também nesta é preciso investigar se o adquirente tinha ou deveria ter conhecimento do litígio insaturado contra o devedor. A diferença passou a residir no ônus probatório: enquanto na fraude pauliana compete ao credor demonstrar que a insolvência do devedor era notória, ou que havia motivo para ser conhecida pelo outro contratante, na fraude à execução há uma presunção relativa da *scientia damni* do adquirente, assegurando-se-lhe a possibilidade de elidir tal presunção com a demonstração de sua boa-fé⁴¹⁰. Tal assertiva foi corroborada pelo novo Código de Processo Civil⁴¹¹.

Como será demonstrado adiante, as duas modalidades de fraudes contra credores ora analisadas, enquanto meios conservatórios do direito de crédito, relacionam-se de forma estreita com os conflitos de interesses entre credores e devedores que decorrem da limitação de responsabilidade patrimonial fundada na proteção do bem de família. Com frequência, tais institutos jurídicos (das fraudes e do bem de família) se comunicam na solução dos problemas concretos que envolvem atos de disposição total de bens de titularidade do devedor.

3.1.2. Fraudes contra credores envolvendo a impenhorabilidade do bem de família involuntário

O fato de a proteção do bem de família realizar-se pela limitação da responsabilidade patrimonial do devedor lhe dá margem para a realização de manobras voltadas unicamente a eximir-se do pagamento de suas dívidas, contrariando o fundamento axiológico-normativo do instituto. De fato, por diversas formas o devedor pode se valer maliciosamente da proteção do bem de família com o objetivo de frustrar os interesses dos seus credores, seja na modalidade consensual, seja na modalidade involuntária.

O bem de família consensual constitui uma exceção à regra de que ninguém pode, na

⁴⁰⁹ Nesse sentido, o verbete da súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

⁴¹⁰ CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 501-507.

⁴¹¹ Nesse sentido, dispõe o §2º do art. 792 do Código de 2015: “§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem”.

qualidade de proprietário, tornar impenhoráveis bens de seu patrimônio⁴¹². Para evitar fraudes, a instituição voluntária apenas exime o bem de família da execução por dívidas contraídas a partir da averbação do ato no registro de imóveis (arts. 1.714 e 1.715 do Código Civil). Assevera a doutrina que o instituidor pode até ter dívidas anteriores, mas não pode estar insolvente no momento da constituição⁴¹³. Assim, em relação às dívidas pretéritas, a despeito de respeitáveis opiniões em sentido contrário⁴¹⁴, não há necessidade de anulação do ato de instituição do bem de família, através da ação pauliana, na medida em que tal ato reputa-se ineficaz perante os credores que já o eram ao tempo da constituição, se insolvente o instituidor.

Também na modalidade legal pode o devedor fraudar os interesses dos seus credores fazendo concentrar o conteúdo econômico expressivo do seu patrimônio em bens caracterizados como de família. Mesmo sem haver um ato de instituição voluntária, pode o devedor realizar manobras, manipulando os requisitos legais, de modo que parte expressiva de sua riqueza passe a ficar acobertada pelo manto da impenhorabilidade. Nestes casos, o bem de família involuntário estaria formalmente caracterizado mesmo sem atender ao fundamento da limitação da responsabilidade patrimonial, isto é, sem que tal restrição fosse necessária à realização dos interesses protegidos pela Lei nº 8.009/90.

O devedor que não possui imóvel próprio pode, por exemplo, adquirir uma casa

⁴¹² “Ninguém pode tornar inalienável um bem sobre o qual está exercendo o domínio. A inalienabilidade acarretando a impenhorabilidade; seria absurdo admitir que um proprietário, a todo tempo, por seu mero arbítrio, pudesse subtrair determinados bens à ação dos seus credores. A cláusula de inalienabilidade converter-se-ia em fonte de fraude” (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 153). No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, op. cit., p. 161.

⁴¹³ O Código Civil de 1916 exigia que os instituidores do bem de família não tivessem dívidas cujo pagamento pudesse ser por ele prejudicado e, além disso, estipulava que a isenção não se estendia às dívidas anteriores se verificado que a solução destas tenha se tornado inexecutível em virtude do ato de instituição (art. 71, CC/16). Assim, afirmava-se que “Tal prerrogativa só é conferida quando a instituição não ameaça direito de credores atuais. [...] Isso não significa que a instituição do bem de família só seja facultada a quem não tenha dívidas, mas, sim, que ela não é deferida ao insolvente. Se havia dívidas anteriores à instituição, mas podiam ser resgatadas com o remanescente do patrimônio do instituidor, o bem separado não poderá ser penhorado” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, op. cit., p. 157). O novo Código Civil, conforme visto no capítulo primeiro, foi mais rigoroso com o instituidor, impedindo a instituição do bem de família que ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (art. 1.715, CC/02). Daí a afirmação de Yussef Said Cahali de que, “diferentemente do direito anterior, apenas no que ultrapasse o terço do patrimônio líquido, é de questionar-se a eventual existência de fraude contra credores; até aquele limite de um terço do patrimônio líquido do instituidor ao tempo da instituição, o prédio objeto da destinação, resta incólume de responsabilidade pelas dívidas pretéritas” (*Fraudes contra credores*. 3ª ed., op. cit., p. 325).

⁴¹⁴ “E no caso do bem de família? Pode dar-se a revogação por dívidas anteriores à data do ato? [...] Lauro Laertes de Oliveira passa em revista a doutrina divergente a respeito do tema e conclui acertadamente ser imprescindível o ajuizamento da ação pauliana para a revogação do ato de instituição do bem de família, em havendo os requisitos. De fato é simplista a posição de Jorge Americano, que preleciona ser dispensável a propositura da ação na hipótese, ‘uma vez que na própria execução se provará a inconsistência do vínculo’, fazendo incidir a execução sobre o próprio imóvel vinculado” (PAES, Paulo Roberto Tavares. *Fraude contra credores*, op. cit., p. 43-44).

extremamente luxuosa para nela estabelecer a moradia familiar, que passaria a ser caracterizada *tout court* como bem de família. Por seu comportamento voluntário, o devedor estaria projetando o valor econômico do seu patrimônio, até então espalhado em bens móveis passíveis de constrição judicial, em um único bem protegido contra a ação dos seus credores. A hipótese não foi prevista pelo legislador especial, atraindo a polêmica acerca da possibilidade de penhora do bem de família de elevado valor econômico, analisada no primeiro capítulo desta dissertação.

Mesmo quando já tenha imóvel residencial próprio, pode o devedor insolvente comprar maliciosamente um imóvel mais valioso para transferir a residência da família, com o escopo de ampliar a parcela de seu patrimônio blindada contra a execução por dívidas. Cuida-se de fraude consistente, nos dizeres de Araken de Assis, em “criar impenhorabilidade aparente de residência familiar, adquirida para tal fim, nela concentrando valores antes dispersos em outros bens móveis ou imóveis”⁴¹⁵. Segundo o autor, “a má-fé resultaria da nítida intenção de, concentrando forças patrimoniais em imóvel dispendioso, criar impenhorabilidade artificial”⁴¹⁶.

A hipótese encontra-se regulada pelo art. 4º da Lei nº 8.009/90, que oferece soluções alternativas ao magistrado, conforme tenha ou não o devedor se desfeito da moradia antiga⁴¹⁷. Caso não tenha sido alienado o imóvel residencial anterior, a impenhorabilidade se transfere para a moradia familiar anterior, em consonância com a regra do parágrafo único do artigo 5º, que versa sobre a hipótese de a entidade familiar ser possuidora de vários imóveis utilizados como residência⁴¹⁸. Se já alienada a moradia antiga, prescreve a lei – não sem polêmica, como será visto – que o juiz poderá anular a venda, restaurando o patrimônio do devedor de forma que, recaindo a impenhorabilidade sobre o imóvel de menor valor, seja o novo imóvel liberado para responder pelos direitos creditórios alheios.

Antes de criticar a solução trazida pelo legislador para esta última hipótese, é preciso indagar se a aquisição maliciosa de imóvel residencial, voltada a acobertar a maior parcela possível do patrimônio do devedor sob o manto da impenhorabilidade do bem de família, pode configurar alguma das modalidades de *fraudes contra credores* analisadas acima. Em

⁴¹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, op. cit., p. 319.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 320.

⁴¹⁷ “Art. 4º. Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. § 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese”.

⁴¹⁸ “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”.

sentido amplo, compreendendo “todo ato praticado pelo devedor com a intenção de fraudar os seus credores do que lhe é devido”⁴¹⁹, não há dúvidas de que os problemas ora suscitados – seja na hipótese do devedor que não tem imóvel próprio e adquire uma casa suntuosa, seja nas hipóteses previstas no artigo 4º da lei – caracterizam-se como fraudes contra credores.

No entanto, ainda que tais atos possam acarretar prejuízo aos credores pela diminuição do patrimônio penhorável do devedor, não se pode perder de vista que somente se sujeitam à ação pauliana os *atos de disposição* de bens praticados pelo devedor em favor de terceiros⁴²⁰. Da mesma forma, o instituto da fraude à execução foi desenvolvido tendo em vista os atos de alienação ou oneração de bens do patrimônio do devedor (art. 593 do CPC/73), de modo que a sanção legal da ineficácia relativa não se compatibiliza com os problemas ora tratados.

Sendo assim, nas hipóteses citadas, a fraude (*lato sensu*) perpetrada contra os credores do adquirente do bem de família deve ser solucionada por meio da interpretação funcional da Lei nº 8.009/90, e não pelo remédio da ação pauliana. Decorrendo o prejuízo dos credores do proveito disfuncional que o devedor extrai da garantia do bem de família obrigatório, deve o juiz ajustar o alcance da limitação da responsabilidade patrimonial do devedor de acordo com o seu fundamento axiológico-normativo. A abrangência da impenhorabilidade deve ser reduzida, em cada caso, para atender concretamente à finalidade que o bem de família desempenha no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, já se observou no capítulo primeiro desta dissertação que, independentemente da má-fé do devedor, a garantia da impenhorabilidade não deve recair sobre o imóvel residencial de valor elevado, em sua integralidade, quando for possível verificar no caso concreto que a função do instituto seria desvirtuada. Como a proteção legal obstará a constrição judicial de uma parte do patrimônio do devedor não imprescindível para atender aos interesses protegidos pelo instituto, a penhora parcial do bem de família luxuoso há de ser admitida, no exato limite que se extrai da leitura da Lei nº 8.009/90 em perspectiva funcional.

⁴¹⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, op. cit., p. 637.

⁴²⁰ De acordo com Yussef Said Cahali, os atos sujeitos à revocatória têm as seguintes características: (i) patrimonialidade, (ii) atos que diminuem o patrimônio (*rectius*, o o *patrimônio penhorável*) e atos que evitam o enriquecimento, (iii) ato *inter vivos* válido e (iv) ato voluntário de disposição (*Fraudes contra credores*, op. cit., p. 189-199). Como se nota, o instituto da fraude pauliana foi desenvolvido em torno de atos de disposição de bens que provocam desfalque na garantia patrimonial, não se mostrando adequado para a solução de manobras praticadas pelo devedor no intuito de esconder-se sob o manto protetivo do bem de família legal. Ainda que se alegue haver, na aquisição do imóvel residencial, disposição de bens móveis (em geral, dinheiro) em troca do bem de família, como argumento para demonstrar a presença de todos os requisitos dos atos sujeitos à ação pauliana, deve-se ter em vista que a anulação do negócio não encerraria a melhor solução para os credores prejudicados. Ademais, na hipótese, fica difícil verificar a participação do terceiro alienante no conluio fraudulento, dado que, via de regra, age ele de boa-fé, sem ter ciência do prejuízo resultante do ato (*scientia damni*).

Já na hipótese de aquisição de imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se da moradia antiga (artigo 4º da Lei nº 8.009/90), há um ato de disposição do bem de família que, no entanto, não causa prejuízos, por si próprio, aos credores. Como o imóvel já era protegido pela impenhorabilidade da lei especial, a sua venda não reduziu o patrimônio penhorável do devedor, em nada afetando a solidez dessa garantia, razão pela qual não se está diante de uma fraude contra credores em sentido estrito⁴²¹.

Nesse contexto, a solução dada pelo legislador – de anular a venda do imóvel que servia de antiga residência – está sujeita a críticas na medida em que prejudica, sem necessidade, o terceiro adquirente de boa-fé⁴²². Interpretado o referido dispositivo legal sob a ótica funcional, conclui-se que, para harmonizar os interesses em conflito, basta que o juiz autorize a penhora do imóvel novo (de maior valor) adquirido pelo devedor, reservando a este uma parcela do produto da expropriação forçada que seja suficiente para a aquisição de outro imóvel onde sua família possa dignamente instalar-se⁴²³. Com isso, preserva-se a finalidade do bem de família, ao mesmo tempo em que se permite a satisfação dos créditos inadimplidos até o limite (e em consonância com o fundamento) da limitação de responsabilidade patrimonial do devedor, sem lesar o interesse do terceiro adquirente.

Outra questão problemática envolvendo as fraudes contra credores e a limitação da responsabilidade patrimonial decorrente da proteção do bem de família diz respeito ao comportamento malicioso do devedor que se desfaz de todos os seus bens de valor, com o objetivo de se esquivar da execução por seus credores, preservando em seu patrimônio apenas aqueles abrigados pela impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90. Diante dessa hipótese, indaga-se: o esvaziamento do patrimônio praticado pelo devedor de má-fé autoriza a penhora do bem de família, afastando-se a proteção legal conferida à esfera existencial dos beneficiários da

⁴²¹ Como observa Yussef Said Cahali, “excluem-se da revocatória aqueles atos [...] que se refiram a bens expressamente excluídos da garantia geral dos credores, como os inalienáveis e impenhoráveis” (*Fraudes contra credores*, op. cit., p. 189).

⁴²² Eis a crítica de Araken de Assis: “Solução bem mais vantajosa, do ponto de vista técnico, residiria na simples eliminação da impenhorabilidade da nova moradia, deixando o terceiro em paz. Como está redigida, a regra já assegura esta consequência, pois aqui também o juiz liberará a nova moradia para expropriação em execução singular ou coletiva. Tangente à anulação, e não ineficácia – o objetivo é garantir o retorno ao estado anterior e a residência do executado, apesar de fraudador –, o juiz deverá resguardar o direito do terceiro à restituição integral de sua prestação no negócio, como sói decorrer da anulação (art. 182 do CC-02), que implica restituições recíprocas” (*Manual da execução*, op. cit., p. 320).

⁴²³ Nesse sentido, embora adotando como parâmetro para a preservação da impenhorabilidade o valor no imóvel antigo, a opinião de Álvaro Villaça Azevedo: “Não existe, também, aqui, fraude contra credores. O que ocorre é a tentativa de aumentar a proteção da residência, porque mais valiosa. Todavia, a solução do legislador, nesse caso, é complicadíssima, pois não há necessidade de anular a alienação do primitivo bem de família, se o novo é mais valioso que o antigo. Basta, isso sim, permitir a execução do novo imóvel, além do valor que ultrapassar o do antigo, restando esse valor antigo impenhorável, ainda que contido no mais valioso” (*Bem de família*, op. cit., p. 224).

norma?

O problema sob exame já foi enfrentado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.⁴²⁴ No caso, o credor era um consumidor que contratara a aquisição de um imóvel na planta, que sequer chegou a ser construído. Na fase de execução, foi desconsiderada a personalidade jurídica da construtora e efetuada a penhora do único imóvel residencial de um dos sócios. Sob o argumento de que o sócio esvaziara seu patrimônio com a intenção de evitar a quitação do débito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admitiu a penhora do bem de família legal. Inicialmente, em julgamento de medida cautelar, a ministra relatora Nancy Andrichi manifestou o entendimento de que a consequência natural do reconhecimento da fraude à execução é a ineficácia, para os fins daquela execução, da venda promovida, não havendo um dispositivo legal que permita, de maneira direta, estender as consequências da fraude a outros bens, notadamente para o fim de afastar a impenhorabilidade do bem de família. Contudo, no exame do mérito do recurso especial, a relatora alterou sua posição, sob os seguintes fundamentos:

Analisando melhor a matéria, contudo, entendo ser possível trilhar um novo caminho. Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Todas as disposições jurídicas, notadamente as que confirmam excepcionais proteções, como ocorre com a Lei 8.009/90, só têm sentido se efetivamente protegerem as pessoas que se encontram na condição prevista pelo legislador. Permitir que uma clara fraude seja perpetrada sob a sombra de uma disposição legal protetiva implica, ao mesmo tempo, promover uma injustiça na situação concreta e enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial de proteção objetivado pelo legislador.

[...] Mais de quinze anos depois, o credor não logrou êxito em receber o valor que investiu na compra de sua casa. Há notícia no processo, inclusive, de que ele se casou e tentou, novamente, adquirir um imóvel para residir com sua nova família, tendo atravessado dificuldades e se tornado inadimplente, sob o risco de perder esse novo imóvel (fl. 55, e-STJ), não obstante mantenha, perante o réu, o crédito aqui discutido em aberto. Há, portanto, o interesse de duas famílias em conflito, não sendo razoável que se proteja a do devedor que vem obrando contra o direito, de má-fé, segundo apurou o TJ/RJ, em detrimento da do credor que, até onde se pode constatar, vem atuando nos termos da Lei.

É correta a interpretação dada pelo TJ/RJ à norma do art. 3º da Lei 8.009/90. Ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude à execução: atuou também com fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90. Todo o direito tem como limite o seu regular exercício, de boa-fé. O abuso do direito deve ser reprimido.

⁴²⁴ “VENDA DE BENS EM FRAUDE À EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAUDE QUE INDICA ABUSO DE DIREITO. 1. Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Ao alienar todos os seus bens, menos um, durante o curso de processo que poderia levá-lo à insolvência, o devedor não obrou apenas em fraude à execução: atuou também com fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90, uma vez que procura utilizar a proteção conferida pela Lei com a clara intenção de prejudicar credores. 2. Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90. 3. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, REsp n. 1.299.580 - RJ, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 20 mar. 2012).

Como se nota do voto da relatora, acolhido por unanimidade pela Turma, o abuso da proteção do bem de família foi invocado como fundamento para se admitir o afastamento da impenhorabilidade, em que pese a falta de previsão legal expressa que autorizasse tal solução. Trata-se de mais um caso em que o dogma da impenhorabilidade do bem de família foi relativizado, sob uma perspectiva sistemática e teleológica, permitindo-se, com isso, a proteção indireta de interesses existenciais do credor demonstrados no caso concreto, que, de outra forma, restariam sem abrigo. Entretanto, é preciso que se tenha extrema cautela com a solução adotada, sob pena de esvaziamento da proteção legal do bem de família e inversão da própria tábua de valores constitucional.

No caso examinado, não houve desvirtuamento da função do bem de família em si. Embora a decisão afirme que o devedor atuou com “fraude aos dispositivos da Lei 8.009/90”, o bem de família em questão destinava-se, efetivamente, à sua residência, em conformidade com o interesse protegido pela norma. Houve, em verdade, alienação fraudulenta de outros bens (penhoráveis) que integravam o patrimônio do devedor, sendo que o ordenamento já prevê instrumentos aptos a proteger os credores prejudicados em tais hipóteses. Caracterizada a fraude, admite-se, excepcionalmente, a agressão de bens que já não mais integram o patrimônio do devedor, seja pela via do art. 158 do Código Civil (fraude pauliana), seja diretamente na forma do art. 593 do Código de Processo civil (fraude à execução). Note-se que o legislador não previu, entre as exceções à impenhorabilidade do bem de família, a hipótese de fraude mediante esvaziamento do patrimônio, e deixou de fazê-lo em pleno respeito à prevalência apriorística dos interesses existenciais do devedor. Sendo assim, não parece correto se extrair a assertiva, à luz da normativa constitucional, de que a má-fé do devedor que se desfaz dos seus bens autoriza, por si só, a penhora do bem de família⁴²⁵.

Não obstante, a leitura do acórdão sugere a existência de duas circunstâncias fáticas que, somadas ao esvaziamento malicioso do patrimônio pelo devedor, parecem autorizar o excepcional afastamento da proteção legal do bem de família, à luz dos valores consagrados na Constituição, corroborando o acerto da solução aplicada. Em primeiro lugar, importa reconhecer que, aparentemente, as medidas conservatórias do patrimônio do devedor postas à

⁴²⁵ Nesse espectro, merece ser criticada a seguinte decisão: “[...] Se o executado, proprietário de dois imóveis, vende um deles após citação para execução, não pode se beneficiar da Lei n. 8.009/90 com relação ao remanescente, porquanto se acha configurada a fraude à execução” (STJ, AgRg no AI n. 177.248/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 22/09/1998). Acertada, portanto, a conclusão adotada no julgado que segue: “BEM DE FAMÍLIA. Execução. Lei 8009/90. Alienação do outro bem imóvel após vencida a dívida. O fato de o devedor ter alienado o outro bem depois de vencida a dívida de que era avalista, não torna penhorável o imóvel onde reside. Recurso conhecido em parte e provido” (STJ, REsp n. 399.439/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j. 25/11/2002).

disposição do credor diante dos desfalques fraudulentos seriam inócuas no caso concreto, ou pelo menos de reduzida efetividade. A par dessa premissa, uma segunda circunstância, determinante na solução da lide, refere-se ao fato de que também se encontrava sob ameaça o direito de moradia do próprio credor, juntamente com sua família, de maneira que a penhora do imóvel residencial do devedor se impunha, como medida excepcional, para a satisfação de um crédito com repercussões relevantes na dignidade humana do credor, a quem o ordenamento também deve resguardar um mínimo existencial.

Por fim, deve ser enfrentada uma última questão, também não disciplinada em lei, envolvendo fraudes contra credores e o bem de família involuntário. Trata-se de investigar os efeitos que a alienação do próprio bem de família, e não dos demais bens que integram o patrimônio do devedor, produz sobre a incidência da garantia legal. Como visto, o bem de família regido pela Lei nº 8.009/90 pode ser livremente alienado por seu titular, ao contrário do bem de família facultativo, regulamentado pelo Código Civil⁴²⁶. O legislador, porém, não estabeleceu os efeitos da alienação do bem de família obrigatório (a título gratuito ou oneroso), limitando-se, como já referido, a afastar a proteção ao devedor que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar (art. 4º).

À falta de disciplina legal, têm os juízes brasileiros se deparado, pouco a pouco, com casos em que o bem de família é alienado a terceiro, gratuita ou onerosamente. Surgem, assim, questões relacionadas à eficácia do ato de disposição em relação à proteção do bem de família, que podem ser sintetizadas nas seguintes indagações: a alienação do bem de família pode configurar fraude em face dos credores, autorizando que estes anulem o negócio ou promovam a penhora dos bens transferidos a terceiros? O que acontece se o devedor vende o bem de família e não adquire outro imóvel para estabelecer sua residência? A alienação a título oneroso, no curso do processo, é ineficaz em relação aos credores? Uma vez vendido, há sub-rogação da impenhorabilidade? E se ele doa o bem? Reconhecida a alienação fraudulenta, os terceiros adquirentes podem invocar a proteção legal caso já estejam morando no imóvel?

As questões levantadas são polêmicas e demandam maior aprofundamento na jurisprudência e na doutrina. Em linhas gerais, argumenta-se, de um lado, que não há que se falar em fraude se o bem alienado era impenhorável, pois faltaria o requisito do prejuízo (*eventus damni*) imprescindível à caracterização da fraude. Por outro lado, aduz-se que, se o

⁴²⁶ “Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da 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”.

devedor se desfez de seu imóvel, é porque renunciou à proteção legalmente conferida ao seu único imóvel residencial, que servia de fundamento para o próprio benefício da impenhorabilidade. Com efeito, o tema demanda uma análise mais detida, razão pela qual serão estudadas a seguir, separadamente, as hipóteses de alienação gratuita e onerosa do bem de família pelo devedor.

3.2. A alienação do bem de família pelo devedor a título gratuito

3.2.1. A fraude na doação do bem de família na experiência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

De início, cabe analisar a hipótese específica de transmissão gratuita da propriedade do bem de família pelo devedor. Após a apresentação da experiência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, tentar-se-á indicar os parâmetros que devem orientar o intérprete, a partir da valoração das circunstâncias do caso concreto em perspectiva funcional, no reconhecimento da fraude (contra credores ou de execução) decorrente da doação do bem de família.

No ano de 2014, dois julgamentos do Superior Tribunal de Justiça – um deles da 3ª Turma e outro da 4ª Turma – enfrentaram exatamente a questão da alienação gratuita, pelo devedor, do seu próprio bem de família. Por adotarem teses e conclusões diametralmente opostas na solução dos respectivos casos concretos, tais julgados chamaram a atenção da comunidade jurídica para o problema.

O primeiro deles se refere à decisão proferida no julgamento do REsp nº 1.364.509, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ⁴²⁷. No caso, um casal foi

⁴²⁷ Eis a ementa do acórdão: “CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS. DOAÇÃO DE IMÓVEL EM FRAUDE DE EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAUDE QUE INDICA ABUSO DE DIREITO. ART. ANALISADO: 1º, LEI 8.009/90. 1. Embargos de terceiro distribuídos em 12/04/2010, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 22/04/2013. 2. Discute-se se a doação realizada ao menor impúbere, do único imóvel onde reside a família, dias depois de intimados os devedores para pagar quantia certa, em cumprimento de sentença, configura fraude de execução e afasta a natureza impenhorável do bem transferido. 3. A exegese sistemática da Lei n. 8.009/90 evidencia nítida preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros. 4. Sob essa ótica, é preciso considerar que, em regra, o devedor que aliena, gratuita ou onerosamente, o único imóvel, onde reside com a família, está, ao mesmo tempo, dispondo daquela proteção legal, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência. 5. Na espécie, as circunstâncias em que

condenado em ação de despejo ao pagamento de R\$ 377.978,23. Três dias após serem intimados para o cumprimento da sentença, o imóvel onde viviam foi transferido, a título gratuito, para o filho do casal, menor absolutamente incapaz. O juízo de 1º grau entendeu que, “mesmo sendo inválida a doação, o imóvel estaria protegido pelo manto da impenhorabilidade do bem de família, de acordo com a Lei 8.009/90”.

Por sua vez, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que, embora tenha sido demonstrado nos autos que o imóvel, objeto de penhora em demanda executiva, era efetivamente um bem de família, “o mesmo não goza do benefício da impenhorabilidade, uma vez que foi objeto de doação, com intuito de fraudar a execução”. No julgamento do recurso ao Superior Tribunal de Justiça, interposto pelos devedores com fundamento na ofensa ao art. 1º da Lei nº 8.009/90, a 3ª Turma da Corte, de forma unânime, observou que:

[...] o devedor que aliena, gratuita ou onerosamente, o único imóvel, onde reside com a família, está, ao mesmo tempo, dispondo daquela proteção legal, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência; do contrário, estar-se-ia a admitir o *venire contra factum proprium*. [...] a transferência desse bem a terceiro – especialmente depois de conhecer o processo que corre contra si, capaz de reduzi-lo à insolvência – pode estar a encobrir a intenção ardilosa de fazer incidir sobre outro imóvel a proteção do bem de família, e, assim, sucessivamente, ir blindando seu patrimônio para fugir da responsabilidade que lhe impõe o art. 591 do CPC. [...] Nesse contexto, é possível, com fundamento em abuso de direito, reconhecer a fraude de execução e afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90.

O entendimento não era inédito na experiência jurisprudencial brasileira. Havia precedentes da Corte, em situações semelhantes, nos quais prevalecera a tese segundo a qual “o bem que retorna ao patrimônio do devedor, por força de reconhecimento de fraude à execução, não goza da proteção da impenhorabilidade disposta na Lei n. 8.009/90, sob pena de se prestigiar a má-fé do executado”⁴²⁸.

realizada a doação do imóvel estão a revelar que os devedores, a todo custo, tentam ocultar o bem e proteger o seu patrimônio, sacrificando o direito do credor, assim, portanto, obrando, não apenas em fraude de execução, mas também – e sobretudo – com fraude aos dispositivos da própria Lei 8.009/90. 6. Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, reconhecer a fraude de execução e afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90. 7. Recurso especial conhecido e desprovido” (STJ, REsp nº 1.364.509/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10/06/2014).

⁴²⁸ Assim decidiu a sexta Turma do STJ no AgRg no REsp n. 1.085.381–SP, relatado pelo Min. Paulo Galotti, em 10/03/2009. No caso, o agravante sustentou que a doação feita aos seus filhos em momento algum teve a intenção de fraudar a execução, eis que o imóvel continuou a pertencer à família. Assim, argumentou que o imóvel em questão antes da doação era bem de família e que, após a doação, continuou a ser bem de família, não havendo que se falar em fraude à execução ou má-fé do agravante. No entanto, a Turma entendeu que a questão do reconhecimento da fraude estava preclusa e, baseando-se em precedentes da Corte (REsp 123.495-MG, DJ de 18.12.1998; REsp 119.208-SP, DJ de 02.02.1998, REsp 170.140/SP, DJU de 17.05.1999; REsp 337.222/SP, DJU de 08.07.2007), concluiu que o bem penhorado que retorna ao patrimônio do devedor pelo reconhecimento de fraude perde a proteção conferida ao bem de família.

Já o segundo acórdão aludido, da 4ª Turma do STJ, proveniente do julgamento do Recurso Especial nº 1.227.366, em 21 de outubro de 2014⁴²⁹, foi relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão. No caso, um corretor de imóveis e sua esposa adquiriram um imóvel em 1995, no qual passaram a residir juntamente com seus filhos. Em 1998, quando já havia ações condenatórias em curso contra o corretor, o casal decidiu se separar e, antes da propositura da ação de separação consensual, lavrou escritura pública de doação do imóvel para uma das filhas, como parte do acordo verbal de divisão de bens. Posteriormente, nas execuções contra o devedor, os credores requereram a declaração de fraude à execução em virtude da insolvência do executado decorrente da referida doação.

Em 1º grau, foi determinada a penhora do imóvel, o que motivou o oferecimento de embargos de terceiro, cujo pedido foi julgado improcedente para reconhecer a ocorrência de fraude à execução no tocante apenas à meação do executado – permanecendo íntegra a parte doada pela genitora – e, por via de consequência, afastado o benefício do bem de família. Confirmada a sentença pelo tribunal gaúcho, foi interposto recurso especial, que restou provido pelo Superior Tribunal de Justiça sob o seguinte fundamento:

Quando se trata da alienação ou oneração do próprio bem impenhorável, nos termos da Lei n. 8.009/90, entende-se pela inviabilidade – ressalvada a hipótese prevista no art. 4º da referida Lei – de caracterização da fraude à execução, haja vista que, consubstanciando imóvel absolutamente insuscetível de constrição, não há falar em sua vinculação à satisfação da execução, razão pela qual carece ao exequente interesse jurídico na declaração de ineficácia do negócio jurídico. [...] No caso ora

⁴²⁹ “PROCESSO CIVIL. LEI N. 8.009/1990. RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO DO IMÓVEL À FILHA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. BEM INCINDÍVEL. IMPENHORABILIDADE DA TOTALIDADE DO BEM. 1. A impenhorabilidade do bem de família, via de regra, sobrepõe-se à satisfação dos direitos do credor, ressalvadas as situações previstas nos arts. 3º e 4º da Lei n. 8.009/1990, os quais devem ser interpretados restritivamente. Precedentes. 2. O reconhecimento da ocorrência de fraude à execução e sua influência na disciplina do bem de família deve ser aferida casuisticamente, de modo a evitar a perpetração de injustiças - deixando famílias ao desabrigo - ou a chancelar a conduta ardilosa do executado em desfavor do legítimo direito do credor, observados os parâmetros dos arts. 593, II, do CPC ou 4º da Lei n. 8.009/1990. 3. Quando se trata da alienação ou oneração do próprio bem impenhorável, nos termos da Lei n. 8.009/90, entende-se pela inviabilidade - ressalvada a hipótese prevista no art. 4º da referida Lei - de caracterização da fraude à execução, haja vista que, consubstanciando imóvel absolutamente insuscetível de constrição, não há falar em sua vinculação à satisfação da execução, razão pela qual carece ao exequente interesse jurídico na declaração de ineficácia do negócio jurídico. Precedentes. 4. O parâmetro crucial para discernir se há ou não fraude contra credores ou à execução é verificar a ocorrência de alteração na destinação primitiva do imóvel - qual seja, a morada da família - ou de desvio do proveito econômico da alienação (se existente) em prejuízo do credor. Inexistentes tais requisitos, não há falar em alienação fraudulenta. 5. No caso, é fato incontroverso que o imóvel litigioso, desde o momento de sua compra - em 31/5/1995 -, tem servido de moradia à família mesmo após a separação de fato do casal, quando o imóvel foi doado à filha, em 2/10/1998, continuando a nele residir, até os dias atuais, a mãe, os filhos e o neto; de forma que inexistente alteração material apta a justificar a declaração de ineficácia da doação e a penhora do bem. 6. A proteção instituída pela Lei n. 8.009/1990, quando reconhecida sobre metade de imóvel relativa à meação, deve ser estendida à totalidade do bem, porquanto o escopo precípua da lei é a tutela não apenas da pessoa do devedor, mas da entidade familiar como um todo, de modo a impedir o seu desabrigo, ressalvada a possibilidade de divisão do bem sem prejuízo do direito à moradia. Precedentes. 7. Recurso especial provido”.

em julgamento, é fato incontroverso que o imóvel litigioso, desde o momento de sua compra – em 31/5/1995 –, tem servido de moradia à família mesmo após a separação de fato do casal, quando o imóvel foi doado à filha, em 2/10/1998, continuando a nele residir, até os dias atuais, a mãe, os filhos e o neto. [...] O fato de ter havido doação à filha do único bem imóvel residencial da família – independentemente da data em que se consumou o negócio jurídico ou da existência de ações em trâmite contra o ex-cônjuge –, na verdade, a meu juízo, não tem o condão de desfigurar a proteção legal no caso concreto, haja vista que tal situação não encontra abrigo na norma do art. 4º da Lei n. 8.009/1990. [...] É que o parâmetro crucial para discernir se há ou não fraude contra credores ou à execução é verificar a ocorrência de alteração na destinação primitiva do imóvel – qual seja, a morada da família – ou de desvio do proveito econômico da alienação (se existente) em prejuízo do credor. Inexistentes tais requisitos, não há falar em alienação fraudulenta.

Outros precedentes no âmbito da Corte Superior já haviam sustentado que a alienação do bem de família, impenhorável que é, não pode constituir fraude justamente porque não prejudica em nada a expectativa do credor de ter o seu crédito satisfeito⁴³⁰. O julgado sob exame, contudo, aprofundou-se na análise da questão, trazendo valiosas contribuições na identificação de *standards* objetivos capazes de indicar quando a alienação do bem de família poderá, excepcionalmente, ser considerada fraudulenta.

3.2.2. Parâmetros para a caracterização de fraude na doação do bem de família

Da análise da experiência jurisprudencial brasileira, infere-se que são basicamente duas ordens de argumentação que costumam embasar o reconhecimento de fraude na alienação gratuita do bem de família. A primeira delas, de cunho meramente formal, reside na verificação da presença, em concreto, dos requisitos previstos no art. 593, II, do Código de Processo Civil, que considera em fraude de execução a alienação de bens (sem especificar se apenas penhoráveis) quando, ao tempo da alienação, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Sendo o bem de família alienado no curso de processo que possa tornar insolvente o devedor, estariam reunidos, portanto, os elementos necessários à configuração da fraude à execução, que acarreta a ineficácia relativa do negócio translativo quanto ao credor.

A esse argumento legalista, que sequer enfrenta o mérito de o bem de família ser

⁴³⁰ “Não há fraude à execução na alienação de bem impenhorável nos termos da Lei n.º 8.009/90, tendo em vista que o bem de família jamais será expropriado para satisfazer a execução, não tendo o exequente nenhum interesse jurídico em ter a venda considerada ineficaz” (STJ, REsp n. 976.566/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20/10/2010). No mesmo sentido: STJ, REsp n. 846897/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 15/03/2007; STJ, AgRg no AgResp n. 255.799/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 17/09/2013; STJ, Resp n. 1.059.805/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 26/08/2008.

imune à constrição judicial para o pagamento de dívidas, somam-se outros argumentos que levam em conta a finalidade da Lei nº 8.009/90. Como já examinado, para determinada corrente jurisprudencial, ao se desfazer do imóvel destinado à sua residência, o devedor estaria (tacitamente) renunciando à proteção legal, visto que, em regra, o bem não mais serviria para a sua moradia. Em reforço a esse raciocínio, as decisões examinadas fazem alusão, como fundamento para o reconhecimento da fraude, ao princípio da boa-fé, à vedação ao *venire contra factum proprium* e, ainda, ao abuso do direito.

A primeira linha de argumentação, pautada tão-somente na letra da lei processual, não resiste a uma interpretação lógico-sistemático-teleológica do dispositivo analisado, obrigatória em razão da unidade do ordenamento. Com efeito, o sentido normativo há de ser compreendido no âmbito do sistema, como vetor de promoção dos princípios do ordenamento ancorados na Constituição, razão pela qual deve ser superada a técnica mecânica da subsunção dos fatos concretos em rígidos esquemas legislativos.

Assim, por constituir o prejuízo (*eventus damni*) pressuposto da fraude, em qualquer de suas modalidades⁴³¹, não é possível se interpretar a regra prevista no art. 593, II, do CPC, ignorando-se, de todo, o fato de que o bem alienado no curso do processo era impenhorável. Se o ato não importou em redução da garantia patrimonial, a princípio, não há que se falar em fraude, conforme sustenta Humberto Theodoro Júnior:

Se se trata de fraude por ato causador da insolvência do devedor (art. 593 II), é indispensável que o bem alienado tenha desfalcado o acervo sobre o qual a responsabilidade patrimonial se assentava. Logo, se o devedor dispôs de bem impenhorável não há de se falar em fraude de execução, visto que o objeto da alienação jamais seria executível pelo credor que se diz prejudicado. Inexistindo possibilidade de penhorá-lo, nenhum interesse teria o credor na arguição de fraude de execução, que, aliás, na realidade nunca existiu. Da irrelevância do bem para a execução, decorre a não configurabilidade de fraude no ato de disposição.⁴³²

Já a segunda linha de argumentação que procura embasar a fraude decorrente da doação do bem de família merece ser examinada com atenção. Baseada na premissa de que a alienação do bem de família constitui uma espécie de “abuso” da proteção legal, tal corrente parte da presunção de que, se o devedor se desfez do bem, é porque este não era essencial à sua moradia. Em outros termos, a doação importaria no desaparecimento dos requisitos do

⁴³¹ Consoante observa Yussef Said Cahali, “tanto na fraude contra credores como na fraude à execução reclama-se a existência de prejuízo para o credor, decorrente da subtração do bem alienado à garantia da dívida, sendo a insolvência pressuposto comum às duas formas de fraude” (*Fraudes contra credores*, op. cit., p. 69).

⁴³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito...*, op. cit., p. 208.

bem de família involuntário⁴³³ – e não na renúncia tácita à garantia legal, argumento que esbarraria no problema da sua irrenunciabilidade *prima facie* –, possibilitando a caracterização da fraude.

Entretanto, não se pode afirmar que toda doação do bem de família, por si só, constitui fraude (a credores ou à execução). Por razões didáticas, convém segregar o deslinde do problema em duas etapas. Na primeira delas, é preciso perquirir se (e quando) a doação do bem efetivamente desqualifica a sua natureza de bem de família. Apenas em um segundo momento, quando verificado em concreto que o bem doado não mais se reveste da proteção conferida pela Lei nº 8.009/90, passa-se a indagar se existe fundamento jurídico que possibilite a caracterização da fraude.

Nessa tarefa, deve-se ter em vista a perspectiva funcional do bem de família obrigatório. Como já enfatizado à exaustão ao longo desta dissertação, o instituto protege não apenas o direito à moradia do titular do bem, mas igualmente o de todos os membros da sua entidade familiar. Logo, é imprescindível verificar se houve alteração da finalidade a que se destinava o imóvel após a sua alienação gratuita. Deve o intérprete atentar para a finalidade concreta da alienação e, acima de tudo, verificar se o adquirente é membro da família do alienante⁴³⁴.

⁴³³ São requisitos para a qualificação do bem de família (i) a propriedade do devedor sobre o bem e (ii) a destinação para fins de moradia própria ou de membro de sua família. Como visto no primeiro capítulo, em algumas hipóteses excepcionais, tais requisitos são flexibilizados pela jurisprudência.

⁴³⁴ No caso julgado pela 3ª Turma do STJ, analisado acima, o donatário era filho dos devedores e não foi considerado o critério da destinação dada ao imóvel após a sua alienação. O acórdão, embora também tenha referido ao abuso do direito, baseou-se na má-fé do casal devedor como critério distintivo para a configuração da fraude na doação do bem de família. Na tentativa de demonstrar a suposta má-fé dos devedores, aduziu-se que: “20. O único imóvel dos devedores – ou, ao menos, o até então conhecido – foi doado ao filho, exatamente três dias depois de serem eles intimados para o pagamento espontâneo da quantia de R\$ 377.978,23, pagamento esse que nunca ocorreu. 21. E sequer há falar em ausência de má-fé do donatário, já que, sendo ele menor impúbere, e, portanto, representado pelos pais, não é outra a intenção do negócio senão a manifestada pelos próprios genitores, então devedores (REsp 1.163.114/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 01/08/2011). 22. Ademais, chama também a atenção que o bem tenha sido doado pela antiga proprietária, Ledy Wolf, a qual, segundo o Tribunal de origem, figurava como promitente devedora em contrato particular de promessa de compra e venda do imóvel em questão – datado de 2002” (fl. 173, e-STJ). 23. A realização desse contrato de gaveta, seguida à doação do imóvel para o filho dos devedores, após a intimação destes na fase de cumprimento de sentença, são fatos que, analisados conjuntamente, não autorizam presumir a boa-fé do recorrente e sua esposa. Ao contrário, revelam que eles, a todo custo, tentam ocultar o bem e proteger o seu patrimônio, sacrificando o direito do credor e, portanto, obrando, não apenas em fraude de execução, mas também – e sobretudo – com fraude aos dispositivos da própria Lei 8.009/90” (STJ, REsp nº 1.364.509/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10/06/2014). Contudo, salvo melhor juízo, as circunstâncias apontadas não são suficientes para a demonstração da má-fé dos devedores, na medida em que a fundamentação desconsidera totalmente a finalidade dada ao imóvel doado. Não havendo alteração da destinação primitiva – qual seja, a residência familiar –, não há que se falar em dolo de prejudicar os credores. Dada a dificuldade de investigação do elemento subjetivo, o critério da má-fé não parece ser a melhor solução. O acórdão chegou a afirmar que a alienação do imóvel residencial, no caso, poderia “estar a encobrir a intenção ardilosa de fazer incidir sobre outro imóvel a proteção do bem de família, e, assim, sucessivamente, ir blindando seu patrimônio para fugir da responsabilidade que lhe impõe o art. 591 do CPC”, o que apenas corrobora ser problemática a verificação da

Em outros termos, sendo a finalidade residencial familiar inerente à qualificação do bem de família, a transferência do direito real de propriedade não extingue a proteção legal por si só, sendo obrigatório o exame da destinação dada ao bem pelo adquirente. Assim é que a doação do único imóvel do devedor para um membro da família que já residia – e continuou residindo – no imóvel, por exemplo, em nada prejudica a função do instituto, não havendo que se falar em qualquer “abuso” da proteção legal do bem de família⁴³⁵. Nessa conjuntura, a doação do bem de família se reputa válida e plenamente eficaz perante os credores do doador.

Diferente é a solução quando restar desvirtuada a finalidade que serve de justificativa para a limitação de responsabilidade patrimonial, como nas hipóteses de doação do bem de família a terceiro não familiar ou de o donatário, mesmo sendo parente do doador, passar a utilizar o bem para fins comerciais. Nesses casos, se o bem deixa de servir à residência do devedor e de sua família, não mais subsiste a razão de ser da limitação de responsabilidade, de modo que o bem naturalmente destinar-se-ia à função de garantia geral aos credores, caso ainda integrasse o patrimônio do devedor. Logo, a fraude estará configurada, desde que observados os demais requisitos previstos em lei, como se não mais subsistisse a impenhorabilidade no preciso momento da transferência da propriedade.

É preciso, então, avaliar se a liberalidade importou em prejuízo à garantia patrimonial dos credores, para fins de caracterização de fraude. Se evidenciado que, com a doação, o devedor tornou-se insolvente ou teve sua insolvência agravada, deve-se reconhecer a preferência do interesse dos credores quirografários, na possibilidade de satisfazer seu crédito, em relação ao do donatário. De fato, inexistente fundamento jurídico que justifique que um terceiro, não integrante da entidade familiar, seja beneficiado com a aquisição, a título gratuito, da propriedade do bem, quando o doador do bem, que deixou de usá-lo para sua moradia, tinha dívidas inadimplidas com outra pessoa. Este credor, em tais circunstâncias, deve ter preferência na constrição do bem em relação ao donatário, que o recebe sem assumir

má-fé. Permanecendo o imóvel destinado à residência familiar, por mais peculiares que sejam as circunstâncias em que se deu a alienação do bem, a má-fé apenas estaria efetivamente evidenciada por ocasião da aquisição posterior de um novo imóvel para transferir o manto da impenhorabilidade. Nesse caso, seria possível aplicar a solução contida no art. 4º da Lei nº 8.009/90.

⁴³⁵ Nesse sentido, observa Rainer Czajkowski: “O efeito da impenhorabilidade, por se cuidar de bem de família, pode subsistir em face da destinação dada ao bem. O devedor, por exemplo, que doa o único imóvel residencial que possui, e onde abriga a sua família, aos seus filhos menores, continuando tal imóvel a ter a mesma destinação, não pratica fraude contra credores. Antes da alienação o imóvel já era impenhorável; continua tendo tal característica depois de experimentar apenas uma mudança apenas formal de titularidade. Se o devedor agiu dessa maneira movido por receio ou ignorância, a questão é irrelevante. A alienação, objetivamente considerada, não teve o condão de fraudar o interesse do credor, porque a mesma destinação dada ao bem antes e depois da alienação impedia e impede a constrição” (*A impenhorabilidade...*, op. cit., p. 133-134).

prestação correspectiva⁴³⁶.

Nessa perspectiva, é possível visualizar o prejuízo dos credores quirografários apto a caracterizar a fraude na doação. Pelo desvirtuamento da função do bem de família (i.e., da *ratio* da limitação de responsabilidade), o devedor estaria burlando o princípio da responsabilidade patrimonial⁴³⁷. É dizer: enquanto voltado à moradia, o bem permanece impenhorável e não pode ser objeto de constrição para a satisfação dos direitos dos credores; contudo, se em algum momento deixar de sê-lo, deve ele integrar o complexo de direitos que serve de garantia geral aos credores, antes de beneficiar terceiros.

O raciocínio, que leva em conta a função concreta do bem de família, deve ser o mesmo para a hipótese de transmissão *causa mortis* do bem de família legal. Como visto no primeiro capítulo, a Lei nº 8.009/90 não traz qualquer referência ao limite temporal de duração do bem de família obrigatório. Enquanto, na modalidade convencional, o bem de família se extingue “com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela” (art. 1.722 do Código Civil), não existe previsão legal a respeito no regime da modalidade involuntária. Assim, impõe-se definir se a impenhorabilidade do imóvel destinado à residência do devedor permanece após a sua morte ou se o bem passa a responder pelas dívidas da herança após a abertura da sucessão⁴³⁸.

A despeito da morte do seu titular, a impenhorabilidade persistirá se e enquanto o

⁴³⁶ Na lição de Caio Mario da Silva Pereira: “Além destes argumentos, os escritores acrescentam ainda que, no conflito entre o interesse do credor e do donatário, deve prevalecer o primeiro, porque o credor luta para evitar um prejuízo (*certat de damno vitando*), enquanto que o segundo defende apenas a manutenção do lucro percebido (*certat de lucro capiendo*); mas, se a alienação foi onerosa, a aquisição custou ao adquirente uma prestação ou sacrifício patrimonial, e a sua posição é idêntica à do credor, pois *certat ambo de damno vitando*, e, nestas condições, somente deve ceder seu direito e perder o bem o adquirente que seja convencido de cumplicidade na manobra fraudulenta do devedor” (*Instituições...*, op. cit., p. 344).

⁴³⁷ A ministra Nancy Andrighi, em seu voto condutor proferido no caso analisado neste tópico, após reconhecer a existência de precedentes da Corte no sentido de que não há fraude na alienação de bem de família uma vez que o mesmo não pode ser expropriado para satisfazer a execução, observou que, não obstante, “a questão merece um olhar mais crítico, cuidadoso e casuístico, para que não se permita, concretamente, que, sob a sombra de uma disposição legal protetiva, o devedor pratique atos tendentes a frustrar a satisfação executiva do credor, o que implicaria o uso da lei para promover a injustiça e, com isso, enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial proteção objetivado pelo legislador” (STJ, REsp nº 1.364.509/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10/06/2014).

⁴³⁸ Como prevê o art. 1.997 do Código Civil, “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube”. Sobre o tema, explica Caio Mario da Silva Pereira que “O princípio dominante na matéria é que se supõe prosseguir na morte, em relação aos credores, a mesma situação patrimonial vigorante em vida. Destarte, os credores, que tinham sobre os bens do devedor um direito genérico de garantia [...], exercem-no sobre o acervo que ele deixar. O Direito Romano o enfatizava com a *separatio bonorum*, proporcionando duas massas distintas, sobre as quais convergiam as duas ordens de credores: do defunto e dos herdeiros. O benefício de inventário [...] restaura, em suas linhas gerais, a separação dos patrimônios do Direito Romano, permitindo assim que os herdeiros, ao responderem pelos encargos da herança, não vejam comprometidos os seus bens particulares, e não fiquem onerados para além das forças da herança” (*Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões. Vol. VI. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 359*).

imóvel servir de residência à entidade familiar. Não se pode afirmar, sem examinar as circunstâncias de cada caso, que a morte do proprietário do bem cessará a garantia legal. Sustenta-se, assim, que o bem de família obrigatório pode durar, além da morte do proprietário ou da maioria dos filhos, até que o último membro remanescente da família resida no imóvel⁴³⁹.

Algumas questões controvertidas podem surgir, no entanto, acerca do critério da continuidade da destinação da morada familiar. Se o herdeiro não residia no bem de família deixado pelo *de cuius* e passa a morar nele após a morte do devedor, subsiste a impenhorabilidade em face de dívidas da herança? Em relação ao alcance da noção de entidade familiar, a proteção do bem de família deve perdurar na hipótese de qualquer herdeiro legítimo⁴⁴⁰ ocupá-lo após a morte do devedor?

Considerando que a finalidade do instituto é a proteção da moradia de todos os membros da família, não é necessário que o herdeiro já resida no bem de família antes da abertura da sucessão para que seja preservada a impenhorabilidade⁴⁴¹. Em que pese haver opiniões divergentes⁴⁴², basta que o herdeiro integre a entidade familiar e não seja proprietário

⁴³⁹ “Aberta a sucessão, nesse caso a impenhorabilidade transfere-se de imediato ao cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes, que continuarem a residir, juntos ou não, no imóvel, até a partilha ou até que haja – se e enquanto isso não aconteça – o desaparecimento completo da família ou do derradeiro integrante do condomínio antes estabelecido pela sucessão hereditária, desde que residente no imóvel” (CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família*, op. cit., p. 68); “O tempo de duração do bem de família legal estende-se por todo o período em que o prédio urbano ou rural for destinado à moradia. Pode até ultrapassar o limite estabelecido pela morte do casal e pela maioria dos filhos, tendo em vista o direito hereditário. Com a morte, o quinhão transmite-se automaticamente, autorizando o herdeiro que ocupa o bem de família a nele permanecer tranquilamente” (MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*, op. cit., p. 107).

⁴⁴⁰ Na sucessão legítima, a vocação hereditária, disciplinada nos arts. 1.829 e seguintes do Código Civil, abrange os descendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau.

⁴⁴¹ Nesse sentido, o parecer de Moacir Adiers, em caso no qual o devedor faleceu deixando dívidas perante uma instituição financeira, que requereu a penhora dos bens do espólio no rosto dos autos do inventário. Após a morte do devedor, o seu filho, único herdeiro legítimo, maior e capaz, mudou-se com sua esposa e filho para o imóvel que servia de residência ao *de cuius*, até então caracterizado como bem de família. Após observar que “A família ou a entidade familiar, como tal posta na norma constitucional (art. 226 e §§), não se extingue com a morte dos cônjuges ou dos genitores”, o parecerista afirma que “Ocorrendo a imediata transmissão *ipso iure* do domínio e da posse que o autor da herança tinha para a esfera jurídica de seu herdeiro, integrando-os no patrimônio deste, e vindo o filho, único herdeiro, a ocupar o imóvel, nele fixando sua residência, há que se afirmar a permanência da impenhorabilidade do referido imóvel, principalmente se atentando para o fato de este não ser possuidor de imóvel próprio residencial” (A transmissão universal do bem de família e a manutenção de sua natureza pela imediata ocupação do único herdeiro filho. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 49, nº 283, maio/2001, p. 61).

⁴⁴² “Não se deve esquecer que o princípio da *saisine* determina a imediata transferência dos bens do *de cuius* aos seus sucessores, não havendo ‘vácuo’ na titularidade da coisa. Se os seus sucessores *faziam parte da unidade familiar beneficiada pela decisão que afastou a penhorabilidade do bem*, o vínculo perpassa junto com a titularidade da coisa e, conquanto mantenham-se utilizando o imóvel como residência, a imunidade continua mantida. [...] Se os herdeiros, entretanto, têm suas próprias famílias e *não residiam com o de cuius quando a decisão judicial afastou a penhora, não estão seguros em face de nova constrição, na medida em que não receberam propriedade livre e desimpedida*, uma vez que o falecido deixou dívidas impagas. E mesmo que o imóvel seja o único da família do herdeiro, não lhe aproveitara a imunidade, porque quando do surgimento da

de outro imóvel residencial para que, passando a morar no imóvel deixado pelo falecido, este permaneça impenhorável por dívidas da herança⁴⁴³.

Dada a preferência conferida pelo ordenamento à tutela dos interesses dos familiares em relação aos de credores do autor da herança, o simples estabelecimento da moradia pelo herdeiro integrante da família atrai a garantia da impenhorabilidade, desde que presentes os demais requisitos legais. A princípio, não cabe ao intérprete verificar se a proteção da Lei nº 8.009/90 efetivamente se faz necessária em cada caso concreto, muito menos presumir que o herdeiro dela não necessita porque não estava desabrigado antes da morte do autor da herança. Desse modo, dificilmente será possível identificar eventual exercício abusivo do direito de propriedade (especificamente da faculdade de uso) na hipótese de o herdeiro transferir a sua residência para o bem de família deixado pelo *de cujus*.

Outra coisa é verificar se o herdeiro integra, de fato, a entidade familiar do devedor falecido. A transformação operada no direito de família nas últimas décadas, em especial após a promulgação da Constituição da República de 1988, consolidou uma nova concepção do fenômeno familiar, notadamente plural, igualitário, democrático e funcionalizado à promoção da personalidade de seus membros, na medida em que é a pessoa humana o elemento finalístico da proteção estatal⁴⁴⁴. Nessa redescoberta da família, a antiga concepção jurídica do instituto, exclusivamente calcada no matrimônio, foi progressivamente substituída pelas chamadas “entidades familiares”, que incluem, em lista sempre crescente, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, a família matrimonial, as uniões estáveis, as famílias recompostas, as famílias anaparentais, e assim por diante⁴⁴⁵.

Reconhecido o pluralismo dos modelos familiares, deve o operador do direito interpretar a Lei nº 8.009/90 de forma a abranger, no âmbito da proteção legal, as várias modalidades de convivência onde predomine o afeto e que assumam feição familiar⁴⁴⁶. Nem sempre, porém, o herdeiro legítimo do devedor estará inserido na sua entidade familiar, ainda

dívida a afetação do imóvel como moradia da família do beneficiário não existia” (MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 233-234).

⁴⁴³ É o que se infere do *caput* do art. 5º da Lei nº 8.009/90: “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”.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, Gustavo Tepedino aduz que a dignidade da pessoa humana “dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo texto maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394).

⁴⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *Famílias Simultâneas...*, op. cit., p. 237.

⁴⁴⁶ VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. *A Impenhorabilidade...*, op. cit., p. 116.

que concebida esta de forma ampla e flexível, pois não é qualquer agrupamento que pode ser considerado família⁴⁴⁷. O legislador, ao delimitar as pessoas que podem ser beneficiadas na sucessão legítima, não se prendeu à noção de entidade familiar⁴⁴⁸.

3.3. A alienação do bem de família pelo devedor a título oneroso

3.3.1. O problema da sub-rogação da impenhorabilidade no produto da alienação

Por último, resta analisar os efeitos que a alienação onerosa do bem de família involuntário gera sobre a impenhorabilidade assegurada pela Lei nº 8.009/90. O raciocínio apresentado acima para a configuração de fraude na alienação a título gratuito, pautado na análise funcional do bem de família, é também útil para a hipótese de que se trata. Todavia, na alienação a título oneroso do bem de família legal, é preciso verificar se há, no direito pátrio, sub-rogação da impenhorabilidade no produto da sua venda.

Inexiste, na Lei nº 8.009/90, previsão que determine a transferência da proteção legal, em caso de venda do bem de família, para o preço recebido pela sua alienação. A omissão do legislador é passível de crítica na medida em que, sendo a finalidade última do instituto resguardar um patrimônio mínimo capaz de promover a dignidade do devedor e de sua família, a impenhorabilidade que recaía sobre o bem de família deveria, automaticamente, passar a ter como objeto o produto da sua venda, ao menos por um dado intervalo de tempo, tido como razoável para que o devedor pudesse adquirir um novo imóvel para estabelecer sua residência. Afinal, a leitura *a contrario sensu* da regra contida no art. 4º da lei sugere a possibilidade de transferência da proteção para outro imóvel de valor equivalente ou inferior

⁴⁴⁷ Por evidente, não se insere entre os objetivos desta dissertação estabelecer os limites conceituais da família e os requisitos para a configuração dos diversos arranjos familiares. Embora se trate de assunto controvertido, cite-se, para ilustrar, a opinião de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem uma família, para que seja considerada como tal, tem de possuir três características, quais sejam: a *afetividade*, como fundamento e finalidade, com desconsideração do móvel econômico; *estabilidade*, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; e *ostensibilidade*, o que pressupõe uma unidade familiar que assim se apresente publicamente (LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2016).

⁴⁴⁸ Assim, inexistindo sucessores nas classes anteriores da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil, pode ser chamado a suceder, por exemplo, um primo (colateral de quarto grau) com o qual o autor da herança não mantinha qualquer convívio em vida. Nessa hipótese, é razoável que o bem de família deixado pelo *de cuius* responda por dívidas da herança, ainda que o primo tenha a pretensão de residir no referido imóvel.

ao valor do anterior⁴⁴⁹, mesmo quando o devedor conhece seu estado de insolvência. À falta de sub-rogação da garantia, esse “direito de mudança” restaria ameaçado, pela possibilidade de constrição do dinheiro recebido pela venda, durante o período compreendido entre a venda do bem anterior e a aquisição do novo imóvel⁴⁵⁰.

Há, por sua vez, quem se posicione contrariamente à sub-rogação, ao argumento de que o devedor que vende seu imóvel está renunciando àquela proteção legal à sua moradia, ainda que sua intenção verdadeira não seja a de abrir mão do benefício da lei ou, até mesmo, que pretenda adquirir outro imóvel com o dinheiro recebido no negócio⁴⁵¹. Sendo o fundamento do bem de família a moradia, propriamente dita, do devedor e de seus familiares, a proteção legal não deveria subsistir a partir do exato momento em que o imóvel deixou de servir para tal fim, de maneira que a omissão da lei teria sido proposital. Ademais, objetiva-se que admitir a transferência da impenhorabilidade do bem de família para o produto da sua venda seria equivalente a reconhecer que cada indivíduo “tem o direito de ter blindado uma parte do seu patrimônio (independentemente de moradia), desde que prove que de alguma maneira isso contribua para a manutenção de seu lar”⁴⁵².

A despeito dos argumentos expostos, bem assim da ausência de previsão legal, a aplicação direta dos princípios constitucionais autoriza o reconhecimento da sub-rogação real da proteção, quando evidenciado, no caso concreto, que o produto da venda tenha se destinado à residência do devedor ou de sua família. Como visto, não pode a Lei nº 8.009/90

⁴⁴⁹ Araken de Assis, ao analisar a fraude prevista no art. 4º da Lei n. 8.009/90, reconhece o direito de mudança para imóvel de valor não superior, ao afirmar que a má-fé do devedor “deixa de se caracterizar se o valor do novo imóvel equivale ao do antigo, decorrendo a troca de motivos compreensíveis (comodidade, segurança, educação dos filhos, e assim por diante)” (*Manual da execução*, op. cit., p. 320).

⁴⁵⁰ Com o intuito de solucionar a deficiência apontada, o Projeto de Lei do Senado nº 60/2006 visa acrescentar um parágrafo ao art. 5º da Lei n. 8.009/90 para estender a impenhorabilidade ao produto da venda do imóvel, desde que este se destine à aquisição de outro imóvel, em até seis meses, para moradia permanente do devedor ou de sua família. Na justificativa da proposta, o Senador Valdir Raupp salienta que “a *mens legis* que dessume da Lei n. 8.009, de 1990, é a de o Estado conceder proteção à moradia da família, e não a sua perenização em determinado imóvel, pois o foco de interesse não é o imóvel, mas a família”. Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o projeto conta, até agora, com um voto favorável do Senador Marco Maciel, que destacou que a penhora do resultado da venda coloca em risco a proteção outorgada à família, e um voto contrário do Senador Roberto Requião, para quem a providência é injusta e desnecessária ao amparo da família. Em seu parecer, datado de 09/05/2014, o senador aduz que “realmente, não se pode reconhecer a impenhorabilidade do produto da venda do imóvel familiar, ainda que se tenha por objeto a aquisição de outro imóvel, uma vez que o próprio art. 4º da Lei do Bem de Família já presume que se houve a espontânea alienação do imóvel pelo devedor, tem-se o reconhecimento de fraude à execução, não gozando, portanto, da proteção da impenhorabilidade disposta na Lei mencionada, sob pena de se prestigiar a má-fé do devedor”.

⁴⁵¹ FERRIANI, Adriano. *A venda do bem de família pode caracterizar fraude?* São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI142058,101048A+venda+do+bem+de+familia+pode+caracterizar+fraude>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

⁴⁵² Ibidem. A título de exemplo, o autor menciona que o titular de uma aplicação bancária no valor de R\$ 500 mil reais poderia, pelo mesmíssimo raciocínio, pretender a impenhorabilidade do numerário, provando que os juros do investimento destinam-se ao pagamento do aluguel de sua moradia.

ser interpretada em apartado, sem levar em consideração as normas que se encontram no ápice do ordenamento jurídico – em especial, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I), aliados às disposições constitucionais que protegem a família (art. 226) e consagram a função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

Como visto, da leitura da Lei nº 8.009/90 à luz da Constituição Federal de 1988, extrai-se a necessidade de dar prevalência à perspectiva funcional do bem de família involuntário, em detrimento da estrutura estabelecida rigidamente pelo legislador. Logo, o silêncio da lei especial quanto à sub-rogação do manto da impenhorabilidade não deve ser empecilho para que o intérprete adote, no caso concreto, a solução que se revele capaz de preservar a função desempenhada pelo instituto no sistema jurídico brasileiro. Assim, quando não desvirtuado o fundamento da limitação de responsabilidade, inexistente razão jurídica que justifique a penhora do produto da venda, muito menos do próprio bem de família alienado a terceiro⁴⁵³.

Nesse cenário, impõe-se a sub-rogação da impenhorabilidade quando o devedor, mesmo se sabendo insolvente, estava em processo de negociação com terceiro para a aquisição de um novo imóvel para fixar sua residência, dependendo, para quitar o preço deste novo negócio, do produto da venda do seu imóvel residencial anterior⁴⁵⁴. No silêncio da lei,

⁴⁵³ O Código Civil prevê, por exemplo, a sub-rogação do ônus da inalienabilidade na hipótese de bens clausulados com a proibição de alienar pelo testador, no art. 1.848, §2º: “Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros”. Sobre o tema, explica Luiz Edson Fachin: “Nos casos de estabelecimento da restrição de poder com o intuito de que o adquirente mantenha um patrimônio mínimo a fim de que lhe seja assegurada uma vivência digna, casos há em que também se vislumbra a necessidade de afastar a proibição; o juiz poderá determinar, se recomendável, a sub-rogação do valor da alienação no lugar do bem” (*Estatuto jurídico...*, op. cit., p. 125). Como se nota, a *ratio* do dispositivo se aplica, da mesma forma, à sub-rogação da impenhorabilidade do bem de família involuntário.

⁴⁵⁴ Nesse sentido, destacam-se alguns acórdãos de tribunais estaduais: "IMÓVEL. IMPENHORABILIDADE. LEI 8.009/90. [...] Ademais, não há falar em fraude à execução, pois com a alienação deste imóvel para adquirir outro, com a mesma finalidade, há sub-rogação da proteção alcançada pela Lei 8.009/90. Agravo de instrumento desprovido" (TJRS, 19ª Câmara Cível, AI nº 70006993059, rel. des. José Francisco Pellegrini, j. 14/10/2003 - destaquei); "AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL RESIDENCIAL. PERMUTA, INOCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. [...] Restando comprovado que o bem penhorado destinava-se à residência da família do executado, a permuta deste por outro imóvel, localizado em outra cidade, para onde a família transferiu o seu domicílio, e que passou a ser destinada ao mesmo fim, descaracteriza a alienação como fraudulenta, até porque a caçula da penhora pela impenhorabilidade do bem não restou afastada, mantendo-se hígida a proteção social relativamente ao direito de morar, ínsita não só da dignidade do executado como de seus familiares" (TJRS, 17ª Câmara Cível, AI nº 70000942011, rel. juíza Elaine Harzheim Macedo, j. 23/05/2000); "FRAUDE À EXECUÇÃO - SIMULAÇÃO - BOA-FÉ DO ADQUIRENTE - ALIENAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE. [...] Procedida a alienação de bem de família, amparado pela impenhorabilidade, caberá à parte agravada a comprovação de que os recursos adquiridos com a venda do bem foram utilizados para a compra de outro imóvel para fins de sua residência, de forma a afastar a fraude à execução" (TJMG, Ag. n. 1.0145.99.004846-7/001, 2007); "No caso vertente, poder-se-ia falar, à primeira vista, em ocorrência de fraude de execução, uma vez que presentes todos os elementos caracterizadores do referido instituto. Ocorre que o imóvel objeto de constrição configurava-se, à época da alienação aos Terceiros/Embargantes, como bem de família, nos termos do art. 1º da Lei n. 8.009/90, e, nesse

tal orientação deve prevalecer independentemente de prévia autorização judicial para a sub-rogação da garantia⁴⁵⁵. Caso contrário, embora jamais pretendesse renunciar à proteção do bem de família que lhe assegura o ordenamento, o devedor ficaria privado de condições materiais essenciais para a promoção de uma vida digna tão somente por pretender alterar o local de sua residência.

O raciocínio é o mesmo adotado pacificamente na jurisprudência em relação à impenhorabilidade do imóvel locado, quando o devedor, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar. Tanto na hipótese do imóvel locado quanto do imóvel alienado, deve-se relativizar o requisito da efetiva moradia no imóvel exigido pelo art. 1º da Lei nº 8.009/90, interpretando-o em perspectiva funcional. Frise-se, ainda, que a mudança do devedor para imóvel menos valioso pode, em tese, até mesmo beneficiar o credor, na medida em que a diferença entre os valores dos negócios passaria a ser penhorável.

E mais: a transferência da garantia para o produto da alienação pode ser reconhecida mesmo quando este não for destinado para fins residenciais, desde que se volte ao atendimento de interesses existenciais relevantes do devedor ou de seus familiares. Revertido o produto da venda para a realização de outros interesses, desvinculados à moradia, mas também merecedores de tutela prioritária à luz da axiologia constitucional, como no caso de tratamento de uma doença, deve-se admitir a sub-rogação da impenhorabilidade em obediência à cláusula geral de tutela da pessoa humana. A formulação, ancorada na teoria do patrimônio mínimo, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, como visto no primeiro capítulo, ao assegurar a impenhorabilidade do único imóvel residencial do devedor locado a terceiros, quando a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência – e não apenas para a moradia – da família (Súmula nº 486).

Desse modo, não é possível afirmar, em abstrato, que a venda do bem de família obrigatório não implica (tampouco que implica) a sub-rogação da proteção legal. Pela perspectiva funcional, somente *a posteriori* será possível concluir se houve a transferência da impenhorabilidade para o produto da venda, a partir da destinação que lhe for dada pelo

caso, o ordenamento jurídico autoriza a sua venda para a aquisição de um novo imóvel residencial, salvo se ficar provado que essa resultou na compra de bem ou bens destinados a finalidade diversa. Não havendo alegação nesse sentido, entendo que a alienação levada a efeito pelo Executado não caracteriza fraude de execução” (TRT-23ª Região, AP nº 449201100523005/MT, Rel. Des. Tarcísio Valente, 1ª Turma, j. 08/11/2011, DJ 11/11/2011).

⁴⁵⁵ Não obstante, por se tratar de matéria controvertida, parece recomendável, ao devedor insolvente que pretenda alterar sua residência para um imóvel de menor valor, requerer prévia autorização judicial para a venda do bem com sub-rogação da impenhorabilidade, como forma de mitigar o risco de constrição do bem alienado por suposta fraude.

vendedor⁴⁵⁶. Quando verificado, em concreto, que o alienante (devedor) estava em vias de adquirir um novo imóvel para sua moradia com o dinheiro recebido pela venda do bem, ou dele dependia para outras necessidades diretamente relacionadas à dignidade humana, deve ser evitada a penhora como forma de tutelar interesses existenciais relevantes, que gozam de tutela prioritária na axiologia constitucional. Reconhecida a transferência da proteção legal, inexistente prejuízo aos credores na medida em que o bem já não era passível de penhora antes da alienação.

3.3.2. Parâmetros para a caracterização de fraude na alienação onerosa do bem de família

Embora não haja uma posição consolidada da jurisprudência sobre o tema, os tribunais brasileiros têm, com frequência, considerado que a alienação do bem de família legal não pode ensejar fraude contra credores ou fraude à execução, dada a ausência do *eventus damni*⁴⁵⁷. De fato, sendo o bem de família impenhorável por força de lei, a sua alienação onerosa não gera, a princípio, qualquer lesão à garantia patrimonial do devedor.

No entanto, como visto, quando o intérprete verificar que a alienação desvirtuou a finalidade do bem de família, não há sub-rogação da impenhorabilidade. Sendo esse o caso, o proveito econômico da venda (ou da troca) do bem de família, que ingressa no patrimônio do devedor como um ativo penhorável, pode ser desviado em prejuízo dos credores. Nessa

⁴⁵⁶ Com efeito, a verificação de eventual fraude na alienação onerosa do bem de família não pode se dar no momento da alienação, pois a diminuição maliciosa do patrimônio, no caso, apenas pode ser aferida a partir de uma sucessão de atos que se prolongam no tempo. O reconhecimento precipitado da fraude, sem que se examinem atentamente as circunstâncias fáticas – em especial, a destinação dada ao produto da alienação, se o adquirente do bem é membro da entidade familiar do devedor, se houve sub-rogação real da proteção e se há possibilidade de penhora do produto da alienação – pode acabar por ofender o mínimo existencial do devedor e de sua família, subvertendo a ordem dos valores consagrados na Constituição.

⁴⁵⁷ Além das já mencionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 976.566/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20/10/2010; STJ, REsp n. 846897/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 15/03/2007; STJ, AgRg no AgResp n. 255.799/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 17/09/2013; STJ, Resp n. 1.059.805/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 26/08/2008), citem-se os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo: “É impenhorável o imóvel que serviu de abrigo à família do executado, ainda que posteriormente alienado, pois a alienação de bem de família, que não encontra óbice legal, não alcança significado de fraude à execução, em razão de não remover garantia patrimonial do exequente, não o prejudicando, bem ao contrário, o beneficiando, em razão de possibilitar-lhe a apreensão do dinheiro correspondente” (TJ-SP, AI nº 990101911655, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 18/08/2010, 21ª Câmara de Direito Privado, DJ 31/08/2010); “Pouco importa a intenção do agravado de vender o imóvel que se encontra protegido pelo benefício da impenhorabilidade, na medida em que, inexistindo óbice legal à alienação de bem de família e que não implica fraude à execução, a situação de impenhorabilidade não é afastada por eventual alienação do mesmo” (TJ-SP, AI nº 0117111-25.2011.8.26.0000, Des. Rel. Orlando Pistoiresi, j. 29/06/2011, 30ª Câmara de Direito Privado, DJ 06/07/2011).

conjuntura, a alienação poderá ser considerada fraudulenta, na forma do artigo 159 do Código Civil ou do artigo 593, II, do Código de Processo Civil. Dito de outro modo, não sendo reconhecida a sub-rogação da impenhorabilidade, a venda do bem de família poderá caracterizar fraude contra credores ou fraude à execução, conforme o caso, se presentes os seus respectivos requisitos⁴⁵⁸.

É preciso verificar, particularmente, se a alienação gerou prejuízo aos credores, isto é, se o devedor tornou-se insolvente com a venda ou teve seu estado de insolvência por ela agravado. Nesse caso, na apuração do saldo do patrimônio, o bem de família vendido deve ser computado como um ativo realizável (como se penhorável fosse), eis que a sua alienação não se reverteu em prol da moradia própria ou de membros da família do devedor. Afastada a causa da limitação da responsabilidade patrimonial do devedor, o bem de família deve servir de garantia genérica aos credores. O fato de o juízo acerca da sub-rogação da garantia legal realizar-se *a posteriori*, por depender da verificação da finalidade concreta da alienação do bem de família, não impede que esta seja porventura considerada fraudulenta.

Em tal cenário, no exato momento em que o devedor celebra o ato de alienação do bem com o desiderato de prejudicar direitos creditórios alheios, deve-se considerar que a proteção legal do bem de família deixa de existir, cessando a impenhorabilidade, e a alienação passa a constituir verdadeiro desfalque patrimonial em detrimento dos direitos de crédito de outrem. Na hipótese, por ocasião da transferência da titularidade do bem, aquela propriedade não mais observava o fundamento axiológico-normativo da proteção ao bem de família, mesmo que o devedor ou sua família ainda estivesse fisicamente habitando no imóvel naquele instante. Com isso, supera-se a dificuldade de caracterização do prejuízo aos credores (*eventus damni*) na alienação do bem de família, sem que seja necessário recorrer a figuras como a renúncia tácita, o abuso do direito e o *nemo postest venire contra factum proprium*.

Ainda no que diz respeito ao requisito objetivo da fraude, convém reiterar que a alienação a título oneroso, mesmo quando não afetar o equilíbrio patrimonial do devedor, possibilita a caracterização da fraude pelo comprometimento da substância patrimonial. A venda de imóvel por justo preço constitui um exemplo evidente da desvinculação do conceito

⁴⁵⁸ Há, na doutrina, quem se posicione pela possibilidade de reconhecimento de fraude na alienação do bem de família sob tais circunstâncias: “É diferente, também, a situação em que a alienação do bem descaracteriza a sua destinação como abrigo da família do devedor, ou que - de outro modo - implica desvio do valor econômico do bem, afastando o credor do seu alcance. Se o devedor, por exemplo, vende o bem e tira de lá sua família, entregando o imóvel ao comprador, deixa de existir bem de família. A ação pauliana é acolhível porque a fraude reside em desviar do credor o dinheiro da venda” (CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade...*, op. cit., p. 133-134).

moderno de *eventus damni* da vetusta ideia de desequilíbrio patrimonial⁴⁵⁹. Embora não haja um prejuízo aparente à garantia patrimonial, na medida em que à saída de um bem do ativo imobilizado correspondeu a entrada de outro, do mesmo valor, no ativo circulante do devedor, a experiência revela que os valores pecuniários são mais facilmente sonegáveis que os bens imóveis. No caso, o prejuízo se manifesta na qualidade – e não na quantidade – da garantia.

Desse modo, se o devedor já era insolvente ao tempo da venda do bem de família ou se esta alienação comprometeu a essência da garantia patrimonial dos credores, resta somente o exame do elemento subjetivo. A fraude contra credores, como ressaltado, depende da verificação de que o vendedor e o terceiro adquirente tenham agido com consciência da lesão à garantia dos credores (*scientia damni*). Já a fraude de execução prescinde do elemento subjetivo, em regra, contentando-se com a litispendência. Não obstante, como visto, embora a lei exija apenas que, ao tempo da alienação, haja ação judicial contra o devedor capaz de reduzi-lo à insolvência, a jurisprudência tem afastado a fraude à execução quando verificada a boa-fé do terceiro adquirente⁴⁶⁰.

Sendo assim, o reconhecimento da fraude na alienação do bem de família poderá atingir o terceiro adquirente mesmo que este já tenha estabelecido a sua residência no imóvel⁴⁶¹. Tendo agido com consciência do prejuízo causado aos credores do vendedor, não poderá o adquirente invocar a proteção da Lei nº 8.009/90 para impedir a anulação do negócio jurídico (na fraude pauliana) ou para torná-lo eficaz relativamente ao processo (na fraude de execução)⁴⁶². A menos que da concreta ponderação dos interesses em conflito possa o intérprete inferir solução diversa, o vício no negócio jurídico aquisitivo não deve ceder diante da finalidade residencial dada ao bem pelo terceiro adquirente, ainda que tal assertiva prejudique os parentes deste.

⁴⁵⁹ FERRO, Marcelo Roberto. *O prejuízo...*, op. cit., p. 58.

⁴⁶⁰ Tal entendimento jurisprudencial foi sintetizado na súmula nº 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

⁴⁶¹ “[...] se restar reconhecido que o bem foi adquirido em fraude contra credores ou fraude à execução, não poderá o adquirente alegar em seu benefício o instituto do bem de família, pois ele não tem o condão de tornar lícito o ilícito, o que seria até um absurdo, isto é, o terceiro adquire um imóvel indevidamente, de forma irregular, e não teria nenhuma repercussão judicial” (SALAMANCHA, José Eli. *Fraude à execução: direitos do credor e do terceiro adquirente de boa-fé*. São Paulo: RT, 2005, p. 204).

⁴⁶² Nesse sentido, apontam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: “[...] cabendo agora analisar aspecto relativo a impenhorabilidade do bem, por se tratar de imóvel destinado à moradia, inconformismo este que também não mereça vingar, posto que a proteção prevista na Lei 8.009/90, não possa ser evocada pelas adquirentes de bem imóvel, quando operada a aquisição em fraude à execução” (STJ, AgRg no AgResp nº 334.975-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. em 07/11/2013); “Ocorre que se trata, no caso, de fraude de execução. Isso reconhecido, a alienação considera-se ineficaz relativamente ao processo de execução. Desse modo, o imóvel é tratado como se fora do devedor alienante. A ser de outro modo, não haveria mais defesa contra a fraude, quando se tratasse de imóvel residencial” (STJ, REsp n. 65.536-6/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T., j. em 14/08/1995).

Em resumo, na alienação a título oneroso do bem de família involuntário, deve o intérprete verificar, de início, se houve sub-rogação da impenhorabilidade no produto da alienação. Quando desvirtuada a função do instituto e a alienação não se reverter ao atendimento da moradia ou de outros interesses existenciais relevantes do devedor ou de sua família, a alienação poderá ser considerada fraudulenta, desde que reunidos os requisitos legais da fraude contra credores ou da fraude à execução. Nessa tarefa, adquire relevo a análise das circunstâncias concretas em que se deu a alienação, notadamente (i) se o bem de família foi transferido a terceiro que não pertence à entidade familiar do devedor, (ii) se foram reservadas em seu patrimônio outras situações subjetivas ativas capazes de responder por suas dívidas, (iii) se o produto da alienação foi empregado em finalidade distinta da moradia, deixando de servir à satisfação de interesses existenciais do devedor e de sua família e, por fim, (iv) se o devedor procurou acobertar este produto para dificultar a sua excussão.

CONCLUSÃO

O percurso trilhado nesta dissertação, pautado no exame funcional do instituto do bem de família involuntário, permite a inferência das seguintes conclusões:

1. O exame do instituto do bem de família sob a ótica da sua historicidade revela que, diferentemente do *homestead* texano, que buscava atender a outros anseios socioeconômicos, a modalidade involuntária prevista na Lei nº 8.009/90 foi introduzida no direito brasileiro como instrumento voltado a tornar efetiva a proteção do patrimônio mínimo do devedor, dada a utilização acanhada da modalidade consensual prevista desde o Código Civil de 1916.
2. No direito brasileiro, por meio da limitação da responsabilidade patrimonial, o bem de família desempenha a função de tutelar interesses extrapatrimoniais relevantes do devedor e dos membros de sua entidade familiar, ainda que de forma indireta e mesmo que não sejam relacionados ao direito de moradia, como se infere da hipótese do imóvel locado cujos frutos são destinados à subsistência. Assegura-se, assim, a proteção da dignidade humana mesmo em seara tipicamente patrimonial, o que demonstra que o instituto constitui emblemático exemplo de funcionalização do patrimônio aos interesses existenciais prevalentes na legalidade constitucional.
3. Como a universalidade patrimonial exerce a função de garantia geral dos credores quirografários, na solução dos conflitos de interesses atinentes ao bem de família, deve o intérprete ter em vista o preciso fundamento da limitação da responsabilidade do devedor. Embora ao ordenamento jurídico interesse preservar aquele bem no patrimônio do devedor, para que possa permanecer cumprindo a sua função social, deve-se assegurar que o sacrifício dos legítimos interesses creditórios alheios corresponda ao mínimo necessário ao atendimento dos objetivos sociais do instituto.
4. Conquanto o legislador tenha preservado a disponibilidade do bem de família involuntário, o exercício da faculdade de dispor do bem, com frequência, conflita com a finalidade prático-social do instituto. Exsurge, assim, a necessidade de preservar a coerência do sistema jurídico.
5. Dado que os institutos de direito civil são funcionalizados à realização dos preceitos constitucionais, o perfil funcional do bem de família deve atuar como fio condutor para o

adequado balanço dos interesses conflitantes diante de atos de disposição do bem de família involuntário.

6. Na valoração do ato de disposição jurídica do bem de família legal praticado pelo devedor, deve o intérprete, por meio da técnica da ponderação, harmonizar os interesses conflitantes dos diferentes atores envolvidos: os credores, o devedor, os familiares deste e, por vezes, o terceiro adquirente. Embora seja válido, via de regra, o ato de disposição, o regime da impenhorabilidade somente será afastado quando houver previsão legal (como na hipótese do bem de família dado em garantia real) ou quando tal efeito decorrer da ponderação dos interesses em conflito no caso concreto, à luz dos princípios e valores constitucionais.
7. A irrenunciabilidade *prima facie* do bem de família se justifica no direito brasileiro não apenas com fulcro no argumento de que a impenhorabilidade decorre de imposição legal, através da incidência de normas de natureza cogente, impregnadas de interesse público e ditadas por razões de ordem pública. Deve-se ter em vista que a Lei nº 8.009/90 não apenas tutela interesses do devedor, estendendo a proteção aos membros de sua família residentes no imóvel, bem como que a vedação à renúncia atua como um mecanismo para propiciar uma maior reflexão ao devedor, protegendo-o contra o irrefletido desfazimento do imóvel destinado à moradia.
8. A previsão legal de penhorabilidade do bem de família dado em garantia de dívida se assenta em duplo fundamento: de um lado, prestigia-se a autonomia negocial do devedor, permitindo o acesso a crédito; de outro lado, tutela-se a legítima confiança do credor com garantia real, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva.
9. Há fundada controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca dos requisitos necessários para que a constituição da garantia real sobre o bem de família afaste o regime da impenhorabilidade. Apesar de a jurisprudência dominante dispensar a anuência dos familiares, que também são destinatários do benefício legal, tal consentimento deve ser exigido sem prejuízo do requisito – de criação pretoriana – do efetivo benefício da família, apesar de sua imprecisão conceitual, ou de outro que seja capaz de individualizar os interesses merecedores de tutela que devem prevalecer sobre a garantia legal.
10. Interpretado em perspectiva funcional, o inciso V do artigo 3º da Lei nº 8.009/90 abrange outros instrumentos de garantia real, distintos da hipoteca. Assim, observados os requisitos legais, a impenhorabilidade também pode ser afastada pela constituição de caução no contrato de locação, penhor e propriedade fiduciária sobre o bem de família.

11. É preciso cautela para se afastar o manto da impenhorabilidade com base na má-fé do devedor, na teoria do abuso do direito e no princípio da vedação do comportamento contraditório, seja na hipótese de oferecimento em garantia real, seja na indicação do bem de família à penhora. Isso porque, além da dificuldade prática de caracterização dos referidos institutos em tais hipóteses, não se pode perder de vista a preeminência dos interesses existenciais protegidos pelo bem de família em relação ao direito creditório na axiologia constitucional.
12. Ainda que admitida a excepcional possibilidade de a renúncia à proteção do bem de família revelar-se, eventualmente, merecedora de tutela, o ato processual de nomeação do bem de família à penhora não deve ser qualificado como renúncia tácita à garantia legal. É preciso considerar que, além de não trazer qualquer benefício econômico ao executado, a nomeação à penhora do único imóvel residencial geralmente decorre de motivações externas relacionadas ao processo executivo, e não de espontânea intenção abdicativa.
13. Em regra, mesmo quando for verificada a má-fé na indicação à penhora e o executado residir sozinho no bem de família, o afastamento da garantia legal seria medida desproporcional. Deve o executado, na hipótese, sujeitar-se às sanções previstas no Código processual em razão do seu intuito protelatório.
14. Ainda que presentes os requisitos do *nemo potest venire contra factum proprium*, os interesses tutelados pelo bem de família tendem a prevalecer, na ponderação em concreto, sobre os do exequente que teve sua confiança frustrada, de modo que o comportamento contraditório poderá ensejar responsabilidade civil e sanções processuais, sem excluir a proteção da Lei nº 8.009/90 ao imóvel residencial.
15. Quando, em razão da doação do bem de família pelo devedor, restar desvirtuada a finalidade que serve de justificativa para a limitação da responsabilidade patrimonial, o interesse do credor quirografário, na constrição do bem para satisfação do seu crédito, deve prevalecer sobre o interesse do donatário, que recebe o bem sem assumir prestação correspectiva. O requisito objetivo do prejuízo aos credores, indispensável para configurar tanto a fraude pauliana quanto a fraude à execução, está presente na hipótese, na medida em que, não observando o fundamento axiológico-normativo do instituto, deve o bem doado integrar o complexo de direitos que serve de garantia geral aos credores, antes de beneficiar terceiros. Também na alienação a título oneroso, o *eventus damni* pode ser caracterizado na medida em que o bem de família deve servir de garantia genérica aos credores quando afastada a causa da limitação da responsabilidade patrimonial do devedor.

16. A aplicação direta dos princípios constitucionais autoriza o reconhecimento da sub-rogação real da proteção do bem de família quando evidenciado, no caso concreto, que o produto da venda tenha se destinado à residência do devedor ou de sua família ou, ainda, ao atendimento de outros interesses existenciais considerados relevantes na axiologia constitucional.
17. Se constatado que a alienação desvirtuou a finalidade do bem de família, afastando a sub-rogação da impenhorabilidade no produto da alienação, o negócio poderá ser considerado em fraude contra credores ou em fraude à execução, conforme o caso, desde que presentes os seus respectivos requisitos legais. Verificado que o terceiro adquirente tinha consciência da lesão à garantia patrimonial dos credores (*scientia damni*), é possível o reconhecimento da fraude mesmo que ele já tenha pago o preço do negócio e estabelecido a sua residência no imóvel.

REFERÊNCIAS

ADIERS, Moacir. A transmissão universal do bem de família e a manutenção de sua natureza pela imediata ocupação do único herdeiro filho. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Ano 49, nº 283, maio/2001, p. 49-68.

ALVIM, Agostinho. *Da doação*. São Paulo: Saraiva, 1972.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 9. Do processo de execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. Com comentários à Lei 8.009/90, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional (necessidade de unificação). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan./dez. 2007, p. 101-111.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMARAL, Francisco. *Os atos ilícitos. O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo: LTr, 2003.

BASSANO Joseph J.; THOMAS, Tim. Homestead. In: *American Jurisprudence*, v. 40. 2ª ed. Eagan: West Group, 1999.

BERMUDES, Sérgio. *As reformas do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Vol. 1, 11ª ed. Rio de Janeiro: Francisco

Alves, 1956.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Comentários às Disposições Gerais. Arts. 27 a 45. In: BITTAR, Carlos Alberto (org.). *Lei do Inquilinato Anotada e Comentada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. Editorial. *Civilistica.com*: revista eletrônica de direito civil. a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/utilidade-principios/>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

BUFULIN, Augusto Passamani. *Hipoteca: Constituição, eficácia e extinção*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

CAHALI, Yussef Said, CAHALI, Francisco José. Direito de família patrimonial. *Coleção Doutrinas Essenciais*, Vol. V. São Paulo: RT, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*.

Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-109.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do imóvel residencial). *RT*, São Paulo, ano 79, v. 662, dez. 1990, p. 58-63.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 423-443.

CASTRO MENDES, João de. *Direito civil* (Teoria geral), lições de 1972-1973, vol. II, Ed. Polic., 1973, p. 71 e ss.

CAVALCANTI, José Paulo. *Da renúncia no direito civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2013.

CORDEIRO, Ana Paula del Pretti. *O bem de família*. Uma visão (in)constitucional do contrato de fiança locatícia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

COUTO, Dinorah Bassignana. Bien de familia. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 72 – 7 a 12, num. 3. Montevideo: AEU, 1986, p. 64-84. Disponível em <

- <http://documentos.aeu.org.uy/070/072-7-64-84.pdf>>. Acesso nov/15.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 2005.
- CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família*. Teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade do bem de família: Comentários à Lei 8.009/90*, 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- DIAS, José de Aguiar. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XXXII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1947.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno (et. al.). *Curso de direito processual civil*. Execução. V. 5. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. Disponível em <<http://fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. Bem de família e patrimônio mínimo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 681-694.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A excepcional possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor à luz da dignidade da pessoa humana (uma proposta de nova compreensão da matéria). In: *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas*. 2.ª Série. Salvador: JusPodivm, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito reais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte:

Del Rey, 2006.

FERRO, Marcelo Roberto. *O Prejuízo na Fraude Contra Credores*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FOX, Lorna. *Conceptualising Home: Theories, Laws and Policies*, Oxford: Hart Publishing, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FURTADO, Gabriel Rocha. Por um novo método hermenêutico? *Revista da OAB Piauí*, ano 1, vol. 1. Piauí: OAB, 2013, p. 174-194.

FUX, Luiz. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MARÇAL, Thaís Boia. Penhorabilidade do bem de família "luxuoso" na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 77, jul., 2014.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*. DOXA 5, 1988, p. 155-173. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2015.

GAMMEL, Hans Peter Mareus Neilsen. *Laws of Texas: Third Congress, Republic of Texas, 1838-39*. Austin: The Gammel Book Company, 1898, p. 126. Disponível em <<http://texinfo.library.unt.edu/lawsoftexas/pdf/law02001.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1958.

GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do Bem de Família*. São Paulo: Ed. Síntese, 4ª ed., 1998.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Abuso do direito, velho tema, sempre atual*. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1056/36.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2015.

HARADA, Kiyoshi. Impenhorabilidade do bem de família: comentários de acórdãos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Vol. 2, jul-dez/1998, p. 221-227.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

KONDER, Carlos Nelson. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, 2012, p. 217-236.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.- dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações Jurídicas Dúpliques: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC-SP, 2009. Disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2005-09-21T08:53:11Z-1344/Publico/ClaudioLevada.pdf>.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, Alvino. *A Fraude no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

LIMA, Carlos Alexandre Neves. A renúncia ao direito de impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90. *Revista Forense*, vol. 351, ano 96. Rio de Janeiro: Forense, jul/ago/set 2000, p. 567-569.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, vol. II: Obrigações em geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. Vol. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito e as novas formas de inadimplemento das obrigações: perspectivas atuais à luz da constitucionalização do direito civil. In ANDRIGHI, Fátima Nancy (coord). *Responsabilidade civil e inadimplemento no*

direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33-64.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord). *Bem de família*. Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MARMITT, Arnaldo. *Bem de família*. Rio de Janeiro, Aide, 1995.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa Fé. In TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O abuso do direito. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado, 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MCKNIGHT, Joseph W. Protection of the Family Home from Seizure by Creditors: The Sources and Evolution of a Legal Principle. In: BAKKEN, Gordon Morris; FARRINGTON, Brenda. *Law in the West*. Garland Publishing, Inc., 2000, p. 291-323.

MCKNIGHT, Joseph W. Homestead Law. *Handbook of Texas Online*. Disponível em <<http://www.tshaonline.org/handbook/online/articles/mlh02>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Unibrazil, Vol. 7, n. 7, (jan./jun. 2010), p. 324-351. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Modenesi.pdf>.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In Gustavo TEPEDINO (coord.). *Direito civil contemporâneo*:

novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art. 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral, in Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 757-796.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. Uma análise sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 97, jan/mar 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181828/000435281.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 2 dez. 2015.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUNARO, Franciel. A cláusula geral do abuso de direito como função *longa manus* do instituto da responsabilidade civil. Londrina: *Scientia Iuris*, v. 11, 2007, p. 57-72.

NERY JUNIOR, Nelson. Fraude contra credores e embargos de terceiro. *Revista Justitia*. São Paulo: Justitia, jul/set. 1982, p. 147-158; CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 325-343.

NUNN, William H. *A Study of the Texas Homestead and Other Exemptions*. Austin: Baldwin, 1931.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado - Herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Fraude contra credores*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*, 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. V, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões. Vol. VI*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- PEREIRA, Regis Fichtner. *A fraude à lei*. Renovar: Rio de Janeiro, 1994.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., ver. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº 80, Lisboa, 1968, p. 191 e ss.
- PESSÔA, Leonel Cesarino. Bem de Família, Aspectos Fiscais e a Jurisprudência. In: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord). *Bem de família*. Aspectos jurídicos relevantes, op. cit., p. 53-66.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 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 (Orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.
- REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007.
- RENTERÍA, Pablo Waldemar. *Autonomia negocial e direito real de penhor*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II. Tradução da 6ª ed. italiana. São Paulo: Saraiva.
- SALAMANCHA, José Eli. *Fraude à execução: direitos do credor e do terceiro adquirente de boa-fé*. São Paulo: RT, 2005.
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Programa de Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia nos contratos de adesão civis*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2015.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Vol. II. 5ª ed. Rio de

Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de Processo Civil interpretado*. Vol. 7. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia*. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-20-dezembro-2009-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Ano 1, n. 1. São Paulo: 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et all. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHREIBER, Anderson. Famílias Simultâneas e Redes Familiares, in *Direito da Família e das Sucessões – Temas Atuais*, coord. Giselda Hironaka et alli, São Paulo: GEN/Método, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Enio Moraes da. *Considerações críticas sobre o novo bem de família*. Curitiba: Juruá Editora, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Manual da penhora de bem imóvel na execução*

trabalhista. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luiz Carlos Pacheco e. Bem de Família, Fiança e a Lei nº 8.245/91 – Questões Polêmicas. In: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord). *Bem de família*. Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Tranches. Bem de família – Limitações penais de incidência. In: MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (coord). *Bem de família*. Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, n. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun., 2012, p. 35–91.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 58, p. 75-110, 2014.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. *A polêmica do bem de família ofertado*. Disponível em <<http://flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 18, 2010. Disponível em <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadadenadisposicaoodeorgaospara depoisdamorte.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

TELES, Inocêncio Galvão. *Das universalidades*. Lisboa: Minerva, 1940.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et alli. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et alli. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e BODIN DE MORAES, Maria Celina (orgs.) et alli. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. III. Rio

de Janeiro: Renovar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional. In: *Temas de Direito Civil*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas sobre a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. n. 17, out./dez. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In *Direito civil contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (Org.). São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa Fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Vol. II. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto do novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Doutrinas essenciais*. V. IV. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 327–363.

VALLONE, Giuseppe. Esecuzione forzata e responsabilità patrimoniale del debitore. Tese de doutorado. Palermo: Università Degli Studi di Palermo, 2014. Disponível em <<https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/91187/99850/Esecuzione%20forzata%20e%20responsabilit%C3%A0%20patrimoniale%20del%20debitore.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. *A Impenhorabilidade do Bem de Família e as Novas Entidades Familiares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa de. *A Impenhorabilidade do Bem de Família e as Novas Entidades Familiares*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VELOSO, Zeno. Bem de família. *Revista de informação legislativa*, v. 27, n. 107, jul./set. 1990, p. 203-214.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Ávila Dalsenter. *Autonomia existencial na legalidade constitucional: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro*. 2015. 252 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.