

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE  
BACHARELADO EM DIREITO**

**GEISA MARIA DE BRITO BATISTA**

**A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA DE ELEVADO VALOR**

**Aracaju**

**2016**

**GEISA MARIA DE BRITO BATISTA**

**A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA DE ELEVADO VALOR**

Monografia apresentada a Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe  
como um dos pré-requisitos para  
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador Prof. Esp. Diogo Dória Pinto

**Aracaju**

**2016**

**GEISA MARIA DE BRITO BATISTA**

**A (IM)PENHORABILIDADE DO BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA DE ELEVADO VALOR**

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Esp. Diogo Dória Pinto  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Me. Emerson Charles Pracz  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Me. Manuel Menezes Cruz  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico o presente trabalho ao Senhor.

## **AGRADECIMENTOS**

Obrigada por tudo, Pai. Agradeço por ter permitido cada tropeço e cada desvio no caminho, pois tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu. Hoje entendo que os teus sonhos para a minha vida são muito mais altos que os meus. O teu amor infinito me constrange.

Agradeço à minha mãe por sempre apoiar meus sonhos, pelos incontáveis sacrifícios, por ter mais fé em mim do que eu mesma. A senhora é meu maior exemplo, minha fortaleza, o amor da minha vida.

Agradeço ao meu pai por tudo, especialmente por ter me ensinado sobre o valor dos estudos.

Agradeço à Valentina, pelas lições diárias sobre o real significado de amor incondicional.

Obrigada à minha família, principalmente à minha bisavó Myriam, minha avó Leticia e meus tios Galenicia e Galeno, pela infância mais repleta de amor e carinho que uma criança pode ter. Não há distância que apague o amor que sinto por todos vocês.

Obrigada a todos na PFN por me acolherem tão bem. Foram dois anos maravilhosos e de muito aprendizado.

Agradeço ao meu orientador, o professor Diogo Dória, pela enorme paciência e boa vontade, bem como pelos ensinamentos e dicas preciosas.

Agradeço ao Dr. Thiago Moreira pela paciência e confiança, pelas inúmeras oportunidades e desafios e pela enorme generosidade em compartilhar um pouco de seu conhecimento comigo.

Agradeço a todos os meus amigos. Vocês são a família que meu coração escolheu. A minha vida é mais leve e feliz porque vocês existem.

Ninguém jamais poderá acreditar nesta narrativa, ao lê-la, mais do que eu acreditei ao escrevê-la.

(Charles Dickens)

Todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais que os outros.

(George Orwell)

## RESUMO

O presente trabalho trata a problemática da impenhorabilidade do bem de família de alto valor, considerada absoluta no âmbito de boa parte dos tribunais pátrios. O aludido instituto possui por finalidade precípua a proteção à dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, resguardando o imóvel que serve de residência ao devedor e à sua família de atos de constrição patrimonial. Com efeito, a impenhorabilidade do bem de família visa resguardar ao executado um patrimônio mínimo, imprescindível a uma existência digna. Não obstante, em se tratando em imóvel de elevada monta, não deve subsistir o manto protetivo, visto que não há falar em mínimo existencial. Outrossim, não se deve ignorar que o credor possui o direito fundamental a uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetivamente apta à consecução do bem da vida colimado. Invariavelmente, o indeferimento da penhora resultará na completa frustração do seu direito, tendo em vista a comum inexistência de outros bens idôneos à satisfação do débito. Tendo em vista a lacuna da Lei 8.009/90 acerca da questão, bem como do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, omissões usualmente utilizadas como fundamento para não permitir a penhora do imóvel, pretende-se demonstrar que a concepção e aplicação do Direito mediante uma ótica puramente positivista, restrita ao método subsuntivo e à declaração da vontade do legislador, não se revela mais suficiente em um ordenamento jurídico que prima pela força normativa dos princípios. Advoga-se, portanto, que em se tratando de processo judicial no qual o referido bem é o único encontrado, não dispondo o devedor de qualquer outro meio que possa satisfazer o seu débito, será possível a relativização da impenhorabilidade através da utilização da cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial e da ponderação.

**Palavras-chave:** Bem de família. Elevado valor. Dignidade da Pessoa Humana. Devido processo.

## ABSTRACT

This paper is about the question of high value family realty being unseizable, what has been considered unconditional in many Brazilian courts. This unseizability intends to protect the human being's dignity, built upon the Democratic State of Law by the 1998 Federal Constitution, protecting the property serving the residence of the debtor and his family acts of balance constriction. Indeed, unseizability the family and aims to protect to run a minimum equity, essential to a dignified existence. Nevertheless, when it comes to high-riding property, must not stand the protective mantle, as there is talk of existential minimum. Moreover, one should not ignore that the lender has the fundamental right to a fair judicial protection, adequate and effectively able to attain the good of collimated life. Invariably, the rejection of the attachment will result in complete frustration of their right, in view of the common absence of other goods suitable to satisfy the debt. Considering the gap on the Act 8.009/90 about this question and what says the new Civil Process Code (Act 13.105/15), based in which gaps that are usually used as an excuse not to allow the property's unavailability, this paper intends to show that the conception and application of the Law through a strict look, limited to the lawmaker's will, it's not enough where laws honor the power of principles. Therefore, some defend that when we talk about litigation in which the realty is the only property found and the person in debt doesn't have any other way to pay his debts, it's possible to soften the unseizability using the principle of substantive due process of law and balance.

**Keywords:** Homestead. High value. Dignity of human person. Due process of law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO .....</b>	<b>12</b>
2.1 O Jusnaturalismo .....	12
2.2 O Positivismo Jurídico .....	15
2.3 O Pós-positivismo Jurídico.....	20
<b>3 A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA .....</b>	<b>26</b>
3.1 A Dignidade da Pessoa Humana .....	26
3.2 O Bem de Família como Consectário da Dignidade da Pessoa Humana..	32
3.3 A Impenhorabilidade do Bem de Família: Restrição ao Direito do Credor à Tutela Jurisdicional .....	37
<b>4 A POSSIBILIDADE DE PENHORAR O BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL, PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>44</b>
4.1 A Evolução da Cláusula do Devido Processo Legal .....	44
4.2 Devido Processo Legal Substancial e Ponderação .....	48
4.3 A Possibilidade de Relativizar a Impenhorabilidade do Imóvel Bem de Família de Elevado Valor .....	51
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida da possibilidade de penhorar o bem imóvel de família de elevado valor. Defende-se que, constatada a inexistência de outros bens ou meios aptos a satisfazer a execução, o imóvel de alto padrão poderá ser penhorado, com esteio na técnica da ponderação e na dimensão substancial do devido processo legal, compreendida em território pátrio como consagradora do postulado da proporcionalidade.

A lacuna legislativa em trazer expressas exceções à impenhorabilidade do imóvel considerado bem de família tem sido utilizada reiteradamente como justificativa pela jurisprudência, que tem considerado a impossibilidade absoluta de constrição do bem. Insta notar que os tribunais pátrios têm partido de uma aplicação do Direito marcada pelo positivismo jurídico, utilizando-se meramente do método da subsunção.

Como cediço, a corrente positivista teve sua gênese em meados do século XIX, pregando a separação entre a ciência jurídica e a moral culminando no método de emprego das leis de mera subsunção, primando basicamente pela aplicação da lei através de métodos lógicos, sem a realização de qualquer juízo valorativo acerca do seu conteúdo.

Os horrores ocorridos na 2ª Guerra Mundial, levados a efeito com o apoio das legislações dos respectivos países envolvidos, provocaram o declínio da doutrina positivista. Com efeito, restou mais do que demonstrado que a aplicação da letra fria da lei em muitos casos levaria a absurdos, como os que efetivamente ocorreram na Europa no século XX. A partir de então, surge o pós-positivismo, oportunizando a reentrada de valores morais na ciência jurídica, notadamente através de novas formulações acerca da teoria da norma e mediante a consagração de novos métodos hermenêuticos.

Assim, emergem as Constituições marcadas pela força normativa dos princípios, colimando precipuamente resguardar a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 expressamente trouxe toda a carga valorativa e a força cogente dos princípios, destacando-se, pelo maior interesse a este trabalho, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a inafastabilidade de apreciação de lesão pelo Poder Judiciário e seu consectário, o direito à tutela jurisdicional eficaz e efetiva.

Defende-se, nessa toada, que conquanto não haja a positivação de exceções à proteção conferida ao bem de família, não se pode olvidar que as regras que impõem a impenhorabilidade constituem-se em restrição ao direito fundamental do credor a uma tutela jurisdicional justa e efetiva, razão pela qual impõe-se a utilização de técnicas consentâneas com um ordenamento jurídico que prima pela normatividade dos princípios.

Desta feita, em um ordenamento jurídico regido por normas-regras e normas-princípios, invariavelmente se verificará o choque, a colisão entre princípios, cabendo ao magistrado exercer o juízo de ponderação. Nessa senda, constatado no caso concreto o conflito entre princípios constitucionalmente protegidos, impõe-se a utilização da ponderação como técnica de aplicação do direito e da máxima da proporcionalidade, a fim de fundamentar a intervenção em um direito fundamental.

Na mesma linha de raciocínio, a penhora do bem imóvel de família de elevado valor, a fim de satisfazer o débito excutido, com o resguardo de numerários suficientes para a aquisição de outro imóvel, revela-se medida que garante ao devedor um patrimônio mínimo apto a uma vida digna e atende ao direito fundamental do credor à tutela jurisdicional.

A partir de uma pesquisa bibliográfica, mediante a utilização de uma abordagem qualitativa, e através do método dedutivo, serão analisados materiais doutrinários, legislação, como também entendimentos jurisprudenciais.

No primeiro capítulo, será traçada a evolução do pensamento filosófico acerca do conceito de Direito, sua relação com a moral, a justiça e valores, bem como os métodos de interpretação jurídicos consagrados pelas doutrinas do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. Busca-se deixar assente a completa superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo.

O segundo capítulo será responsável por projetar um panorama acerca da dignidade da pessoa humana e do instituto do bem de família, enquanto instrumento de concretização da primeira e meio de restrição ao direito do credor de acesso à justiça.

No terceiro capítulo, será exposta a evolução histórica da cláusula do devido processo legal até o estabelecimento do seu aspecto substancial, bem como sua moderna conexão com a técnica da ponderação.

Ao final, pretende-se demonstrar que a inexistência de exceção à regra da impenhorabilidade do bem imóvel de família de elevado valor não constitui óbice à

sua penhora. Advoga-se a possibilidade de constrição através das supracitadas técnicas, que tem se revelado mais consentâneas com o ideário pós-positivista, que reconhece a força normativa dos princípios, como também mais aptas a uma maior concreção dos direitos fundamentais.

Outrossim, intenta-se evidenciar que a constrição do imóvel de alta monta, com a reserva de valores para a posterior aquisição de outro bem, resguarda o direito do devedor ao mínimo existencial, ao passo que concretiza o direito do credor a uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva.

## 2 DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Desde os primórdios, a discussão acerca do conceito de direito tem transitado necessariamente pela sua relação com a moral e os valores caros à sociedade. Teorias distintas foram desenvolvidas ao longo do tempo, destacando-se, pela maior afinidade com os objetivos ora propostos, o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

A imprescindibilidade do presente capítulo reside na necessidade de superar, de uma vez por todas, a concepção e aplicação do Direito sob uma ótica puramente positivista.

De fato, ao longo do presente trabalho, verificar-se-á que a impenhorabilidade do bem imóvel de família de elevado valor, tida como absoluta por parcela da jurisprudência, é fruto de uma compreensão retrógrada da ciência jurídica, orientada pela referida doutrina, responsável por reduzir o Direito à lei posta e considerar o intérprete e aplicador mero porta-voz de uma suposta vontade unívoca do legislador.

### 2.1 O Jusnaturalismo

O jusnaturalismo, corrente filosófica que defende a existência de um direito natural, baseia-se na ideia de que há uma ordem não escrita independente daquela positivada pelo Estado.<sup>1</sup>

Consoante os ensinamentos de Roberto Barroso, o direito natural seria um direito à parte daquele imposto pelo Estado, caracterizando-se precipuamente por tratar-se de “um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas” que não precisa do aval estatal para existir, posto que é “legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal”.<sup>2</sup>

A verdadeira compreensão do significado do direito natural consistiria no entendimento de que “alguns direitos pertencem aos homens por sua condição de ser humano”. Muito embora justiça e direito natural possuam conteúdos distintos, pode-se afirmar que o intuito do último é justamente a promoção da primeira, tendo em vista

---

<sup>1</sup> NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 155.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 269.

que nem sempre os diplomas normativos são suficientemente aptos à sua consecução.<sup>3</sup>

Dessa forma, enquanto o direito positivo trata do “fenômeno jurídico empiricamente verificável, tal como ele se expressa mediante as fontes de direito, especialmente as de origem estatal”, o direito natural diria respeito a “uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo”.<sup>4</sup>

O homem, segundo os jusnaturalistas, não deve aceitar passivamente a sua submissão a qualquer ordem imposta, ao revés, a sua condição de ser racional impõe a análise da razão e do “fundamento ético das leis e das decisões”.<sup>5</sup> Consequentemente, a legitimidade do direito positivo estaria condicionada à sua correspondência com o direito natural e seus ideais de justiça.<sup>6</sup>

A crença na existência de um direito natural remonta aos pensadores gregos, cujo primeiro expoente foi Heráclito de Éfeso (cerca de 535-470 a.C.), que sustentava a existência de uma “lei universal eterna, responsável pela harmonia entre os opostos”,<sup>7</sup> alicerce para as leis dos humanos. Ainda na Antiguidade Clássica, Platão aludia a uma “justiça inata, universal e necessária”.<sup>8</sup>

Na Idade Média, destacou-se Santo Tomás de Aquino (1225-1274), ao promover a distinção entre fé e razão. O aludido teólogo vislumbrava quatro diferentes tipos de leis: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina.<sup>9</sup> Sustentava que o direito natural originava-se da manifestação da lei de Deus no coração do homem e que o seu desrespeito por parte dos governantes justificaria o “exercício do direito de resistência pela população”. O tomismo também encarregou-se de conferir fundamental importância à dignidade humana, agregando-a aos ideais jusnaturalistas.<sup>10</sup>

O mais célebre doutrinador jusnaturalista na era moderna foi Hugo Grócio (1583-1645). Responsável por promover a separação entre o direito natural e a

---

<sup>3</sup> NADER, 2006, p. 157.

<sup>4</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

<sup>5</sup> NADER, op. cit., p. 157.

<sup>6</sup> SOARES, op. cit., p. 27.

<sup>7</sup> NADER, op. cit., p. 155.

<sup>8</sup> BARROSO, op. cit., p. 269.

<sup>9</sup> Ibid, p. 270.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a. p. 38.

vontade de Deus, defendia que aquele era baseado na razão, pelo que poderia ser reconhecido como válido por todos.<sup>11</sup>

Assim, verifica-se que as teses sobre a essência do direito natural eram variáveis, mas podem ser sintaticamente reunidas em duas categorias: a primeira, a concepção de uma lei determinada por Deus, a segunda, a de uma lei que seria fruto da razão.<sup>12</sup>

O jusnaturalismo moderno, traçado a partir do século XVII, dissociado da tradição religiosa e guiado pela razão, uniu-se ao iluminismo e foi de vital importância na tomada do poder pela classe burguesa, ao passo que deu azo “às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado”.<sup>13</sup> Verdadeiramente, o iluminista John Locke foi pioneiro ao conferir aos “direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder”.<sup>14</sup>

De fato, as revoluções liberais, que buscavam resguardar os direitos individuais tão desrespeitados pelas monarquias e estados absolutistas do Antigo Regime, possuíam por alicerce a noção de que o homem, enquanto ser humano, possui direito à liberdade e integridade.

A título de exemplo, a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776, beberam largamente da fonte jusnaturalista. Todavia, com o término das revoluções burguesas, o início das codificações e o estabelecimento do Estado moderno liberal, o direito natural encontra o seu apogeu e, ao mesmo tempo, seu declínio.<sup>15</sup>

Com efeito, na busca por meios de restringir o poder dos monarcas absolutistas, consolidou-se o entendimento de que somente a lei válida possuía legitimidade para limitar os direitos dos cidadãos, ditando-lhes deveres. Isso porque passou a vigorar a percepção de que o povo era o verdadeiro titular do poder, que somente poderia ser exercido pelos seus representantes, “os quais seriam então os únicos legitimados para confeccionar a maior expressão da vontade popular - a lei”.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> BARROSO, 2015, p. 270.

<sup>12</sup> Ibid., p. 270.

<sup>13</sup> Ibid., p. 270.

<sup>14</sup> SARLET, op. cit., p. 40.

<sup>15</sup> BARROSO, op. cit., p. 271.

<sup>16</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação**

Cumpra salientar que a promoção de um ordenamento jurídico fechado, indiferente aos direitos e valores jusnaturalistas, era um desejo da própria sociedade, como forma de coibir a realização de atrocidades e desmandos em nome de um direito considerado natural. “Buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema”.<sup>17</sup>

A positivação seria o resultado de um processo em que são consideradas as valorações e expectativas caras à sociedade, com a sua posterior conversão em normas. A lei, estabelecida mediante o respeito a diversos critérios formais, seria o próprio direito. Explica-se que o fenômeno de supervalorização da lei teve como causa a ascensão de uma classe burguesa conservadora, que passou a usar as estruturas jurídicas a seu favor. Desta feita, enquanto os jusnaturalistas foram responsáveis por promover a revolução, os legalistas serviram à manutenção do *status quo*, sob a alegação de que as leis representariam a plena justiça.<sup>18</sup>

Efetivamente, conforme será demonstrado no tópico seguinte, em busca de uma pretensa segurança jurídica, bem como de uma percepção do direito a partir de métodos utilizados em outras ciências, o jusnaturalismo é posto completamente de lado, dando espaço à doutrina do positivismo jurídico e seu exacerbado apreço pela lei.

## 2.2 O Positivismo Jurídico

O direito positivo pode ser compreendido como o “direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei”. Assim, a doutrina do positivismo jurídico ascende a partir do momento em que a lei se torna a principal fonte do direito, com a codificação promovida pelo Estado liberal.<sup>19</sup>

Conforme salienta Bobbio, a dicotomia existente entre direito positivo e direito natural demarcou o pensamento jurídico ocidental. Até o final do século XVIII, a referida diferenciação dizia respeito tão somente a qual espécie de direito deveria

---

**Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>>. Acesso em 04 out. 2016. p. 106.

<sup>17</sup> Ibid., p. 106.

<sup>18</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 17.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119.

prevalecer em caso de conflito, preponderância que variava de acordo com o momento histórico.<sup>20</sup>

De fato, antes do advento do positivismo, o juiz possuía uma certa autonomia, podendo resolver a lide através da aplicação da lei posta pelo Estado, e igualmente por outros critérios, tais como a noção de equidade, regras costumeiras ou princípios de direito natural. Não havia distinção hierárquica, todos eram considerados igualmente fontes do direito, o que validava a coexistência de dois tipos de direito: o natural e o positivado.<sup>21</sup>

A teoria positivista, contudo, carregava em si a compreensão de que “não existe outro direito senão o positivo”. Com efeito, o Estado moderno transformou o ofício judicante em atividade privativamente estatal, convertendo o juiz em titular do poder judiciário, subserviente ao legislativo. O juiz, para dirimir as demandas, deveria cingir-se à utilização do direito posto ou reconhecido pelo Estado, dando azo ao fenômeno denominado por Norberto Bobbio de “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”.<sup>22</sup>

Assim, cumpre tecer considerações sobre as mais notáveis distinções entre direito positivo e o direito natural, a fim de uma melhor compreensão. No que tange à fonte do direito, enquanto o jusnaturalismo permitia a aplicação da lei positivada, bem como de costumes e princípios, o positivismo defende que somente a lei possui o condão de prescrever normas de conduta, retirando a normatividade de princípios não positivados.<sup>23</sup>

O direito natural destaca-se por ser universal, válido em todo o mundo, o direito positivo, ao contrário, somente rege as relações, criando direitos e obrigações, em determinadas localidades. De outra banda, o direito natural é considerado imutável ao longo do tempo, ao passo que o direito positivo é passível de alteração.<sup>24</sup>

O direito positivo chega ao conhecimento da sociedade através de “uma declaração de vontade alheia”, por outro lado, o direito natural é conhecido por nós, seus destinatários, mediante a utilização da razão. Também há divergência no que diz respeito ao objeto do direito, ou seja, as condutas regulamentadas por ele. O direito

---

<sup>20</sup> BOBBIO, 2006, p. 25.

<sup>21</sup> Ibid, p. 28.

<sup>22</sup> Ibid., p. 27-28.

<sup>23</sup> FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 107.

<sup>24</sup> BOBBIO, op. cit., p. 22.

natural distingue as condutas em boas ou más, enquanto o direito positivo considera correto o que for ordenado e errado aquilo que é proibido.<sup>25</sup>

Uma das pedras angulares da doutrina positivista consiste na defesa de que o direito deve ser analisado como um fato, não devendo ser realizado sobre ele qualquer juízo de valor. O valor, saliente-se, demonstra “a qualidade de tal norma, pela qual esta é conforme o direito ideal”, a validade, por outro lado, diz respeito à existência da norma “na esfera do direito”.<sup>26</sup>

Esse pensamento exsurge amparado no pensamento científico de Augusto Comte, segundo o qual o homem deveria se debruçar apenas sobre o mundo concreto. Na sua visão, “o conhecimento é explicado de acordo com os nexos de causalidade, mediante constatação da realidade”.<sup>27</sup>

A partir de então, busca-se equiparar o direito às ciências naturais e exatas, que primam por uma análise exclusivamente objetiva dos fatos e da realidade. Desta feita, o adepto da teoria positivista concebe e estuda o direito da forma que ele é posto pela lei, como realmente existe, rechaçando valorações sobre a sua justiça ou injustiça. Além de não questionarem a existência de um “direito ideal”, os positivistas também não analisam se o direito posto se assemelha àquele, tampouco condicionam a validade do direito positivo à sua conformidade com o direito natural.<sup>28</sup>

O positivismo considera norma válida aquela que é “produzida de acordo com o conteúdo (o que deve ser prescrito), a competência (quem deve prescrever) e o procedimento (como deve ser prescrito)” estabelecidos por norma hierarquicamente superior.<sup>29</sup> O jusnaturalismo, ao revés, intenta justamente a consecução de um direito justo, razão pela qual defende precisamente que a validade de uma norma é condicionada à sua justiça.<sup>30</sup>

A doutrina positivista encara o direito como um fato e advoga que seu estudo e aplicação devem partir de premissas científicas utilizadas em outros campos do conhecimento, buscando um entendimento objetivo do direito posto, sem qualificá-lo como bom ou mau. Muito embora compreenda a distinção entre validade e valor,

---

<sup>25</sup> BOBBIO, 2006, p. 23.

<sup>26</sup> Ibid., p. 131-136.

<sup>27</sup> NADER, 2006, p. 174.

<sup>28</sup> BOBBIO, op. cit., p. 136.

<sup>29</sup> SOARES, 2010, p. 45.

<sup>30</sup> BOBBIO, op. cit., p. 137.

acima referida, argumenta que a realização de uma cognição valorativa sobre a norma foge ao objeto da ciência do direito.<sup>31</sup>

Considerava-se que a concretização de um direito justo seria obtida através de um ordenamento jurídico estável e previsível, alicerçado numa suposta segurança jurídica.<sup>32</sup> Destarte, o positivismo relegou ao campo da filosofia a análise relativa à finalidade do direito, bem como de seu valor. A ciência jurídica, por sua vez, deveria proceder de maneira avalorativa, estudando o direito tal como foi posto no ordenamento.<sup>33</sup>

Pode-se aduzir, sem titubear, que o maior nome da doutrina positivista foi Hans Kelsen, com a sua Teoria Pura do Direito, que defendia justamente a separação entre direito e moral. Em seu livro, estabeleceu de início que pretendia tecer uma teoria objetiva e científica sobre o direito, completamente dissociada de questionamentos sobre “como deve ser o direito, ou como ele deve ser feito”.<sup>34</sup>

O ilustre austríaco entendia que uma conduta seria boa quando conforme com o disposto na norma e má quando contrária a ela, sublinhando que “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real”.<sup>35</sup>

Da mesma maneira, tendo em vista a alta subjetividade e variedade do que pode ser considerado justo, asseverava que o fato de uma norma vir a ser considerada injusta, “não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva”.<sup>36</sup> Portanto, a valoração da norma seria realizada pelo próprio legislador, “não cabendo ao hermeneuta a identificação do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta”.<sup>37</sup>

Outrossim, ainda em relação à aplicação do direito pelo juiz, vê-se que o positivismo defendia que a prestação jurisdicional deveria se limitar a reproduzir o direito positivado, através de “meios puramente lógico-rationais”. Logo, afastava completamente a concepção de que a atividade jurisprudencial atua na realidade concreta, criando “um novo direito”.<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup> BOBBIO, 2006, p. 136-137.

<sup>32</sup> SOARES, op. cit., p. 50.

<sup>33</sup> BOBBIO, op. cit., p. 138.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

<sup>35</sup> Ibid., p. 12.

<sup>36</sup> KELSEN, 1998, p. 35.

<sup>37</sup> BOBBIO, op. cit., p. 108.

<sup>38</sup> Ibid., p. 211-212.

Por conseguinte, a aplicação do direito conforme os ditames positivistas, amparando-se no método de subsunção, demanda a utilização de um processo dedutivo “de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo”.<sup>39</sup>

Os positivistas concebiam a interpretação jurídica de forma predominantemente textual, mas, acima de tudo, entendiam que sempre deveria ser efetuada com o fito de seguir a vontade da lei, em prestígio ao princípio da separação de Poderes. Registravam que a interpretação realizava-se apenas através dos métodos léxico, teleológico, sistemático e histórico. O primeiro busca a obtenção do sentido gramatical e semântico das palavras utilizadas na norma, o segundo possui o fito de interpretar a norma a fim de preservar a finalidade pretendida pelo legislador, o terceiro compreende a norma “considerando-a em relação a todas as outras”, e o último impõe um estudo histórico da legislação, “para reconstruir a vontade do legislador”.<sup>40</sup>

Todavia, o positivismo jurídico não ignorava a possibilidade da existência de lacunas no ordenamento jurídico, percebidas como uma “formulação incompleta da vontade do legislador”. Assim, constatada uma lacuna, o intérprete do direito teria de proceder a uma interpretação integrativa, valendo-se necessariamente de instrumentos postos pelo próprio direito positivado, pelo que pode-se afirmar que a integração se dava “no interior do ordenamento”.<sup>41</sup> Os princípios eram utilizados como método de interpretação de regras ou, ainda, como forma de integrar lacunas, não possuindo a capacidade de efetivamente regulamentar condutas.<sup>42</sup>

Logo, o positivismo foi responsável por reduzir o Direito aos Códigos, conjunto de leis postas pelo legislador, negando juridicidade ao direito natural. Ao preceituar que o único parâmetro para avaliar uma conduta seria a norma, independentemente de concepções externas ao ordenamento, a doutrina ora examinada extirpou da ciência jurídica avaliações morais, relegando ao plano filosófico qualquer discussão sobre justiça.

---

<sup>39</sup> BARROSO, 2015, p. 274.

<sup>40</sup> BOBBIO, 2006, p. 214.

<sup>41</sup> BOBBIO, op. cit., p. 215.

<sup>42</sup> FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 110.

Com efeito, a formação do Estado moderno, com a consagração da Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, o surgimento do positivismo científico de Comte, a ascensão de uma burguesia que necessitava de segurança jurídica para que seus negócios prosperassem, promoveram um infeliz reducionismo da ciência jurídica.

A derrocada do positivismo é comumente relacionada com o pós-guerra, o fim do fascismo italiano e do nazismo alemão. Isso porque as atrocidades cometidas pelos aludidos regimes foram realizadas com respaldo em suas legislações. A título de exemplo, sublinhe-se que as leis raciais, confeccionadas na Alemanha nazista, responsáveis pela discriminação dos judeus, foram editadas e publicadas de forma regular sob o prisma formal.

Com efeito, a concepção de que a lei definia o certo ou errado, o justo ou injusto, e que após a sua positivação não cabia mais a realização de uma apreciação valorativa sobre a mesma, “tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”.<sup>43</sup> Efetivamente, o surgimento de uma razão pura e simplesmente técnica tornou o conhecimento “serviçal e corolário lógico do poder. O discurso, mormente o científico, é convertido num eficiente instrumento de domínio”.<sup>44</sup>

Verificou-se, portanto, que a utilização de parâmetros meramente formais para a análise da validade da norma não era suficiente, ao revés, era necessária a promoção de uma reaproximação entre direito, moral e justiça, a fim de evitar o cometimento de mais barbáries sob o manto de uma pretensa legalidade.

### **2.3 O Pós-positivismo Jurídico**

Consoante anteriormente registrado, o estudo jurídico foi marcado pela dicotomia existente entre o direito positivo e o direito natural e suas correntes jusfilosóficas, o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Constatou-se, entretanto, a insuficiência das referidas doutrinas para a consecução de um direito justo.

O jusnaturalismo, ao defender que a justiça e a validade do direito positivo estariam condicionadas à sua correspondência com o direito natural, perene e universalmente válido, gerava insegurança jurídica dado o “caráter absoluto e a abstração metafísica do conceito”, bem como pela supervalorização da legitimidade

---

<sup>43</sup> BARROSO, 2015, p. 276.

<sup>44</sup> SOARES, 2008, p. 19.

em detrimento da validade da norma, imprescindível para a obtenção de uma mínima ordem e segurança nas relações sociais.<sup>45</sup>

O positivismo jurídico, por sua vez, revelou-se limitado ao retirar a dimensão axiológica da ciência jurídica, sobrepondo critérios formais de validade da norma em face da legitimidade, sob a justificativa de resguardar a segurança jurídica, como também em virtude da pretensão de tratar o fenômeno jurídico mediante preceitos puramente científicos. A ciência jurídica não pode ser concebida de uma forma objetiva e neutra, como puramente descritiva da realidade, posto que o Direito é, antes de tudo, um produto social e cultural.<sup>46</sup>

Nessa esteira, após os horrores causados pelo nazismo e pelo fascismo, levados a efeito com o apoio das legislações dos respectivos países, restou mais do que demonstrado que a supervalorização da lei, com o total apartamento entre direito, moral e justiça, em muitos casos levaria a absurdos, como os que efetivamente ocorreram no século XX.

Portanto, era preciso uma nova abordagem, a fim de incluir as concepções de justiça e legitimidade na “compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico”, e a promoção de um ordenamento plural, dinâmico e receptivo aos valores da sociedade.<sup>47</sup> A partir de então, surge o pós-positivismo, doutrina que percebe o direito através da razão, sem se afastar do atributo da objetividade, porém reconhece a influência mútua existente entre direito e moral, cujas características principais são perfeitamente elencadas por Barroso:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> SOARES, 2010, p. 73.

<sup>46</sup> Ibid., p. 73-74.

<sup>47</sup> Ibid., p. 74.

<sup>48</sup> BARROSO, 2015, p. 283.

Percebe-se que o pós-positivismo intenta corrigir os erros advindos do positivismo jurídico, a partir do momento em que passa a se preocupar com a efetivação dos direitos constitucionais, valendo-se de uma “verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente”. Aduz que não se pode conceber a produção normativa como decorrente unicamente de fatos, ao contrário, ela deriva do exercício de um juízo de valor sobre condutas tidas como relevantes juridicamente.<sup>49</sup>

Como salientado anteriormente, os positivistas não negam a presença de valor no direito, apenas registram que sua entrada no ordenamento somente pode se dar através da lei, pelo que defendem que a moral encontra-se em plano exterior ao direito.

De outra banda, os pós-positivistas entendem que a procura por justiça deve se dar também no momento de aplicação do direito ao caso concreto. Destarte, os valores fazem-se presentes tanto na atividade legislativa como na jurisdicional, ou seja, o juízo de valor deve ser exercido pelo legislador ao editar a lei, bem como pelo magistrado ao aplicá-la concretamente.

Assim, com o fito de superar a clássica oposição entre direito natural e direito positivo, desenvolveu-se a teoria da normatividade dos princípios. Nesse diapasão, princípios e regras são igualmente considerados normas, pois carregam em si acepções de dever-ser.<sup>50</sup>

Princípios são, dessa forma, normas que determinam a realização de algo “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”. A sua satisfação pode se dar em variados graus e sujeita-se não apenas às condições fáticas, como também às possibilidades jurídicas, estabelecidas “pelos princípios e regras colidentes”.<sup>51</sup>

Noutro giro, as regras “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”. A regra válida impõe o dever de realizar precisamente o que ela determina, nem mais, nem menos. “Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Um conflito entre regras, segundo o renomado filósofo, impõe a declaração de invalidade de pelo menos uma delas, com a sua conseqüente expulsão do ordenamento, visto que “não é possível

---

<sup>49</sup> FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 113-115.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015c, p. 87.

<sup>51</sup> Ibid., p. 90.

que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”. Alternativamente, é possível a instituição de uma exceção que dê fim ao conflito.<sup>52</sup>

Por outro lado, se há colisão entre princípios, um deles deverá prevalecer sobre o outro, a depender das condições. Confrontos entre regras são solucionados no âmbito da validade, enquanto as colisões entre princípios devem ser resolvidas na dimensão do peso. Dessa forma, constatada a colisão de princípios, deve ser realizado uma ponderação entre eles. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto”.<sup>53</sup>

Vigora hodiernamente o entendimento de que o ordenamento jurídico ideal fundamenta-se em uma distribuição equilibrada de regras e princípios. As primeiras com o fito de conferir-lhe segurança jurídica e os últimos, em razão de sua flexibilidade, por possuírem maior aptidão para a consecução da justiça no caso concreto.<sup>54</sup>

A referida teoria acerca da normatividade dos princípios promoveu grandes transformações na ciência jurídica, sobretudo no direito constitucional, tendo se convertido no coração das Constituições.<sup>55</sup> Efetivamente, não obstante o pós-positivismo não se restringir ao âmbito do Direito Constitucional, no referido meio ele “encontrou o solo fértil para florescimento”, considerando-se as constituições atuais, consagradoras de princípios carregados de valores morais.<sup>56</sup>

Em que pese a existência de diversas doutrinas divergentes que recebem o nome de neoconstitucionalismo, em linhas gerais, pode-se afirmar que o novo direito constitucional é responsável pela consagração da força normativa dos princípios constitucionais, bem como pela superação dos métodos de interpretação e aplicação do direito meramente formais, dando espaço a recursos “mais abertos” de raciocínio jurídico, como a ponderação, a tópica e as teorias da argumentação, mais aptos à concreção de princípios, alguns deles mais detalhados nos tópicos seguintes.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> ALEXY, 2015c, p. 92.

<sup>53</sup> Ibid., p. 93-94.

<sup>54</sup> BARROSO, 2015, p. 356.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 281.

<sup>56</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. n. p.

<sup>57</sup> Ibid., n. p.

Logo, o neoconstitucionalismo é responsável “pelo reconhecimento da força normativa das normas constitucionais”, rompendo com a anterior concepção de que a Constituição tratava-se de um mero documento político.<sup>58</sup> Nessa esteira, o promoveu a constitucionalização do Direito, “com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento”.<sup>59</sup>

O novo constitucionalismo pressupõe a existência de um Estado constitucional de direito, em que a validade das normas não é mais analisada apenas sob o aspecto formal, mas, mormente, torna-se imprescindível a verificação da “efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do direito”. Advoga que a Constituição não mais restringe-se a estabelecer limites ao poder estatal, mas impõe ao Estado deveres e prestações positivas. O magistrado passa, então, a “interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição”, reforçando o poder conferido ao Judiciário, que se torna responsável por resguardar e promover os direitos fundamentais concretamente.<sup>60</sup>

A introdução do neoconstitucionalismo no Brasil ocorreu após a redemocratização do país, mediante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>61</sup> A referida Carta destaca-se pela sua pluralidade e comprometimento com a transformação da realidade brasileira, possuindo diversas normas que impõem metas e deveres de cunho econômico, cultural e social, sendo chamada de “Constituição cidadã”.<sup>62</sup>

A elevação da dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro e a positivação de um grande número de direitos fundamentais demonstram o claro intuito de promoção de um ordenamento centrado no ser humano.

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se a pedra angular que sustenta todo o sistema jurídico brasileiro, servindo de fundamento para o extenso rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, ao passo

---

<sup>58</sup> BARROSO, 2015, p. 279.

<sup>59</sup> NETO; SARMENTO, op. cit., n. p.

<sup>60</sup> BARROSO, op. cit., p. 279.

<sup>61</sup> BRASIL, 1988.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. n. p.

que dá origem de forma direta a direitos e deveres. Assim, deverá ser utilizada como parâmetro para a interpretação e aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico.

### 3 A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

O estabelecimento da Constituição como centro do ordenamento jurídico e o reconhecimento da irradiação de seus valores para o âmbito do direito infraconstitucional foram responsáveis por promover uma mudança paradigmática acerca do conteúdo, alcance, interpretação e aplicação de diversos institutos jurídicos e ramos do Direito. Nessa senda, os princípios constitucionais e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, devem informar a compreensão de todo o sistema jurídico brasileiro, a fim de dar-lhes concretude.

#### 3.1 A Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade nem sempre foi concebida como nos dias atuais. Na Antiguidade Clássica, por exemplo, relacionava-se ao *status* e à posição social de algumas pessoas, consideradas distintas por ocuparem cargos públicos ou em virtude de suas realizações pessoais, razão pela qual deviam ser tratadas com deferência e respeito. Hodiernamente, de forma sintática, a dignidade é compreendida como um valor intrínseco a todos os seres humanos.<sup>63</sup>

O primeiro a utilizar a expressão “dignidade do homem” foi o filósofo Cícero, formulador de uma concepção de dignidade dissociada do cargo ou posição social. O monoteísmo judaico, e posteriormente o cristianismo, também contribuíram para o desenvolvimento do conceito de dignidade.<sup>64</sup>

Verdadeiramente, predomina no Antigo e no Novo Testamento a ideia de que Deus criou o homem conforme a sua própria imagem e semelhança, dando origem à conclusão de que o ser humano possui um valor intrínseco, e não pode ser reduzido à condição de objeto ou utilizado como mero instrumento. Nessa toada, Tomás de Aquino foi além, ao obtemperar que a dignidade também diz respeito à capacidade de autodeterminação imanente ao homem, de forma que o ser humano seria livre por natureza e existiria em virtude de sua própria vontade.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 13.

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 31.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 31.

Giovanni Pico della Miranda, autor do discurso “Oração sobre a Dignidade do Homem”, considerado a fundação do humanismo, defendia que a racionalidade era uma característica peculiar do ser humano, que o tornaria superior em relação aos outros seres, sendo o responsável por trazer o homem para o centro do mundo.<sup>66</sup>

A partir do século XVII, o pensamento filosófico, de viés jusnaturalista, inicia o processo de laicização da compreensão acerca da dignidade, a partir de um enaltecimento da razão, estabelecendo que todos os homens seriam iguais em dignidade e liberdade, bem como seriam titulares de direitos oponíveis ao Estado e aos seus semelhantes unicamente em virtude de sua natureza humana.<sup>67</sup>

Até os dias atuais, o conceito de dignidade perpassa necessariamente pelo raciocínio de Immanuel Kant. Resumidamente, ele defendia que o fundamento da dignidade da pessoa humana é a autonomia da vontade, qualidade que somente pode ser atribuída ao homem, enquanto ser racional, consistente na capacidade de se autodeterminar e agir em conformidade com a representação de certas leis.<sup>68</sup>

Outrossim, entendia que a dignidade constitui um valor intrínseco e absoluto, decorrente da natureza única e insubstituível do ser humano, que estaria acima de qualquer preço. Assim, concebia que o homem “existe como um fim em si mesmo”, não podendo ser utilizado como instrumento para a realização de uma vontade que não a sua. Ao revés, “em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele sempre tem de ser considerado simultaneamente como um fim”.<sup>69</sup>

O surgimento da dignidade como um conceito jurídico, por sua vez, somente ocorreu no decorrer do século XX, notadamente após o fim da Segunda Guerra Mundial. De fato, como ressaltado anteriormente, as atrocidades cometidas àquela época, em sua maioria amparadas pelas legislações então vigentes, demonstraram que o direito não poderia permanecer alheio a valores morais e éticos, razão pela qual a busca pela dignidade passou a ser considerada uma “meta política”.

70

Desta feita, a dignidade humana passa a ser concebida por duas dimensões: a interna, inviolável, “expressa no valor intrínseco ou próprio de cada

---

<sup>66</sup> BARROSO, 2014, p. 17.

<sup>67</sup> SARLET, 2006, p. 32.

<sup>68</sup> Ibid., p. 33.

<sup>69</sup> Ibid., p. 33.

<sup>70</sup> BARROSO, op. cit., p. 62.

indivíduo”, e a externa, passível de violação, “representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros”.<sup>71</sup>

O processo de reconhecimento da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos se deu a partir da “internacionalização dos direitos humanos”, com a sua consagração pela Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.<sup>72</sup> Com efeito, países como Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda e Portugal carregam em suas respectivas Constituições o princípio da dignidade humana.<sup>73</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988<sup>74</sup> erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo concebida pela doutrina pátria majoritária como princípio e valor fundamental, funcionando “tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”.<sup>75</sup>

Verdadeiramente, no ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana não se trata apenas de uma assertiva de cunho moral e ético, mas constitui-se em uma “norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade”.<sup>76</sup>

A doutrina pátria é assente no sentido da impossibilidade de determinar com precisão o conteúdo e o alcance da dignidade da pessoa humana, “sendo inadequado conceituá-la de maneira fixista”, tendo em conta a multiplicidade de valores existentes nas sociedades atuais.<sup>77</sup>

Ingo Sarlet, de forma sintática, considera a dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e

<sup>71</sup> BARROSO, 2014, p. 62.

<sup>72</sup> SOARES, 2010, p. 133.

<sup>73</sup> SARLET, 2015a, p. 62.

<sup>74</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Constituinte, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 14 out. 2016.

<sup>75</sup> BARROSO, op. cit., p. 64.

<sup>76</sup> SARLET, 2006, p. 70.

<sup>77</sup> Id., 2015a, p. 101.

corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>78</sup>

Nesse diapasão, a dimensão subjetiva da dignidade da pessoa humana diz respeito ao *status* negativo, consistindo na possibilidade de resistência à ingerência indevida do Estado na liberdade do indivíduo. Ademais, a referida dimensão também interfere no *status* positivo, na medida que impõe ao Estado o dever de promoção de condições mínimas de existência com dignidade a todos os cidadãos.<sup>79</sup>

A seu turno, a dimensão objetiva concentra-se na ideia de que os direitos fundamentais “independem dos seus titulares, apresentando-se como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos de ação positiva dos Poderes Públicos”, importando, outrossim, na sua utilização como parâmetros para a interpretação e compreensão do direito infraconstitucional, que deve sempre ocorrer em consonância com a Constituição.<sup>80</sup>

Por sua vez, Barroso tenta estabelecer um conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, mediante uma ótica filosófica, laica e universal, a partir de uma análise sob três perspectivas distintas, quais sejam, a sua característica de valor intrínseco ao ser humano, o seu vínculo com a autonomia de cada indivíduo e a possibilidade de sofrer restrições legítimas em prol da sociedade ou do Estado.<sup>81</sup>

O valor intrínseco diz respeito aos atributos imanentes a todos os homens, que os destacam e diferenciam de outros seres. De caráter antagônico ao valor instrumental, desagua na premissa de que o ser humano é um fim em si mesmo e não pode ser utilizado como mecanismo para a realização de vontades alheias, inclusive do Estado.<sup>82</sup>

Sob o referido aspecto, a dignidade é um “valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável”, sendo responsável por acarretar diversos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à igualdade, à não discriminação, ao reconhecimento, à integridade física e psíquica.<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> SARLET, 2006, p. 60.

<sup>79</sup> SOARES, 2010, p. 144.

<sup>80</sup> Ibid., p. 144.

<sup>81</sup> BARROSO, 2014, p. 72.

<sup>82</sup> Ibid., p. 77-78.

<sup>83</sup> Ibid., p. 77-78.

A autonomia, de outro giro, consiste na “capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade”, como as escolhas referentes à religião, profissão, política, sem interferências sociais ou estatais indevidas.<sup>84</sup>

A dimensão privada da autonomia relaciona-se ao autogoverno e fundamenta os direitos individuais e as liberdades civis, como a liberdade de consciência, de expressão, de associação. A autonomia pública refere-se ao exercício da cidadania e à participação nas decisões políticas, acarretando o direito de votar e ser votado, à participação em movimentos sociais e efetivo envolvimento no debate público.<sup>85</sup>

Para o exercício concreto da autonomia é imprescindível que o indivíduo tenha acesso ao mínimo existencial para uma vida digna, compreendido como a satisfação de suas necessidades básicas. Assim, “para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção”.<sup>86</sup>

A autonomia, entretanto, encontra limite no chamado “valor comunitário”. Explica-se: os valores compartilhados pela sociedade e as normas impostas coercitivamente pelo Estado atuam sobre o indivíduo, interferindo na autonomia pessoal. Essas restrições somente são permitidas quando efetuadas com o fito de resguardar direitos e a dignidade do próprio indivíduo ou de outrem, bem como para proteger os valores consagrados no âmbito social.<sup>87</sup>

Outrossim, há doutrina que concebe a dignidade sob duas dimensões: uma básica e uma cultural. A dimensão básica relaciona-se à teoria de Kant, e diz respeito à concepção da dignidade como um valor pertencente a todos os indivíduos indistintamente, impondo uma série de direitos que evitam “a coisificação do ser humano”, tais como o direito à vida, liberdade, integridade física e moral.<sup>88</sup>

De outra banda, a dimensão cultural é representada pelas “formas e condições como a dignidade humana, em sua dimensão básica, é implementada por

---

<sup>84</sup> BARROSO, 2015, p. 287.

<sup>85</sup> Id., 2014, p. 83-84.

<sup>86</sup> BARROSO, 2014, p. 85.

<sup>87</sup> Ibid., p. 87-88.

<sup>88</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 65.

cada grupo social ao longo da história”. Assim, relaciona-se às características e particularidades culturais do meio em que é concebida, aspectos que variam conforme o espaço e o tempo. Sob esse aspecto, a dignidade constitui-se em um dever de oportunizar o desenvolvimento da pessoa em consonância com os valores consagrados na sociedade em que se encontra.<sup>89</sup>

Não obstante a irrefutável importância da dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar que ela não possui caráter absoluto, podendo, enquanto princípio, ser concebida de forma relativa e submeter-se à ponderação de interesses.<sup>90</sup> Verdadeiramente, não se deve olvidar que, muitas vezes, sob a justificativa de resguardar a dignidade ou direitos fundamentais de um indivíduo, restringe-se a dignidade de outro ser humano.

Há casos em que será necessário algum grau de relativização, visto que todos os indivíduos são “iguais em dignidade”, e indubitavelmente, “existe um dever de respeito e de consideração recíproco (de cada pessoa) da dignidade da alheia”.<sup>91</sup> Trata-se, de forma simplista, do velho ditado popular de que um direito termina onde o outro começa.

Nessa linha de raciocínio, extremamente esclarecedoras as considerações de Narciso Baez:

A violação da dimensão básica da dignidade da pessoa humana estará caracterizada sempre que uma prática implique reduzir o ser humano à condição de mero objeto ou coisa, desconsiderando suas vontades e anseios, colocando-o como um simples brinquedo da vontade e dos caprichos alheios. Nesse nível de atuação tem-se uma concepção absoluta de direitos humanos. Já a violação da dimensão cultural da dignidade humana ocorrerá quando não se respeitarem as opções culturais que cada povo elegeu para a expressão da sua humanidade. Aqui a concepção de dignidade humana será relativa e passível de ponderação, pois ela será um mandado de otimização, um princípio que poderá ser restringido em face de eventual colisão com outras normas.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> BAEZ, 2015, p. 65.

<sup>90</sup> ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015a, p. 35-36..

<sup>91</sup> SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 97.

<sup>92</sup> BAEZ, op. cit., p. 80.

Destarte, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor e caractere imanente ao ser humano, relacionando-se à sua autonomia, não pode ser de forma alguma violada. Por outro lado, as concretizações materiais da dignidade, que impõem ao Estado e aos demais indivíduos uma série de deveres, variáveis a depender do tempo e do meio cultural, podem ser ponderadas na hipótese de colisão com outras normas.

A relativização da dignidade da pessoa humana, nos termos aqui registrados, não lhe retira a dimensão e magnitude, mas resulta do inexorável reconhecimento de que no mundo dos fatos, de forma excepcional, impõe-se algum grau de restrição a fim de resguardar direitos fundamentais ou até mesmo a própria dignidade de outrem.

### **3.2 O Bem de Família como Consectário da Dignidade da Pessoa Humana**

Modernamente, considera-se o bem de família instituto que visa assegurar um mínimo existencial ao devedor, assegurando-lhe condições dignas de vida, consoante preconizam os valores consubstanciados na Constituição Federal de 1988, notadamente a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

Todavia, a busca por resguardar o patrimônio familiar remonta à República Romana, que o considerava completamente inalienável, visto que a sociedade reputava sagrados os bens advindos dos antepassados. Com efeito, havia no direito romano o instituto do benefício de competência, que permitia a devedores insolventes a manutenção de parcela de seus bens, indispensáveis à sua sobrevivência, sob a condição de serem devolvidos quando o devedor se reerguesse financeiramente.<sup>93</sup>

A aceção moderna do bem de família teve seu primórdio no início do século XIX nos Estados Unidos. O estado do Texas, ao atravessar grande crise econômica, editou uma lei, denominada *homestead act*, tornando impenhorável a pequena propriedade destinada à moradia do devedor. O bem deveria possuir até cinquenta acres, e poderia pertencer à zona rural ou urbana.<sup>94</sup>

Posteriormente, a grande maioria dos estados norte-americanos e até mesmo outros países incorporaram o referido instituto às suas respectivas

---

<sup>93</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 7.

<sup>94</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 586.

legislações. De fato, embora com denominações diversas, a essência do *homestead act* foi absorvida por países como Suíça, Espanha, Portugal e Chile, possuindo por ponto de convergência justamente a limitação da responsabilidade patrimonial do devedor.<sup>95</sup>

O Código Civil de 1916 foi responsável por inserir o bem de família no Brasil, estabelecendo os critérios necessários para a sua instituição nos artigos 70 a 73, dentro do livro referente aos bens. Subsequentemente, em 1941, foi editado o Decreto-Lei nº 3.200, estabelecendo limites aos valores dos imóveis. Todavia, a Lei nº 6.742, de 1979, rechaçou a aludida restrição, ao permitir a isenção de penhora de imóveis de qualquer preço. Ainda nesse sentido, o art. 1.711 do Código Civil de 2002 definiu que o valor do bem de família convencional não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido do instituidor.<sup>96</sup>

Em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.009, instituidora de uma nova espécie de bem de família, que independe de qualquer manifestação volitiva do proprietário, estabelecida pelo próprio legislador. Ulteriormente, o Código Civil de 2002 disciplinou o bem de família convencional no livro destinado ao Direito de Família, especificamente no título concernente ao direito patrimonial.

Assim, o Código Civil regulamenta o bem de família convencional, ao passo que a Lei n. 8.009/90 disciplina o bem de família legal. O bem de família convencional ou voluntário, conforme salientado, encontra-se previsto no Código Civil. Pode ser compreendido como a proteção instituída sobre um imóvel em virtude da manifestação de vontade do interessado, mediante o registro público no cartório de imóveis.

Sobre a natureza do bem de família, elementares as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Apesar de intensas discussões acerca da matéria, tem-se, hodiernamente, que a natureza jurídica do bem de família é de forma de afetação de bens a um destino especial, qual seja, assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar. Isto é, protege-se o bem que abriga a família com o escopo de garantir a sua sobrevivência digna, reconhecida a necessidade de um mínimo existencial de patrimônio, para a realização da justiça social.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> GONÇALVES, 2014, p. 587.

<sup>96</sup> Ibid., p. 587.

<sup>97</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das famílias**. v6. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 833.

A Lei nº 8.009/90, ao estabelecer o bem de família legal, determinou que consiste no imóvel, localizado na zona urbana ou rural, destinado à residência do casal ou da entidade familiar, impenhorável por expressa determinação legal, independentemente de manifestação do titular.

A entidade familiar protegida pelo instituto em questão abrange a família baseada no casamento, como também a união estável, a família monoparental, as uniões homoafetivas, a comunidade familiar formada por irmãos, avós e netos, entre outras.<sup>98</sup>

De fato, não há como indicar taxativamente todas as formas de constituição de família, visto que não cabe à lei a escolha da forma em que será constituída. “A família nasce espontaneamente, como uma instituição social que é”.<sup>99</sup> Com efeito, hodiernamente a família é concebida como um “grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade”,<sup>100</sup> e todas, sem distinção, merecem gozar da proteção conferida ao bem de família.

A doutrina defende que até mesmo o imóvel pertencente a pessoa solteira faz jus à impenhorabilidade do bem de família. Entende-se que uma leitura constitucional do instituto leva à conclusão de que ele deve resguardar não somente a família, enquanto instituição, mas a própria dignidade da pessoa humana e seu direito à moradia, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal. Assim, se o bem “constitui o patrimônio mínimo da pessoa humana, não se pode cogitar da penhora, sob pena de atentado direto e frontal contra a dignidade do homem”.<sup>101</sup>

O Superior Tribunal de Justiça não diverge do entendimento esposado, razão pela qual editou a Súmula 364, ressaltando que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.<sup>102</sup>

De outra banda, constitui pressuposto indispensável que o núcleo familiar efetivamente resida no imóvel, centrando ali suas atividades, com ânimo de permanência definitiva. Não obstante, ausências em virtude de viagens a trabalho, para cursos, férias, não tem o condão de descaracterizar a residência.

---

<sup>98</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 856.

<sup>99</sup> AZEVEDO, 2010. p. 191.

<sup>100</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 857.

<sup>101</sup> Ibid., p. 862.

<sup>102</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 364, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2008, DJe 03/11/2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27364%27>>. Acesso em 15 out. 2016.

Por sua vez, o imóvel alugado a terceiro somente estará acobertado pelo manto da impenhorabilidade quando o proprietário demonstrar que utiliza a renda auferida para seu sustento e de sua família, conforme dispõe a Súmula 486 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “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”.<sup>103</sup>

Outrossim, caso a família possua mais de um imóvel, a impenhorabilidade recairá apenas sobre o de menor valor, ainda que todos sejam utilizados como residência, excetuando-se a hipótese da instituição de outro prédio como bem de família voluntário, segundo reza o artigo 5º da Lei 8.009/90.

As exceções à impenhorabilidade do bem de família legal encontram-se estabelecidas no artigo 3º da Lei 8.009/90. A penhora do bem de família será permitida a fim de quitar débitos oriundos do financiamento efetuado para a sua construção ou aquisição, bem como para o pagamento de pensão alimentícia. O imóvel também poderá ser expropriado para arcar com ressarcimento ou indenização advinda de sentença penal condenatória, como também caso tenha sido obtido com produto de crime.

Permite-se a penhora do bem de família para pagar impostos, taxas e contribuições advindas do imóvel, inclusive despesas de condomínio, e dívidas garantidas com o próprio bem por meio de hipoteca. No que atine à hipoteca, a jurisprudência pátria exige que a obrigação tenha sido contraída em favor da entidade familiar.<sup>104</sup>

Por fim, o bem de família do fiador de contrato de locação pode ser objeto de penhora. A constitucionalidade dessa disposição é plenamente questionável, na medida que viola frontalmente a isonomia, visto que protege o imóvel do devedor responsável por contrair a dívida, e de forma completamente contraditória permite a constrição do bem imóvel de família do fiador.

---

<sup>103</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 486, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27486%27#DOC1>>. Acesso em 15 out. 2016.

<sup>104</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.455.554/RN, Terceira Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 14/06/2016, DJe 16/06/2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201400773994](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201400773994)>. Acesso em 16 out. 2016.

Jurisprudencialmente, tem sido admitida a penhora parcial do bem de família quando constatada a possibilidade de cômoda divisão do imóvel, desde que a repartição não descaracterize sua essência.<sup>105</sup>

Ao dispor sobre a extensão da proteção conferida ao bem de família legal, o artigo 1º da Lei 8.009/90 determina que ela abrange o prédio em si, bem como todas as “construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos (inclusive profissionais), ou móveis que guarnecem a casa”, ao passo que o artigo 2º excetua “os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”.<sup>106</sup>

No que tange à garagem, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que será possível a sua penhora quando possuir matrícula própria no registro de imóveis.<sup>107</sup>

Da análise da legislação e da jurisprudência relativas ao bem de família, verifica-se uma revisão do instituto em questão, antes concebido apenas para albergar a concepção tradicional de família, e modernamente compreendido como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana.

De fato, a consagração dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico deu origem, no âmbito do Direito Civil, à chamada repersonalização, com a inserção da pessoa humana no centro do Direito, em detrimento do cunho eminentemente patrimonial, anteriormente vigente no Direito Privado.<sup>108</sup>

Assim, a repersonalização do Direito Civil impõe a concepção de seus institutos centrada na premissa de que a dignidade da pessoa humana é o fim principal do ordenamento jurídico. Nessa senda, considera-se a necessidade de resguardar um “patrimônio mínimo personalíssimo”, constituindo-se em excepcional restrição à responsabilidade patrimonial do devedor, “por meio da vedação a pretensão de reduzi-

---

<sup>105</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 439.292/PR, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 11/02/2014, DJe 13/03/2014. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303798094&dt\\_publicacao=13/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303798094&dt_publicacao=13/03/2014)>. Acesso em 16 out. 2016.

<sup>106</sup> BRASIL, 1990.

<sup>107</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 449, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/2010, DJe 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27449%27#DOC1>>. Acesso em 15 out. 2016.

<sup>108</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista ANIMA**, Curitiba, 5 ed, [?2011]. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/anima\\_5.php](http://www.anima-opet.com.br/anima_5.php)>. Acesso em 20 out. 2016. p. 10.

lo à miserabilidade”. Efetivamente, defende-se que deve ser abrigado um patrimônio mínimo que “propicie um livre desenvolvimento de capacidades individuais”.<sup>109</sup>

Desta feita, no que atine justamente aos fins do presente trabalho, relaciona-se o dever de proteger a residência do executado à ideia da preservação de um mínimo existencial necessário ao pleno exercício da autonomia do indivíduo, caractere intrínseco à dignidade da pessoa humana.

Todavia, em se tratando de imóvel suntuoso, que ultrapassa exacerbadamente o padrão médio de vida dos brasileiros, não há falar em mínimo existencial, pelo que não deve subsistir a impenhorabilidade sob o fundamento de resguardar uma pretensa dignidade do devedor.

### **3.3 A Impenhorabilidade do Bem de Família: Restrição ao Direito do Credor à Tutela Jurisdicional**

Como dito, o instituto do bem de família constitui-se em uma exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial, assegurando ao executado o mínimo existencial ao resguardar a sua residência e de sua família, assegurando-lhes condições dignas de vida.

Com efeito, o processo de execução se ampara na responsabilização patrimonial do devedor pelos débitos a que deu origem, com seus bens presentes e futuros, conforme preconiza o artigo 789 do Código de Processo Civil.<sup>110</sup>

Isso porque a tutela executiva constitui um direito fundamental do credor, na medida que a compreensão atual da inafastabilidade do Poder Judiciário e a garantia de acesso à justiça, materializadas no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, compreendem não somente a prestação jurisdicional através da declaração da existência do direito, mas, precipuamente, a sua efetivação concreta.<sup>111</sup>

Nessa senda, não há como prosperar a equivocada compreensão de que a tutela jurisdicional é obtida com a sentença que decide o mérito. O que se busca, via de regra, através da via jurisdicional não é o mero reconhecimento da existência de um direito, mas principalmente o bem da vida colimado. A condenação, nos dizeres

---

<sup>109</sup> FACHIN; PIANOVSKI, [2011?], p. 20.

<sup>110</sup> BRASIL, 2015.

<sup>111</sup> DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. v5. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 46.

de Marinoni e Arenhart, “é simples técnica processual, dando contornos a uma espécie de ação que nela finaliza, mas não serve à prestação da tutela jurisdicional do direito”.<sup>112</sup>

Desta feita, as normas que tratam do processo executivo precisam ser interpretadas e aplicadas com o intuito de proporcionar a maior efetividade possível. Ademais, incumbe ao magistrado afastar a aplicação de norma que restrinja demasiadamente um meio executivo, “sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade, como forma de proteção a outro direito fundamental”. No mesmo sentido, deve o juiz valer-se de meio executivo que seja necessário à efetiva tutela jurisdicional.<sup>113</sup>

Destarte, as regras de impenhorabilidade constituem-se não somente em normas que visam tutelar direitos fundamentais do devedor, como também são hipóteses de restrição ao direito fundamental do credor. Exatamente por isso, não há como considerar as normas que tratam das impenhorabilidades como absolutas, partindo-se da análise da incidência sob uma ótica meramente de subsunção.

Isso ocorre porque:

Por tratar-se de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto. As regras de impenhorabilidade devem ser aplicadas de acordo com a metodologia de aplicação das normas de direitos fundamentais.<sup>114</sup>

Efetivamente, não obstante a ideia de que o legislador já efetuou o juízo de ponderação, positivando determinados casos nos quais entendeu pela prevalência do direito do executado em detrimento das garantias conferidas ao credor, à luz do caso concreto, pode-se afastar a aplicação de dispositivo que importe em restrição desproporcional, desnecessária ou inadequada ao direito do executado em prejuízo do credor,<sup>115</sup> tema melhor desenvolvido ao final do presente trabalho.

Noutro giro, predomina a tese de que as normas que regem o bem de família legal são matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelo magistrado, podendo a impenhorabilidade ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição, por

---

<sup>112</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil v.3: Processo de Execução**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

<sup>113</sup> DIDIER JR; et. al., 2014, p. 46.

<sup>114</sup> Ibid., p. 547.

<sup>115</sup> Ibid., p. 547.

resguardar o patrimônio mínimo da pessoa humana, garantindo-lhe dignidade nos moldes do preceituado pela Constituição Federal.<sup>116</sup>

Sem embargo, há doutrina dissonante que defende que a impenhorabilidade não possui por intuito a proteção da ordem pública, mas do executado. Assim, em se tratando de bem disponível, que pode ser alienado livremente ao talante do devedor, entende-se que ele também pode ser penhorado pela vontade do devedor. Ou seja, se o titular pode se desfazer do bem de forma extrajudicial, também poderá fazê-lo por meio judicial. Nesses termos, a referida proteção seria um direito do proprietário do imóvel, plenamente renunciável e passível de sofrer os efeitos da preclusão.<sup>117</sup>

O Superior Tribunal de Justiça considera a proteção destinada ao bem de família questão de ordem pública, pois destina-se a resguardar a entidade familiar e a dignidade da pessoa humana, razão pela qual seria irrenunciável e somente poderia ter sua incidência afastada nas hipóteses taxativamente expressas em lei.<sup>118</sup>

De fato, ao se deparar com casos em que o próprio executado oferece o imóvel à penhora e posteriormente alega a impossibilidade de sua constrição por se enquadrar na hipótese prevista na Lei 8.009/90, aquele tribunal tem ignorado a conduta contraditória e violadora da boa-fé objetiva do devedor e reconhecido a inviabilidade da constrição.

Como cedição, a boa-fé é uma cláusula geral processual e permite que sejam punidos comportamentos ilícitos, estejam tipificados ou não, cujo caráter abusivo reste evidente, como é o caso da parte que cria de forma proposital, imbuída de má-fé, posições processuais. Ademais, também veda o comportamento contraditório, o abuso de qualquer direito processual e a *supressio*.<sup>119</sup>

A tese acima referida, todavia, contrasta com a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário em que foi questionada a constitucionalidade do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90, dispositivo que permite a penhora do bem de família do fiador.

---

<sup>116</sup> Cf. FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 844; AZEVEDO, 2010, p. 190.

<sup>117</sup> DIDIER JR; et. al., 2014, p. 550.

<sup>118</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AERsp 537.034/MS, Quarta Turma, Relator Ministro Raul Araújo, julgamento em 26/08/2014, DJE 01/10/2014. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201401529535&dt\\_publicacao=01/10/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401529535&dt_publicacao=01/10/2014)>. Acesso em 16 out. 2016.

<sup>119</sup> DIDIER JR; et. al., op. cit., p. 307-308.

Sublinhou-se, naqueles autos, que deveria prevalecer a liberdade individual, constitucionalmente garantida, de alguém que espontaneamente assume o encargo de fiador, consciente dos riscos que lhe são inerentes, em detrimento do direito social à moradia.<sup>120</sup>

Não obstante, tem-se notado uma evolução jurisprudencial no sentido de permitir que o bem de família se sujeite à execução, quando comprovada a má-fé, fraude e o abuso de direito.

Verdadeiramente, a penhora de bem de imóvel de família foi autorizada em demanda na qual constatou-se que os devedores doaram a quase totalidade de seus bens às suas filhas e netas, restringindo seu patrimônio unicamente ao imóvel em que moravam, em clara fraude à execução. Em seu voto, o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, registrou que a norma estatuída na Lei 8.009/90 deve ser interpretada consoante a boa-fé, cabendo ao magistrado “fazer uma ponderação entre o mínimo existencial do devedor, referente à proteção do bem de família, e o direito à tutela executiva do credor”.<sup>121</sup>

Da mesma maneira, o oferecimento voluntário do imóvel sabidamente impenhorável como garantia para ingresso em parcelamento de débito tributário, posteriormente rescindido por inadimplência, foi considerado comportamento que extrapola o uso regular do direito, fraudulento e eivado de má-fé, ensejador da ineficácia da norma protetiva.<sup>122</sup>

De outra banda, as exceções à impenhorabilidade do bem de família supracitadas devem ser interpretadas em consonância com o estabelecido no artigo 833, II, do Código de Processo Civil de 2015, que estipula a impenhorabilidade dos “móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do

---

<sup>120</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407.688, Pleno, Relator Ministro César Peluso. julgado em 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=407688&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 16 out. 2016.

<sup>121</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1494394/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 16/06/2016, DJe 23/06/2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402904113&dt\\_publicacao=23/06/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402904113&dt_publicacao=23/06/2016)>. Acesso em 16 out. 2016.

<sup>122</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1200112/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001184247&dt\\_publicacao=21/08/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001184247&dt_publicacao=21/08/2012)>. Acesso em 16 out. 2016.

executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”.<sup>123</sup>

Vê-se, assim, que não há a fixação taxativa dos bens móveis que podem ser objeto de constrição, ao revés, a legislação fez uso de expressões abertas, a fim de permitir ao magistrado verificar a razoabilidade da penhora à luz do caso concreto.

Tem prevalecido o argumento segundo o qual devem ser resguardados não apenas os bens imprescindíveis à moradia, como também aqueles frequentemente encontrados em um lar. Dessa forma, seriam impenhoráveis o único aparelho de televisão, microondas, ar-condicionado, freezer, computador, impressora, entre outros. Todavia, bens que fogem a um padrão médio, como a segunda geladeira, aparelho de TV de valor exorbitante, objetos de prata, móveis que sejam peças de decoração, poderão ser penhorados.<sup>124</sup>

Merece elogio a atitude do legislador ao restringir a impenhorabilidade aos bens móveis verdadeiramente necessários a uma vida digna, possibilitando a constrição de bens supérfluos.

Até mesmo porque, “em se tratando de bem de elevado valor, não se justificaria a proteção por já não mais encontrar fundamento na tutela da dignidade do titular”.<sup>125</sup>

Verdadeiramente, o regime de impenhorabilidades deve ser visto como garantidor da dignidade e não de um patrimônio milionário, conforme a excelente compreensão de Daniel Neves:

É temeroso o entendimento de alguns doutrinadores de que as restrições patrimoniais estabelecidas pelo Código de Processo Civil e leis extravagantes se prestam a garantir a manutenção do padrão de vida do executado. Nada mais equivocado, já que é absolutamente natural que o devedor, no cumprimento de sua obrigação – voluntário ou forçado –, sofra sensível diminuição patrimonial e por consequência algumas privações, que podem ser temporárias ou definitivas. O que não se admite é a agressão demasiada à própria dignidade da pessoa humana do executado, e tão somente isso.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 15 out. 2016.

<sup>124</sup> DIDIER JR; et. al., 2014, p. 557.

<sup>125</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2014. p. 845.

<sup>126</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 1051.

Não obstante, tanto a Lei 8.009/90 quanto o Código de Processo Civil de 2015 quedaram silentes acerca do bem imóvel de elevado valor.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 foi objeto de veto presidencial projeto de lei que continha dispositivo autorizador da penhora do imóvel bem de família de elevado valor. O PL 4.497/2004, posteriormente convertido na Lei 11.382/2006, possuía dispositivo que permitia a penhora do bem imóvel de família, “se de valor superior a 1.000 salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade”.<sup>127</sup>

Nas razões do veto, registrou-se que não obstante a razoabilidade da norma proposta, tal regra quebraria a tradição jurídica de impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor,<sup>128</sup> e é extremamente criticado pela doutrina pátria.<sup>129</sup>

Há notícia de que no projeto do Novo Código de Processo Civil foi apresentada proposta similar, com o intuito de restringir a impenhorabilidade do imóvel de alto valor até o limite de mil salários mínimos. Verifica-se, contudo, que igualmente não logrou êxito, pois não foi incorporada ao texto definitivo do referido código.<sup>130</sup>

No tópico seguinte, será demonstrada a completa desnecessidade da previsão expressa de exceção à impenhorabilidade do bem de família de elevado valor. Consoante anteriormente registrado, as regras de impenhorabilidade constituem-se em restrição ao direito do credor a uma tutela jurisdicional efetiva, com o fito de resguardar o direito do devedor a uma existência digna.

Exatamente por isso, não há como a sua aplicação se dar de forma absoluta, única e exclusivamente através do método da subsunção. Ao revés, tendo em vista a colisão entre direitos fundamentais, o magistrado possui o dever de proceder à análise acerca da proporcionalidade e razoabilidade da aplicação da

<sup>127</sup> PROJETO DE LEI 4.497 DE 2004. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1648E775C6B4DFEAF615D0FC9312BD98.proposicoesWeb2?codteor=395026&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4497/200](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1648E775C6B4DFEAF615D0FC9312BD98.proposicoesWeb2?codteor=395026&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4497/200)>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>128</sup> MENSAGEM Nº 1.047, DE 06 DE DEZEMBRO DE 2006. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm)>. Acesso em 15 out. 2016.

<sup>129</sup> Cf. FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 846, MARINONI; ARENHART, 2011, p. 258-259.

<sup>130</sup> STJ decidirá se é possível penhorar único imóvel de família quando de alto padrão. [S.I.]: 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI244989,41046-STJ+decidira+se+e+possivel+penhorar+unico+imovel+de+familia+quando+de>>. Acesso em 20 out. 2016.

medida, exercendo um juízo de ponderação no caso concreto, visto que o método de subsunção não se revela eficaz na concretização de princípios e direitos fundamentais.

## 4 A POSSIBILIDADE DE PENHORAR O BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL, PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Cuida o presente capítulo da possibilidade de afastar a impenhorabilidade do bem imóvel de família de elevado valor, através da utilização da cláusula do devido processo legal em sentido substancial e da realização de um juízo de ponderação pelo magistrado à luz do caso concreto.

### 4.1 A Evolução da Cláusula do Devido Processo Legal

O devido processo legal encontra-se insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal,<sup>131</sup> constituindo-se em uma cláusula geral que deve ser observada em todas as espécies de processo, seja jurisdicional, legislativo, administrativo ou negocial. Processo devido é aquele desenvolvido em consonância com o Direito, regular formal e materialmente, com efetividade e legitimidade.<sup>132</sup>

Exatamente pela sua natureza de cláusula geral, o conteúdo do que se considera um processo devido tem variado e evoluído ao longo do tempo.

Historicamente, costuma-se associar a origem do princípio do devido processo legal à Magna Carta de 1225, documento instituído por barões ingleses com o fito de limitar os poderes do Rei João Sem Terra, e que impunha a observância da legalidade e das garantias processuais, como a prévia citação e oportunidade de defesa.<sup>133</sup>

A ideia de obediência ao devido processo legal foi transportada para as colônias inglesas na América do Norte, sendo positivada no ordenamento jurídico norte-americano em 1797, através do *Bill of Rights*. Igualmente, compreendia-se o referido princípio como uma limitação ao poder estatal, impedindo o governante de restringir direitos individuais ou de propriedade sem respeitar o procedimento devido.<sup>134</sup> Trata-se do chamado devido processo legal formal.

Atualmente, o devido processo legal é concebido como uma expressão da dignidade da pessoa humana, constituindo-se no meio apto a proteger e materializar

---

<sup>131</sup> BRASIL, 1988.

<sup>132</sup> SOARES, 2008, p. 67.

<sup>133</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 31-36.

<sup>134</sup> Ibid., p. 41-44, 69.

a existência digna no caso concreto. Com efeito, enquanto norma embasadora do ordenamento jurídico brasileiro, a exteriorização e concretização da dignidade da pessoa humana sujeita-se aos “veículos institucionais e recursos metodológicos” proporcionados pela cláusula do devido processo legal.<sup>135</sup>

Desta feita, no âmbito formal, o processo será devido quando realizado em conformidade com as garantias processuais constitucionais que certificam às partes faculdades e poderes processuais, usualmente positivadas através de princípios.<sup>136</sup>

Sem pretensão de esgotar a matéria, cumpre tecer comentários sobre as expressões mais relevantes do devido processo legal procedimental. O princípio da igualdade processual, expressamente previsto no artigo 5º da Constituição Federal<sup>137</sup> e no artigo 7º do Código de Processo Civil,<sup>138</sup> dita que as partes e seus procuradores devem ser tratados de forma isonômica, submetendo-se aos mesmos ônus, deveres e faculdades.

Há uma série de regras instituídas com o fito de concretizar a paridade de armas no processo, como as que preveem as hipóteses de suspeição e impedimento, visando resguardar a imparcialidade do juiz e sua equidistância em relação às partes, bem como as disposições que facilitam o acesso à justiça, a exemplo do benefício da justiça gratuita.<sup>139</sup>

A igualdade deve ser compreendida sob o prisma substancial, que determina o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Nessa senda, também revelam-se materializações da isonomia processual as regras que determinam a nomeação de curador especial para incapazes processuais, prazo dobrado para a manifestação dos entes públicos, prioridade na tramitação de processos que digam respeito a idosos ou portadores de doença grave, entre muitas outras.<sup>140</sup>

De outra banda, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal<sup>141</sup> garante às partes o respeito ao contraditório e à ampla defesa no decorrer do processo. Sob uma perspectiva tradicional do princípio do contraditório, costuma-se dizer que às partes deve ser garantido o direito de informação e de reação no decurso processual.

---

<sup>135</sup> SOARES, 2008, p. 68-73.

<sup>136</sup> Ibid., p. 63.

<sup>137</sup> BRASIL, 1988.

<sup>138</sup> BRASIL, 2015.

<sup>139</sup> DIDIER JR, 2015, p. 97.

<sup>140</sup> Ibid., p. 98.

<sup>141</sup> BRASIL, 1988.

No presente, todavia, defende-se a existência de uma dimensão substancial do contraditório, que amplifica o conteúdo do aludido princípio, ao instituir não somente o direito a falar e ser ouvido no processo, mas, precipuamente, o poder de influir efetivamente na decisão.

É justamente nesse sentido a disposição estatuída no artigo 9º do Código de Processo Civil<sup>142</sup>, norma que veda a prolatação de decisão surpresa e assegura à parte o direito de ser previamente ouvida e influir no conteúdo decisório, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício.<sup>143</sup>

Por sua vez, o princípio do juiz natural encontra-se positivado nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal,<sup>144</sup> e consiste na proibição da instituição de tribunais de exceção, impondo, ademais, a observância das regras relativas à competência.

Noutro giro, o artigo 93, IX, da Constituição Federal enuncia o princípio da motivação ao determinar que todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade.<sup>145</sup>

Nessa senda, considera-se que o referido princípio possui duas funções, uma endoprocessual e outra extraprocessual. A primeira diz respeito ao conhecimento, pelas partes, das razões de decidir do magistrado, inclusive com o fito de viabilizar o ataque à decisão através da interposição de recursos. A seu turno, a segunda relaciona-se à possibilidade do “controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada”.<sup>146</sup>

A realização de uma fundamentação deficiente, inapta para justificar de forma racional a decisão, também importará a nulidade do ato decisório, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil.<sup>147</sup>

De outro giro, ao lado da dimensão procedimental da cláusula do devido processo legal, modernamente sustenta-se a existência de um sentido substancial, desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana.

---

<sup>142</sup> BRASIL, 2015.

<sup>143</sup> DIDIER JR, 2015, p. 79-83.

<sup>144</sup> BRASIL, 1988.

<sup>145</sup> BRASIL, 1988.

<sup>146</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. v2. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 315.

<sup>147</sup> BRASIL, 2015.

Verdadeiramente, com o decorrer do tempo, o referido tribunal ampliou a significação da cláusula do devido processo legal, de modo a considerar que o devido processo perpassa não somente pelo atendimento aos requisitos formais e procedimentais estatuídos no ordenamento jurídico, mas compreende também o dever de resguardar alguns direitos, considerados fundamentais.<sup>148</sup>

A primeira vez em que se discutiu a possibilidade de controlar os atos legislativos foi em 1798, no caso *Calder v. Bull*, emergindo dois entendimentos opostos. De um lado, defendia-se que a Suprema Corte tinha o dever de invalidar leis que afrontassem os direitos fundamentais, mesmo que advindos apenas do direito natural. Em oposição, sustentava-se que as normas editadas pelo Congresso somente se sujeitariam àquelas constantes na Constituição, e não “a visões individuais dos julgadores”. Desta feita, a valorização do direito natural em detrimento das leis importaria na extrapolação dos poderes conferidos pela Constituição e também em um desrespeito ao processo democrático.<sup>149</sup>

Não obstante, foi ao apreciar o processo *Mugler vs. Kansas* que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu expressamente a sua competência para aferir a substância das leis, a fim de coibir excessiva interferência do Legislativo nas liberdades individuais, notadamente as relativas à economia, propriedade, contratos e comércio, consistindo no *economic substantive due process*.<sup>150</sup>

Entretanto, a partir da década de 30 do século XX, a cláusula do devido processo legal começa a albergar outros direitos fundamentais. De fato, após 1937, a Suprema Corte introduziu novos parâmetros para a declaração de inconstitucionalidade das leis, procedendo a uma análise mais apurada da legislação, com o propósito de reprimir restrições indevidas em outros direitos fundamentais, explícita ou implicitamente acolhidos pela Constituição, tais como o direito à privacidade, liberdade de expressão, entre outros. Era o surgimento do chamado *personal substantive due process*.<sup>151</sup>

Consolidou-se, então, o aspecto substancial do devido processo legal, considerado como fundamento idôneo a afastar a aplicação de lei que se revelasse irrazoável ao fim legitimamente colimado ou, ainda, que promovesse restrições

---

<sup>148</sup> LIMA, 1999, p. 107.

<sup>149</sup> Ibid., p. 107.

<sup>150</sup> Ibid., p. 113.

<sup>151</sup> Ibid., p. 121-123.

indevidas nos direitos fundamentais, estabelecendo-se como instrumento de limitação aos poderes do Estado.

Desta feita, processo devido é aquele que respeita uma série de critérios e requisitos formais estabelecidos no ordenamento jurídico, mas também aquele apto a gerar decisões justas em sua essência, que efetivamente promovam os direitos fundamentais.

#### **4.2 Devido Processo Legal Substancial e Ponderação**

Presentemente, a dimensão substancial da cláusula do devido processo legal determina que o processo deve não apenas ser conduzido em conformidade com os requisitos formais e procedimentais, mas, precipuamente, deve gerar “decisões jurídicas substancialmente devidas”. Assim, doutrina e jurisprudência majoritárias relacionam a aludida dimensão às máximas da proporcionalidade e razoabilidade.<sup>152</sup>

Considera-se que a dimensão substancial do devido processo legal diz respeito à interpretação e aplicação da lei, do ato administrativo ou da decisão judicial, de forma a alcançar “uma opção hermenêutica legítima e efetiva, com base nos resultados obtidos pela ponderação principiológica e pelo uso do postulado da razoabilidade/proporcionalidade”.<sup>153</sup>

A substancialização do devido processo legal advém de uma influência do movimento pós-positivista e neoconstitucionalista, com o enaltecimento dos princípios, carreadores de direitos fundamentais, que possuem aptidão para incidir e nortear o desenvolvimento processual. O processo passa a ser visto como o instrumento apto a tutelar e promover os direitos fundamentais, a partir da utilização de métodos hermenêuticos consentâneos com os princípios e idôneos à consecução da justiça.<sup>154</sup>

O processo substancialmente devido importa, então, na restrição ao poder estatal ou econômico de particulares, de forma a rechaçar qualquer ato normativo que afronte direitos fundamentais, e igualmente, acarreta ao Estado o dever de exercer a jurisdição em obediência às garantias fundamentais.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> DIDIER JR, 2015, p. 68.

<sup>153</sup> SOARES, 2008, p. 81.

<sup>154</sup> Ibid., p. 82.

<sup>155</sup> Ibid., p. 83.

Concebe-se, portanto, o devido processo legal como consectário dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, como métodos hermenêuticos imprescindíveis ao alcance de um processo legítimo e efetivo.<sup>156</sup>

Por conseguinte, permite-se ao Judiciário invalidar leis editadas regularmente pelo Legislativo, quando, no caso concreto, restar evidente a inadequação entre o fim colimado e o meio utilizado pela norma jurídica; em se tratando de norma desnecessária, haja vista a existência de forma alternativa menos gravosa e igualmente idônea para o alcance do mesmo resultado; ou, por fim, em hipótese na qual “o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha”.<sup>157</sup>

Com efeito, como dito anteriormente, a subsunção não se revela suficientemente apta à tutela de direitos fundamentais, fazendo-se necessário o desenvolvimento de técnicas de interpretação jurídicas condizentes com um ordenamento jurídico que preza pela força normativa dos princípios, em que emerge a probabilidade da ocorrência de colisão.

Ainda que assim fosse, uma das mudanças paradigmáticas promovidas pelo pós-positivismo reside justamente em uma reformulação da teoria da norma, com a dissociação entre texto e norma.

Texto refere-se ao dispositivo de lei ou ato normativo, ao passo que norma relaciona-se ao “sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirma que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.<sup>158</sup>

De fato, ao revés do que defendia o positivismo jurídico, a atividade do cientista jurídico não pode ser restrita a tão somente descrever um significado, uma vontade supostamente unívoca e homogênea do legislador, uniformidade que não se verifica na prática.

Ao interpretador cabe, portanto, reconstruir o sentido, conforme ensina Humberto Ávila:

Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a

---

<sup>156</sup> SOARES, 2008, p. 83.

<sup>157</sup> Ibid., p. 83.

<sup>158</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.<sup>159</sup>

Alexy foi o responsável por estabelecer a premissa de que a colisão de princípios resolve-se através da ponderação, notadamente em se tratando dos chamados *hard cases*, nos quais constata-se a possibilidade de aplicação de mais de um princípio, que apontam em direções opostas.

Conforme ensina o renomado filósofo, essa colisão não pode ser resolvida através da precedência absoluta de um dos princípios, visto que nenhum deles possui, por si só, prioridade. Faz-se necessário um “sopesamento entre os interesses conflitantes”, a fim de estabelecer qual carrega maior peso no caso concreto, posto que sob a ótica abstrata, não há um desnível entre princípios ou direitos fundamentais.<sup>160</sup>

Assim, serão estabelecidas condições que implicam a precedência de um princípio sobre o outro. Ou seja, “são indicadas condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental”.<sup>161</sup>

Desta feita, a necessidade da ponderação justifica-se, nos dizeres de Alexy, pois “reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”.<sup>162</sup>

Ávila, por sua vez, entende que a atividade do intérprete perpassa pela necessidade de analisar a ligação entre o dispositivo objeto de interpretação e “os fins e os valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes”, razão pela qual defende que mesmo em se tratando de uma regra, impõe-se a sua conjunta interpretação com os princípios que a ela sejam correlatos.<sup>163</sup>

O eminente professor ressalta que a ponderação não é técnica que se restringe à aplicação dos princípios. Efetivamente, registra que “as regras também podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões”.<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> ÁVILA, 2005, p. 25.

<sup>160</sup> ALEXY, 2015c, p. 95.

<sup>161</sup> Ibid., p. 96-98.

<sup>162</sup> ALEXY, 2015c, p. 99.

<sup>163</sup> ÁVILA, op. cit., p. 33-40.

<sup>164</sup> Ibid., p. 45.

Isto posto, a regra pode ser afastada quando houver previsão de exceção dentro do ordenamento jurídico, quando cabe ao intérprete avaliar se há mais motivos para a aplicação da regra ou da exceção. Outrossim, a exceção pode não estar expressamente posta no sistema, mas, em se tratando de “razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção”.<sup>165</sup>

No que tange à proporcionalidade, salienta Ávila que trata-se de método de aplicação de princípios quando constatados, no caso concreto, “dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”, de sorte que deve se proceder à análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>166</sup>

Ante o exposto, a evolução da cláusula do devido processo legal constitui-se no estabelecimento de uma estreita conexão entre o referido princípio e a utilização de métodos hermenêuticos modernos, concebidos para ordenamentos jurídicos de matriz pós-positivista e neoconstitucionalista, em que há o reconhecimento da força normativa dos princípios e direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

O direito ao devido processo, nesses moldes, abrange a garantia a um processo justo, legítimo, estruturado de forma a garantir o maior nível de concreção possível aos direitos fundamentais.

Logo, emerge a imprescindibilidade da utilização de métodos mais idôneos à concretização dos princípios e direitos fundamentais caros ao ordenamento jurídico, razão pela qual deve o intérprete e aplicador valer-se da ponderação e da proporcionalidade em detrimento da subsunção.

#### **4.3 A Possibilidade de Relativizar a Impenhorabilidade do Imóvel Bem de Família de Elevado Valor**

Os tribunais pátrios reiteradamente rejeitam a possibilidade de penhora do imóvel bem de família de elevado valor. Salientam que a inexistência de qualquer ressalva ao preço do imóvel na Lei 8.009/90 impede a constrição. Nessa esteira, a título de exemplo, o seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>165</sup> ÁVILA, 2005, p. 46.

<sup>166</sup> Ibid., p. 113.

Processual Civil. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Bem de família. Lei nº 8.009/90. Imóvel de elevado valor. Restrições à garantia da impenhorabilidade. Inexistência.

1. A tese desenvolvida com esteio no art. 274 do Código Civil não foi objeto de análise pela instância ordinária, o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria a este Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. A recorrente pretende afastar o regime protetivo da Lei nº 8.009/90 sob a justificativa de que o único bem imóvel pertencente ao executado, e que serve de morada para sua família, possui valor bastante elevado, caracterizando-se como residência luxuosa de alto padrão - casa situada no bairro do Leblon, Município do Rio de Janeiro/RJ.

3. A Lei nº 8.009/90 não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.

4. 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.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.<sup>167</sup>

No voto, o ilustre relator limitou-se a registrar a inexistência de exceção posta pela lei, razão pela qual, no seu entender, não é possível a constrição, *in verbis*:

A fim de evitar qualquer dúvida, observo que a discussão centra-se exclusivamente no bem imóvel e passa ao largo dos adornos suntuosos, os quais, por expressa disposição legal, não gozam da impenhorabilidade (art. 2º, parte final). Como se vê, a legislação de regência não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez. Assim é que não discriminou o imóvel bem de família em relação a seu valor nem, a partir desse discrimen, previu regimes jurídicos diversos em relação ao "grau" de impenhorabilidade do imóvel. Dessarte, elementar regra de hermenêutica, não cabe ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez.<sup>168</sup>

<sup>167</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1320370/RJ. Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgamento em 05 jun. 2012, DJE 14 jun. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200335560&dt\\_publicacao=14/06/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200335560&dt_publicacao=14/06/2012)>. Acesso em 25 out. 2016.

<sup>168</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1320370/RJ. Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgamento em 05 jun. 2012, DJE 14 jun. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22046092&num\\_registro=201200335560&data=20120614&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22046092&num_registro=201200335560&data=20120614&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em 25 out. 2016. p. 4.

Verifica-se, portanto, que o referido julgador partiu, única e exclusivamente, de um método lógico de aplicação da norma jurídica, valendo-se da subsunção. Com efeito, ao constatar que a premissa maior, a norma que prevê a impenhorabilidade do bem de família sem qualquer restrição no tocante ao valor, incidiu sobre a premissa menor - o fato de o imóvel em questão ser o único imóvel do executado e servir-lhe de residência -, ressaltou que não havia outro desígnio a ser tomado senão o reconhecimento da impossibilidade de constrição do bem.

Consoante exaustivamente demonstrado ao longo do presente trabalho, encontra-se superado o raciocínio positivista que restringe a atividade judiciária à aplicação da lei através do método subsuntivo.

Também não prevalece modernamente a tese de que o intérprete deve apenas e tão somente limitar-se a enunciar uma suposta vontade da lei. Impõe-se uma releitura dos institutos jurídicos bem como das técnicas hermenêuticas e processuais, a partir de paradigmas consentâneos com o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo e o reconhecimento de normatividade dos princípios.

A revolução sofrida pela teoria da norma e pela hermenêutica jurídica fez emergir a concepção de que ao intérprete cabe a reconstrução do sentido do dispositivo, devendo avaliar precipuamente os valores e princípios que lhe servem de fundamento axiológico.

Como dito, o instituto da impenhorabilidade do bem de família possui por finalidade resguardar a dignidade da pessoa humana, bem como o direito à moradia, ambos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Ademais, constitui-se em exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial, assegurando ao devedor o mínimo existencial ao resguardar a sua residência e de sua família, assegurando-lhes condições dignas de vida.

Não pode o devedor servir-se do referido instituto como meio para frustrar a pretensão legítima de seus credores, residindo em imóvel de altíssimo valor, em prejuízo do direito do credor em ter seu crédito adimplido. A proteção contra restrições possui por finalidade pôr a salvo parte essencial do patrimônio daquele que é executado, somente o que seja estritamente essencial às suas necessidades básicas, de forma a não reduzi-lo à miserabilidade.

O princípio da efetividade, intrinsecamente ligado ao da inafastabilidade do Poder Judiciário, dita que o jurisdicionado deve ter o seu direito não somente

reconhecido, mas principalmente, efetivado. Dessa forma, o credor possui o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz.

Logo, chega-se à inexorável conclusão de que a impenhorabilidade do bem considerado de família não pode ser considerada absoluta, em virtude de impedir a tutela prometida pelo direito material, e, por consequência, desprezar completamente o exercício efetivo do direito fundamental de ação ou à tutela jurisdicional efetiva.

Defende-se, desta feita, que a regra da impenhorabilidade do bem de família, enquanto técnica que restringe o direito fundamental do credor à obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, demanda a utilização da técnica da ponderação e do postulado da proporcionalidade, entendido em território pátrio como expressão da dimensão substancial do devido processo legal.

Nessa linha de raciocínio, a aplicação da ponderação é efetivada em três fases. Inicialmente, cabe ao intérprete verificar quais as normas mais pertinentes para a resolução do problema. Subsequentemente, deve proceder à análise fática, a fim de verificar os acontecimentos concretos e a sua relação com as normas, sejam elas regras ou princípios. Por fim, tendo em vista a essência dos princípios, normas que podem ser aplicadas em maior ou menor grau a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, insta efetuar a ponderação em si, atribuindo pesos às normas a fim de verificar o que deve prevalecer no caso concreto, a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>169</sup>

As máximas acima enunciadas “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização” em função das possibilidades fáticas no que diz respeito às máximas da necessidade e da adequação e em face das possibilidades jurídicas no que tange à máxima da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>170</sup>

*Prima facie*, saliente-se que não se está a advogar a possibilidade de penhora do bem de família de elevado valor sob qualquer circunstância. Verdadeiramente, o devedor não deve possuir outros bens ou meios, menos gravosos, aptos à satisfação do seu débito. Somente a partir dessa premissa, os princípios colidentes poderão ser objeto de ponderação.

Assim, o atendimento à máxima da necessidade, nos dizeres de Alexy, demanda que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra

---

<sup>169</sup> BARROSO, 2015, p. 374.

<sup>170</sup> ALEXY, 2015c, p. 118.

medida, menos gravosa ao indivíduo”<sup>171</sup>. No caso concreto, portanto, condiciona-se à inexistência de qualquer outra forma menos gravosa e igualmente idônea para satisfazer o débito. Por outro lado, a medida adotada, a penhora do imóvel, mostra-se adequada a atingir o fim colimado, qual seja, o pagamento do débito.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao sopesamento em si, enunciado por Alexy em uma lei, *in verbis*: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.<sup>172</sup>

Alexy explica como se dá a aplicação da lei em termos práticos:

Os elementos do caso concreto essenciais para decisão são a medida questionada e os efeitos que sua adoção e sua não-adoção têm nos princípios envolvidos. A não-adoção faz parte da análise porque se trata de decidir se a medida é permitida ou proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais, e a proibição corresponde à constelação na qual a medida não é adotada.<sup>173</sup>

No caso em questão, a proporcionalidade em sentido estrito restará atendida pela reserva de valores que possam ser posteriormente utilizados pelo devedor para a aquisição de um novo imóvel.

Com efeito, a interferência em seu direito a uma existência digna revela-se proporcional quando comparado ao direito do credor a uma prestação jurisdicional justa e efetiva, tendo em vista a enorme probabilidade de completa frustração da execução.

Propõe-se no presente trabalho a utilização do parâmetro utilizado pelo PL 4.497/2004 e pela proposta de Emenda nº 358, anteriormente registradas, que adotavam o teto de impenhorabilidade em mil salários mínimos, padrão que excepcionalmente poderá ser alterado à luz do caso concreto.

Cumprido frisar que insatisfação do débito excutido com vistas a resguardar a dignidade do devedor importará na completa violação ao direito fundamental do credor à tutela jurisdicional, atingindo um excesso restritivo vedado em nosso ordenamento.

---

<sup>171</sup> ALEXY, 2015c, p. 119.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 593.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 601.

Nessa esteira, uma norma não pode levar à completa restrição de um direito fundamental, retirando-lhe completamente a eficácia, independentemente de quais razões serviram de fundamento: trata-se da proibição de excesso.<sup>174</sup>

Assim, não se afigura nem remotamente proporcional a completa insatisfação do direito do credor a fim de permitir que o devedor mantenha um alto padrão de vida, com conforto e comodidades excessivos, desnecessários.

Nessa senda, confira-se ementa de voto proferido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que corrobora a tese ora defendida:

Bem de família – Impenhorabilidade – Lei 8.009/90 – Imóvel em bairro nobre – Incidência da contração – Resguardar ao devedor na arrematação o valor de um imóvel médio – Possibilidade.

A Lei 8.009/90 de cunho eminentemente social, tem por escopo resguardar a residência do devedor e de sua família, assegurando-lhes condições dignas de moradia; mas não pode o devedor servir-se do instituto do bem de família como meio para frustrar legítima pretensão de seus credores, subtraindo da execução imóvel de elevado valor, situado em bairro nobre, e como tal pode e deve ser ele objeto do arresto; devendo, no entanto, extrair, quando da venda ou arrematação, um valor que proporcione ao executado a aquisição de um imóvel de porte médio, no mesmo município de sua localização, capaz de assegurar ao devedor e à sua entidade familiar condições de sobrevivência digna, mas sem suntuosidade.<sup>175</sup>

Ressalte-se, outrossim, que a dignidade do credor também deve ser considerada na realização do sopesamento. Afinal, a dignidade da pessoa humana impõe a consideração do “homem como a razão precípua do universo jurídico, conferindo-lhe tratamento isonômico”, premissa que não deve se dirigir apenas a alguns, mas “deve atingir toda a comunidade de seres humanos, sem distinções injustificadas”,<sup>176</sup> notadamente em se tratando de débitos de natureza alimentar, conforme vem reconhecendo parcela da justiça obreira:

AGRAVO DE PETIÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DE ELEVADO VALOR. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. O objetivo do legislador, ao editar a Lei nº 8.009/1990, foi o de assegurar a habitação digna da família. Porém, tal garantia é afastada quando o devedor reside em imóvel de altíssimo luxo, cuja alienação pode satisfazer o credor e

<sup>174</sup> ÁVILA, 2005, p. 97.

<sup>175</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.986805-7/005, Relator Desembargador Duarte de Paula, julgado em 05/03/08, Diário de Justiça em 19/03/08. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9206907/agravo-de-instrumento-ag-990100735160-sp/inteiro-teor-102818392>>. Acesso em 30 out. 2016.

<sup>176</sup> SOARES, 2008, p. 71.

ainda permitir que o devedor adquira outro imóvel suntuoso, no mesmo bairro, com o valor remanescente.<sup>177</sup>

Desta feita, conquanto a dignidade da pessoa humana e o seu direito ao mínimo existencial devam ser resguardados, no caso de um imóvel bem de família de elevado valor, os interesses em colisão devem ser ponderados.

Em se tratando da única forma apta a satisfazer o débito, a penhora e o resguardo de quantia para posterior aquisição de outro imóvel é medida que protege a dignidade do credor e satisfaz o direito e a dignidade do credor ao mesmo tempo.

---

<sup>177</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Agravo de Petição: 00005386920105010036, Sétima Turma, Data de Julgamento: 22/06/2016, Data de Publicação: 30/06/2016. Disponível em: < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24952836/agravo-de-peticao-agvpet-2193002519995010008-rj-trt-1>>. Acesso em 30 out. 2016.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência jurídica é marcada por discussões filosóficas acerca do conceito de direito e sua relação com a moral e a justiça.

A doutrina jusnaturalista defendia a existência de duas espécies de direito, o positivo e o natural. Para os seus adeptos, ao lado do direito positivado pelo Estado, existiria um direito natural, superior, imutável e inerente ao indivíduo enquanto ser humano.

A ideia de existência de um direito natural foi completamente afastada pelo positivismo jurídico, que promoveu uma extrema aproximação entre Direito e lei. Com efeito, na busca por uma compreensão eminentemente empírica do fenômeno jurídico, verificável a partir de métodos utilizados em outras ciências, bem como a fim de resguardar uma pretensa segurança jurídica, os valores foram relegados ao plano filosófico.

O cientista jurídico deveria restringir-se ao direito posto pelo Estado, sem exercer qualquer juízo valorativo ou qualquer questionamento acerca da sua idoneidade para a consecução da justiça. Desta feita, ao aplicador do direito cabia unicamente a tarefa de declarar uma suposta vontade unívoca do legislador.

Após as atrocidades cometidas no século XX pelo nazismo e fascismo, realizadas com esteio nas respectivas legislações, restou evidente que a compreensão do direito sob um prisma unicamente positivista e objetivo possuía um caráter legitimador de qualquer ordem posta, inclusive regimes autoritários e cruéis.

Nessa esteira nasceu o ideário pós-positivismo, terceira via que busca a reinserção de valores no ordenamento, sem perder o atributo da racionalidade. Promoveu-se uma reformulação da teoria da norma, com o reconhecimento da força normativa dos princípios, bem como o surgimento de novas técnicas de interpretação e aplicação do direito, mais condizentes com ordenamentos jurídicos que reconhecem a cogência dos princípios.

As Constituições nascidas na segunda metade do século XX, influenciadas sobremaneira pela filosofia pós-positivista, deixaram de ser meros documentos programáticos, de cunho político, e passaram a regular diretamente as relações entre particulares e entre eles e o Estado. Ademais, carregam em seu bojo uma série de direitos fundamentais, que não somente tem a capacidade de incidência direta, como

também devem ser utilizados como parâmetros para a interpretação e aplicação de todas as leis infraconstitucionais.

A dignidade da pessoa humana passou a ser considerada valor intrínseco ao ser humano, fim supremo de todo o ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos sobre todos os ramos do direito.

Verdadeiramente, o bem de família, objeto do presente trabalho, é usualmente concebido como uma concretização da dignidade da pessoa humana, na medida em que resguarda um patrimônio mínimo necessário à existência com dignidade do devedor, garantindo-lhe autonomia.

Ao mesmo tempo, a impossibilidade de constrição do bem de família é uma restrição ao direito fundamental do credor a uma tutela jurisdicional justa, efetiva e eficaz, frustrando, na grande maioria das vezes, a satisfação de seu crédito.

Nessa esteira de raciocínio, um dos fundamentos utilizados por parcela da jurisprudência para impedir a constrição do bem imóvel de família de elevado valor é exatamente o seu intuito de proteger um patrimônio mínimo do devedor, resguardando sua dignidade.

Contudo, não há falar em mínimo existencial em se tratando de imóvel de valor milionário, suntuoso e completamente dissociado da realidade brasileira. Como repisado à exaustão, fala-se em imóvel que possa resguardar a dignidade do executado. O instituto em questão não deve ser utilizado como uma salvaguarda para que o devedor viva em meio ao luxo em detrimento ao direito do credor.

Advogou-se, então, que a ausência de dispositivo prevendo uma exceção à proteção conferida ao bem de família em virtude de seu elevado valor, não constitui obstáculo ao afastamento da impenhorabilidade, desde que atendidos alguns requisitos.

Portanto, em se tratando do único meio apto à satisfação da execução, o deferimento da penhora do imóvel bem de família de elevado valor é medida que se impõe. Isso porque embora a regra que determina a impenhorabilidade do bem de família seja efetivamente uma expressão da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento e valor máximo do sistema jurídico brasileiro, não se pode ignorar outros direitos fundamentais igualmente resguardados, como o direito do credor a uma tutela jurisdicional justa, bem como a sua própria dignidade.

O presente trabalho, cumpre esclarecer, não pretende criticar o instituto do bem de família. Ao revés, sua importância e imprescindibilidade é cristalina.

Considera-se plenamente justificável a preponderância, em tese e abstratamente, da dignidade daquele que deve sobre o direito de outrem ao recebimento do seu crédito.

Todavia, não se deve olvidar que muitas vezes o próprio credor tem a sua dignidade aviltada, notadamente em se tratando de créditos trabalhistas, de natureza alimentar por excelência.

A ausência de uma exceção tipificada expressamente no ordenamento, inexistência que pode ser atribuída à falta de interesse político daqueles que estão no poder, não pode permitir a utilização indevida de um instituto que visa resguardar justamente os mais necessitados de proteção.

Nessa esteira, com apoio na ponderação e na proporcionalidade, defendeu-se a possibilidade de relativizar a impenhorabilidade do bem de imóvel de família de elevado valor, quando for o único meio encontrado para a satisfação da execução, restringindo-a ao importe de 1.000 salários mínimos, quantia mais que suficiente para a aquisição de imóvel confortável em qualquer cidade brasileira.

Registrou-se que a venda do bem e o resguardo do valor considerado impenhorável, com a entrega do remanescente ao credor é medida que atende à proporcionalidade, garante a dignidade do executado e concretiza o direito fundamental do autor a tutela jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015a.

ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015b.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015c.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan/mar 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em 20 out. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. n. 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Constituinte, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 14 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 mar. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm)>. Acesso em 12 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11. jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 12 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 364, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2008, DJe 03/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27364%27>>. Acesso em 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 449, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/2010, DJe 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27449%27#DOC1>>. Acesso em 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 486, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27486%27#DOC1>>. Acesso em 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1320370/RJ. Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgamento em 05 jun. 2012, DJE 14 jun. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200335560&dt\\_publicacao=14/06/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200335560&dt_publicacao=14/06/2012)>. Acesso em 25 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AERsp 537.034/MS, Quarta Turma, Relator Ministro Raul Araújo, julgamento em 26/08/2014, DJE 01/10/2014. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201401529535&dt\\_publicacao=01/10/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401529535&dt_publicacao=01/10/2014)>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1.494.394/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 16/06/2016, DJe

23/06/2016. Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402904113&dt\\_publicacao=23/06/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402904113&dt_publicacao=23/06/2016)>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.200.112/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 07/08/2012, DJe 21/08/2012. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001184247&dt\\_publicacao=21/08/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001184247&dt_publicacao=21/08/2012)>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407.688, Pleno, Relator Ministro César Peluso, julgado em 08/02/2006, DJ 06/10/2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=407688&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.455.554/RN, Terceira Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 14/06/2016, DJe 16/06/2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201400773994](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201400773994)>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 439.292/PR, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 11/02/2014, DJe 13/03/2014. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303798094&dt\\_publicacao=13/03/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303798094&dt_publicacao=13/03/2014)>. Acesso em 16 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.986805-7/005, Relator Desembargador Duarte de Paula, julgado em 05/03/08, Diário de Justiça em 19/03/08. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9206907/agravo-de-instrumento-ag-990100735160-sp/inteiro-teor-102818392>>. Acesso em 30 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Agravo de Petição: 00005386920105010036, Sétima Turma, Data de Julgamento: 22/06/2016, Data de Publicação: 30/06/2016. Disponível em: < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24952836/agravo-de-peticao-agvpet-2193002519995010008-rj-trt-1>>. Acesso em 30 out. 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. v1. 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. v2. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. v5. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista ANIMA**, Curitiba, 5 ed, [2011]. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/anima\\_5.php](http://www.anima-opet.com.br/anima_5.php)>. Acesso em 20 out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das famílias**. v6. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. v1. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>>. Acesso em 04 out. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Fabris, 1999..

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil v.3 : Processo de Execução**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Direito Processual Civil v.1: Teoria do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENSAGEM Nº 1.047, DE 06 DE DEZEMBRO DE 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm)>. Acesso em 15 out. 2016.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PROJETO DE LEI 4.497 DE 2004. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1648E775C6B4DFEAF615D0FC9312BD98.proposicoesWeb2?codteor=395026&filename=R EDACAO+FINAL+-+PL+4497/200](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1648E775C6B4DFEAF615D0FC9312BD98.proposicoesWeb2?codteor=395026&filename=R EDACAO+FINAL+-+PL+4497/200)>. Acesso em 15 out. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Impenhorabilidade de bens no CPC/2015 e as hipóteses da remuneração do executado e do imóvel residencial. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs). **Novo CPC doutrina selecionada: execução**. v.5. Salvador:

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

**STJ decidirá se é possível penhorar único imóvel de família quando de alto padrão.** [S.l.]: 2016. Disponível em:  
<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI244989,41046-STJ+decidira+se+e+possivel+penhorar+unico+imovel+de+familia+quando+de>>.  
Acesso em 20 out. 2016.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em:  
<<http://repositorio.unb.br/handle/10482/3616>>. Acesso em 04 out. 2016.