

A renúncia à impenhorabilidade do bem de família e o Superior Tribunal de Justiça: proteção ao hiperssuficiente?

Vanessa Nunes PEREIRA*

André Murilo Parente NOGUEIRA**

RESUMO: O estudo, pelo método dedutivo, aborda a discussão havida no Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de renúncia nas relações contratuais da proteção de impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei nº 8.009/90, pelo devedor. A pesquisa perpassa pelos entendimentos existentes na Corte, evidenciando o risco de que o reconhecimento da penhorabilidade implicará na entrega de tutela jurisdicional em favor daqueles considerados hiperssuficientes nas relações jurídicas, prestigiando o poder econômico e maculando o direito fundamental social à moradia e a própria dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Renúncia; bem de família; direito fundamental social à moradia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Do direito fundamental social à moradia; – 3. O Superior Tribunal de Justiça e a renúncia à proteção do bem de família: o risco de proteção ao hiperssuficiente; – 4. Conclusão; – 5. Referências bibliográficas.

TITLE: *Unseizability Abdication of Family Property and the Superior Court of Justice: Protection to Hyper-Sufficient Persons?*

ABSTRACT: *The study, by deductive method, is about the discussion at the Superior Court of Justice regarding the possibility of abdicating in contractual relations of the protection of unseizability of Family property, provided by law 8.009/90, by the debtor. The research runs through exiting understandings of the Court, making evident the risk of seizability recognition will imply in the delivery of jurisdictional protection in favor of those considered hyper-sufficient in legal relations, honoring the economic power and tarnishing the fundamental social right of housing and the dignity of the human person.*

KEYWORDS: *Abdicate; family property; fundamental social right of housing.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The fundamental social right to housing; – 3. The Superior Court of Justice and the renunciation of protection of the family property: the risk of protection to the hyper-sufficient; – 4. Conclusion; – 5. Bibliographical references.*

1. Introdução

O estudo aborda a forma pela qual o Superior Tribunal de Justiça vem enfrentando a temática atrelada à possibilidade ou não do devedor, no âmbito das relações contratuais,

* Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil – ambos pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino – ITE/SP. Advogada. E-mail: vanessapereira@aftn.com.br.

** Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Ius Gentium Conimbrigae – Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino – ITE/SP. Professor do curso de Direito no Centro Universitário de Bauru – ITE/SP e na Faculdade Iteana de Botucatu/SP. Advogado. E-mail: andrenogueira@aftn.com.br.

ofertar seu único bem imóvel, portanto, seu bem de família, em garantia de pagamento, quer-se dizer, se o devedor pode renunciar à proteção legal da Lei 8.009/90.

Tal discussão ultrapassa a temática de mera liberalidade ou autonomia das vontades que rege as relações de direito contratual, envolvendo aspectos constitucionais que devem ser considerados para solução do impasse, na medida em que admitir a possibilidade de renúncia à referida proteção legal, em última essência, pode macular o próprio direito fundamental social à moradia e a dignidade da pessoa humana do devedor, bens jurídicos tutelados pela ordem constitucional e, como tal, dotados de irrenunciabilidade.

A pesquisa inicia apresentando as bases teóricas que reconhecem o direito à moradia como verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão, um direito oponível em face do Estado, de modo a exigir posturas positivas tendentes à sua concretização, não somente na esfera das políticas públicas do Executivo, mas também na esfera do Estado-juiz responsável pela consagração e proteção dos direitos fundamentais.

A partir de tal premissa, o estudo aborda a proteção que a legislação infraconstitucional confere ao bem de família, procurando demonstrar que o reconhecimento do direito fundamental à moradia vincula, de igual forma, o Legislador, a quem competiu a assecuração desse direito mediante fixação de modelos normativos de não-maculação desses bens, inclusive em favor do devedor contra si próprio, ou seja, a inviabilidade de indicação do bem de família como garantia em débitos contraídos pelo titular da proteção legal.

De igual maneira, a pesquisa elucidará os diversos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, evidenciando o risco de que o reconhecimento da penhorabilidade ou possibilidade de imposição de gravames sobre esses bens, ainda que por indicação do devedor, implicará na entrega de tutela jurisdicional concedida em favor daqueles considerados hiperssuficientes nas relações jurídicas, prestigiando o poder econômico e limitando o direito fundamental social à moradia e a própria dignidade da pessoa humana.

O trabalho se desenvolveu pelo método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e análise doutrinária e jurisprudencial, apresentando os aspectos mais relevantes do tema e a análise de decisões judiciais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, a fim de reforçar alegações teóricas ventiladas no estudo.

2. Do direito fundamental social à moradia

O constitucionalismo, da forma como hoje se vislumbra, é decorrente de diversas ondas revolucionárias das quais culminaram o surgimento das constituições escritas o que, conseqüentemente, dificultara a ocorrência de retrocessos em referido campo. Assim, o que se vislumbra é que o constitucionalismo, apesar de estimulado pelos mesmos objetivos básicos, teve acrescido diversas peculiaridades segundo as circunstâncias de cada Estado.

E diferente não foi com os direitos fundamentais, vez que o reconhecimento destes se deu ao longo da evolução da história, de modo que não se pode compreender o seu conceito e seu desenvolvimento sem o relato de sua trajetória. Assim, para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, os direitos fundamentais encontram-se sujeitos às reformas políticas, haja vista que fazem parte do direito público e, conseqüentemente, constitucional, de modo que sua formação ocorreu de modo paulatino e atrelado ao Estado Constitucional Civil dos tempos modernos, vez que encontrou seus primeiros traços através das ações da Revolução Americana e da Revolução Francesa.¹

A doutrina dos direitos fundamentais, conforme ensina Vladimir Brega Filho, surgiu da fusão de várias fontes, mas tem como base o cristianismo, cuja ideia é de que todos são criados à imagem e semelhança de Deus, o direito natural e o constitucionalismo, evolução que será objeto de comentários no presente apenas no que interessa aos fins pretendidos, quais sejam, realizar a análise do direito fundamental social à moradia.²

Destarte, na Idade Média, o direito natural contribuiu para o reconhecimento dos direitos fundamentais, naturais, superiores e limitadores dos poderes dos monarcas, fazendo surgir pactos, forais e cartas de franquia, destacando a Carta Inglesa do Rei João Sem Terra, outorgada em 1215 e conhecida como “Magna Carta”, qual assegurava direitos como garantia do devido processo legal, liberdade de locomoção, dentre outros.³

Ainda nesse contexto, verifica-se que contra os abusos dessa concentração do poder surgiram as primeiras manifestações de rebeldia, como a Declaração das Cortes de Leão de 1188, o *Bill of Rights*, de 1689, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de

¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

² BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 3.

³ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*, cit., p. 6.

1776, bem como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, que influenciaram na aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, da qual buscou seguir o *slogan* da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Acerca da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vale dizer que segundo Philippe Braud seu sucesso “deveu-se a que os autores da Declaração tiveram consciência de proclamar direitos individuais, válidos para todos os homens de todos os tempos e de todos os países”.⁴

Observa-se, então, que referida declaração é tida como um marco de progresso na história da afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana, sendo até hoje utilizada como parâmetro para a aplicação destes, mesmo que sua efetiva execução ainda não tenha sido alcançada.⁵

Essas declarações são apontadas como fonte histórica dos direitos humanos e fundamentais, mas não estavam inseridas nas Constituições e, ainda assim, o constitucionalismo se fortalecia no sentido de reconhecer a necessidade da inclusão de um rol mínimo de direitos fundamentais nas Constituições escritas⁶, bem como em um movimento de fortalecimento desses textos constitucionais e de desenvolvimento da proteção liberal do indivíduo.

A evolução social, as diferenças entre grupos da sociedade e de poder econômico, bem como crises e revoluções implicaram numa nova perspectiva constitucional social, como no México, em 1917 e, em Weimar, em 1919, que reconheceram direitos de cunho prestacional.

E referida perspectiva social iria se modificar e se intensificar ainda mais após o advento da Segunda Guerra Mundial, momento em que o Estado-polícia foi substituído pelo Estado-serviço e que segundo Harold Laski, “é aquele que emprega seu poder supremo

⁴ DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207.

⁵ Sobre o tema Dalmo de Abreu DALLARI destaca: “[...] a proclamação dos Direitos Humanos, com a amplitude que teve, objetivando a certeza e a segurança dos direitos, sem deixar de exigir que todos os seres humanos tenham a possibilidade de aquisição e gozo dos direitos fundamentais, representou um progresso. Mas sua efetiva aplicação ainda não foi conseguida, apesar do geral reconhecimento de que só o respeito e todas as suas normas poderá conduzir a um mundo de paz e de justiça social” (*Elementos de teoria geral do Estado*, cit., p. 212).

⁶ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*, cit., 2002, p. 12.

e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica”.⁷

Face a isso, tem-se que a guerra aflorou e desenvolveu ainda mais o lado intervencionista do Estado com o escopo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos, não sobrando, assim, qualquer área interdita a tal intervenção, de modo que segundo Dalmo de Abreu Dallari, a consequência disso é a definição de um novo intervencionismo do Estado em que somem os limites entre o público e o privado, e o Estado, então, assume o papel de garantidor aviltantemente apreciado por aqueles que mais o desestimulavam.⁸

O que se verifica é que em um primeiro momento temos os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão e que visavam o impedimento do exercício do abuso de poder pelo Estado, encontrando-se atrelados aos direitos individuais e à imposição de uma obrigação de não fazer por parte do Estado, sendo que com o avançar do tempo e das necessidades sociais impostas pelo advento da Guerra fez com que surgissem os direitos fundamentais de segunda dimensão, nos quais se enquadram os direitos sociais, que são os direitos destinados aos grupos menos favorecidos e que impõe ao Estado uma obrigação de fazer em relação ao fornecimento de direitos positivos, já que objetivam à redução de desigualdade material por meio da concessão de condições mínimas.

E justamente nesse contexto, é que o direito social à moradia teve seu advento, de modo que a primeira aparição do direito à moradia se deu na Constituição de Weimar em 1919, cujo artigo 155 estabelecia ser direito fundamental de todos os alemães uma moradia que correspondesse às suas necessidades e de suas famílias e, atualmente, referido direito encontra-se garantido e previsto em, ao menos, 40% das Constituições vigentes, conforme elucida Soraya Lunardi.⁹

Avaliando a presença do direito à moradia no plano da legislação internacional tem-se que, após a sua primeira aparição na Constituição de Weimar, sua consagração em larga escala se deu na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948, na qual pela primeira vez os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles o direito à

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, cit., p. 275.

⁸ DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, cit., p. 277.

⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos sociais são direitos fundamentais*: simples assim. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 365.

moradia, foram expressamente previstos na condição de direitos humanos e fundamentais.¹⁰

E nessa toada é que o direito à moradia passou a ser objeto de previsão legal em inúmeros tratados e documentos internacionais, destacando-se o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, ratificado pelo direito interno brasileiro; a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1969, dentre outros, sendo que segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹¹, é importante destacar ainda no plano internacional, em razão do exposto reconhecimento destinado à proteção do direito à moradia e à influência exercida na ordem jurídica brasileira, os documentos oriundos de duas conferências promovidas pela ONU envolvendo a problemática dos assentamentos humanos, mais precisamente em 1976 – Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, Habitat I – e, em 1996, o Habitat II ocorrido em Istambul, na Turquia, e do qual o Brasil é signatário.¹²

Delineado esse breve panorama acerca da inserção do direito à moradia e suas previsões legais, cumpre-nos consignar que na esfera do direito constitucional estrangeiro, há mais de cinquenta Constituições que reconhecem expressamente o direito em tela¹³, de modo que atualmente referido número deve ter sido elevado ante as evoluções progressistas realizadas e afinadas com os parâmetros colocados pela ONU no que tange ao direito à dignidade da pessoa humana e à diminuição das desigualdades.

No tocante ao direito interno tem-se que, embora o reconhecimento dos direitos de cunho prestacional tenham ocorrido na Constituição de 1934, a previsão expressa, direta e devidamente positivada acerca do direito fundamental social à moradia somente se deu

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 1. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima1/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf>. Acesso em: 16.05.2021.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 3.

¹² A esse respeito, Ingo Wolfgang SARLET: “Já por ocasião da Declaração de Vancouver (1976) restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmado o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, mediante remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização, que voltarão a ser objeto de referência” (O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 4).

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 4.

na Constituição de 1988 com a Emenda n.º 26/2000, em que pese anteriormente ter-se a expressa menção em outros dispositivos.

Ou seja, se promovermos uma análise dos dispositivos constitucionais anteriores à emenda anteriormente referida, depreende-se que a Constituição de 1988 quando estabeleceu a competência da União, Estados e Municípios para a promoção de programas de moradia (art. 24, inciso IX) acabou por prever e fundamentar o direito social em discussão, assim como quando tratou das necessidades vitais do trabalhador, dentre elas o direito a uma moradia digna (art. 7º).

Afora isso, sempre haveria como reconhecer e aplicar o direito à moradia no plano do direito fundamental como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente no artigo 1º, inciso III, vez que este em sua dimensão positiva visa à satisfação das necessidades básicas e à proteção do chamado mínimo existencial.

E seguindo-se esse contexto tem-se que por si só já bastaria o fato do Brasil ser signatário do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 formalmente incorporado ao direito interno e que possuía o direito fundamental à moradia em sua redação, levando à conclusão de que antes mesmo da expressa previsão constitucional a respeito poder-se-ia entender que o direito em comento já era positivado ante a hierarquia constitucional de tratados como este.

Vislumbra-se, então, que com a inclusão pela Emenda n.º 26/2000 restou superado o reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental social previsto constitucionalmente, de modo que embora não tenha sido propriamente um “novo direito”, é certo que sua positivação expressa lhe trouxe especial significação e lhe possibilitou novas dimensões e perspectivas no tocante à sua aplicabilidade.¹⁴

Destarte, o direito fundamental social à moradia se afigura em conjunto com a alimentação no rol das necessidades mais básicas do ser humano, sendo caracterizado como um dos pilares da garantia do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana, em virtude de ser essencial para o indivíduo possuir morada com o escopo de desenvolver suas necessidades e como refúgio de paz espiritual. Segundo José

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 6.

Afonso da Silva “o direito à moradia consiste no direito positivo de caráter prestacional, porque legítima a pretensão do seu titular a realização do direito por via de ação positiva do Estado”.¹⁵

O citado autor complementa que é nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia, já que como mencionado acima o direito em comento encontra previsão em diversos dispositivos constitucionais, dos quais se destaca o artigo 3º que define como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – “e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família” – bem como promover o bem de todos, o que se presume em ter onde morar.¹⁶

Ora, na busca pela construção e conseqüente identificação da disponibilização do direito à moradia deve-se considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para o oferecimento de uma vida saudável, já que vai além do oferecimento de um local para que o indivíduo promova sua morada, sendo possível concluir que o conteúdo envolto no direito à moradia há de ser identificado e aplicado mediante uma interpretação tópica e sistemática de um diálogo entre as diversas fontes do Direito, já que se encontra, assim como os demais direitos fundamentais, embora autônomo, marcado por interpretações sobrepostas e que possuem esferas autonomamente protegidas.

Nessa perspectiva é que se depreende que o direito à moradia não se subsume à moradia própria, diferenciando do direito à propriedade também previsto constitucionalmente, já que segundo as palavras de Walter Claudius Rothenburg, “a moradia é componente necessário do direito de propriedade para caracterizar a função social que a propriedade deve apresentar”.¹⁷

Até porque, como salientado, o direito à moradia é mais do que um espaço para se conceber a morada do indivíduo, sendo um local destinado à proteção deste e de sua família contra as intempéries, bem como para gozar sua intimidade e privacidade, resumindo-se em um ambiente para viver com um mínimo de saúde e bem estar, de modo que sem a concretização deste certamente o indivíduo não terá assegurada a sua dignidade enquanto pessoa humana, já que estar sob um teto lhe garante, a depender

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 319.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 319.

¹⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim*, cit., p. 366.

das circunstâncias, assegurar o direito à própria existência física e, conseqüentemente, o seu direito à vida.

Assim, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “não é por outra razão que o direito à moradia, tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida”.¹⁸

E diante disso é que se vislumbra, ainda, que como todo direito fundamental, o direito à moradia também possui sua dimensão defensiva, a qual impede a intromissão desproporcional do Estado, ou seja, voltada ao âmbito de proteção, bem como sua dimensão positiva que se volta ao cunho prestacional do Estado, isto é, de proporcionar a moradia digna e adequada aos seus cidadãos.

Logo, justamente nesse contexto de proteção e de observância de critérios qualitativos mínimos para a concessão do direito à moradia, é que se observa o surgimento da legislação protetiva do bem de família estabelecida em solo pátrio e da qual se apresenta como uma das evoluções do direito fundamental social à moradia e que será abaixo tratado, visto que se encontra atrelada à atual repersonalização do Direito Civil, posto que é visualizada por Luiz Edson Fachin como um “oásis no meio do transcurso”, dada sua presença e conseqüente tutela fora da codificação com o escopo de conferir aplicabilidade ao direito social e fundamental à moradia perseguindo a tendência de valorização da pessoa, bem como de solidariedade estampada no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.¹⁹

2. Da legislação protetiva do bem de família e sua evolução histórica

Como mencionado acima, a legislação protetiva do bem de família surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como uma evolução do direito fundamental social à moradia, concedendo maior aplicabilidade ao direito retro e perseguindo a tendência de valorização da pessoa por meio do princípio da dignidade humana.

Contudo, o instituto do bem de família tem como berço de seu nascimento através de tratamento jurídico específico, a República do Texas nos Estados Unidos da América,

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 13.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. *Revista da EMERJ*, vol. 11, n. 43, 2008, p. 64. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_233.pdf>. Acesso em: 08.03.2021.

vindo a ser conhecido como o *homestead*, do qual o jurista americano Rufus Waples conceitua como “a residência de família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme estatuído na lei”.²⁰

Assim, a expressão retro se refere ao local do lar (*home* – lar e *stead* – local), tendo surgido no Texas, como mencionado, antes mesmo da incorporação deste aos EUA, que ocorrera no ano de 1845, sendo regulamentado pela lei de 26.01.1839 – *Homestead Exemption Act* –, de modo que se concretizou como sendo o imóvel isento de penhora e destinado para o núcleo familiar, objetivando-se com isso a defesa da pequena propriedade e, conseqüentemente, a proteção das famílias erradicadas na República do Texas após o grande advento de imigrantes quando da crise vivenciada nos anos de 1837 a 1839, da qual, inclusive, teve início dentre outros fatores, em virtude da falência de um banco de grande monta em Nova York em 10.05.1937.²¹

Destarte, vislumbra-se que o instituto em questão surgiu com a finalidade de fixar o homem à terra, já que o Texas na época sofrera com a chegada de diversos imigrantes por decorrência da crise, sendo preciso desenvolver uma civilização que garantisse, ao menos, o mínimo existencial para uma vida decente, de modo que após seu surgimento no Texas houve a expansão para os demais territórios americanos, como por exemplo, Vermont e Wisconsin; (1849), Nova York e Michigan (1850); Indiana, New Jersey e Delaware (1854) e Nevada (1864).²²

Seguindo-se nesse trajeto histórico de fixação e surgimento da proteção ao bem de família no plano internacional, temos que na Alemanha seu advento não ocorrera como nos EUA, já que diferentemente do berço originário, aqui buscava-se a proteção da média propriedade e não do trabalhador ou pequeno proprietário agrícola.

Ainda nessa esteira tem-se que o surgimento de tal instituto em Portugal ocorrera pela denominação de *casal de família* através do Dec. 7.033, de 16.10.1920.²³

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

²¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*, cit., p. 26.

²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*, cit., p. 31.

²³ A qual, segundo Álvaro Villaça Azevedo (*Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*, cit., p. 70): “O art. 1º, daquele decreto português possibilita a constituição do casal de família, indivisível e inalienável, de forma voluntária ou coercitiva, podendo ter por objeto uma casa ou, além dela, terras de agricultura ou dependências, onde possa qualquer membro da família exercer atividade que traga a esta benefício, conforme seu art. 2º. Como se vê, o decreto sob análise mostra o bem de família por intermédio da pequena propriedade, que deve fornecer àquela os meios de subsistência”.

Verifica-se, assim, que a legislação portuguesa acerca do tema teve influência direta da legislação francesa, porém assim como nas demais legislações internacionais o instituto teve pouca utilidade na prática, embora de inegável importância, sendo que o insucesso se deu, segundo os ensinamentos de Álvaro Villaça de Azevedo²⁴ em razão da necessidade de vinculação desse patrimônio e de sua utilização pelo instituto familiar, isto é, pretendia-se um imóvel limitado em sua extensão, deixando de atender, com isso, à proteção de todas as famílias como um todo, já que nem todos detêm o privilégio de possuir um bem de morada, além de que o instituto passou a ser visto por muitos como uma subtração dos credores acerca da garantia de seu crédito dada a impossibilidade de satisfação da dívida em razão da impenhorabilidade.²⁵

No Brasil a implantação e conseqüente surgimento do instituto do bem de família se deu no Código Civil de 1916 seguindo-se as variantes internacionais, ou seja, dependente da vontade do instituidor e do preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação para a caracterização de sua impenhorabilidade e inalienabilidade, de modo que na existência de débitos anteriores à sua constituição ficam estes ressalvados, sendo que os dispositivos acerca foram alocados na parte geral do Código.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 veio também a previsão acerca da necessidade de proteção por parte do Estado em relação ao núcleo familiar, o que fomentou e resultou no advento da Lei n.º 8.009/1990 como específica proteção à instituição do bem de família, até porque segundo as palavras de Álvaro Villaça Azevedo: “não pode o Estado negar à família uma proteção sólida, por meio de um eficaz ordenamento jurídico, pois que mais lhe cabe responsabilidade nesse sentido do que ao indivíduo”.²⁶

Antes de tratarmos especificamente da legislação em questão cumpre informar que no Código Civil de 2002 a proteção em relação ao bem de família por vontade do instituidor se manteve, de modo que algumas partes foram excluídas e destinadas à legislação especial, bem como à legislação processual civil que já tratava de certa forma a respeito,

²⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90, cit., p. 71.

²⁵ Nesse sentido, Álvaro Villaça AZEVEDO concluiu que: “Parece-nos que, certamente, não foi a inutilidade do instituto do bem de família que restou patente, mas a inutilidade da maneira como foi tratado legislativamente, não só nas legislações estudadas como na nossa. Regulamentou-se a matéria em desconformidade com o fim que vem gravado na essência do instituto, ou da proteção do núcleo familiar. Realmente, o legislador instituiu-o como se pudesse ele dar a todas as famílias, indistintamente, o mínimo necessário à sua existência condigna, por meio de bens imóveis, privilégio tão-só de algumas. É como se a real beleza que envolve a filosofia do instituto percesse ante a impossibilidade de sua utilização” (*Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90, cit., p. 82).

²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90, cit., p. 92.

além de que os dispositivos foram realocados para a parte especial do Código após a previsão do direito de família e como consequência patrimonial deste.

Realizado o adendo retro tem-se que com o surgimento da legislação específica – Lei n.º 8.009 de 29.03.1990 – afluíram intensa discussão a respeito de sua constitucionalidade, vez que para alguns doutrinadores a impenhorabilidade geral dos bens do devedor tornaria inócua a previsão constitucional acerca da sujeição do patrimônio em relação às dívidas, quando já havia se dissipado a possibilidade de prisão civil do devedor. Contudo, o entendimento de outros pensadores, inclusive de Álvaro Villaça Azevedo – um dos criadores do projeto de lei em questão – é de que a previsão em comento não violaria o princípio constitucional posto em xeque por alguns pensadores, pois através da proteção em discussão o legislador tão somente estabeleceu, em caráter de emergência, a garantia de um mínimo substancial para a proteção do núcleo familiar, no tocante à sua residência e bens móveis que a guarnece.

Nessa linha se verifica a diferença existente entre a proteção contida na legislação específica e no Código Civil.²⁷

Através de tal concepção é que se teve a instauração e fortificação da legislação protetiva do bem de família tanto em âmbito internacional como interno, de tal forma que Álvaro Villaça Azevedo elucida que “o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.²⁸

Acrescente-se, ainda, que o conceito instituído pela legislação especial se dá no sentido de especial proteção à célula familiar, não quedando a família à mercê de proteção por seus membros, já que esta é defendida e garantida pelo Estado, sendo este o principal fundamento.

Nessa toada, o bem de família pode ser conceituado, nos valendo da explicação de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, como o “bem jurídico cuja titularidade se

²⁷ “Neste, a instituição do bem de família depende de iniciativa do instituidor, por isso que voluntário; naquela, a impenhorabilidade do bem de família criou-se por norma de ordem pública, tornando ineficaz, quanto ao mesmo bem, a expedição de dívidas do instituidor, mesmo que anteriores à lei” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90, cit., p. 166).

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90, cit., p. 166.

protege em benefício do devedor – por si ou como integrante de um núcleo existencial – , visando à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna”.²⁹

Ora, com a finalidade de garantir o direito social à moradia amplamente mencionado no presente, bem como o próprio núcleo familiar e, conseqüentemente, a preservação de um patrimônio mínimo para a manutenção, é que se vislumbra o enlace garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana na tutela em questão, já que o citado princípio é o responsável por respaldar ideologicamente a concepção de reserva de um bem a salvo dos interesses legítimos dos credores em verem satisfeitas suas pretensões através da tutela executiva.³⁰

Envolto nesses conceitos e, principalmente, na legislação protetiva a respeito é que surgiram e continuam a surgir diversas polêmicas envolvendo a proteção destinada ao bem de família, posto que o instituto encontra-se interligado a uma das necessidades fundamentais do ser humano que é a moradia, motivo pelo qual os posicionamentos de nossos tribunais superiores, principalmente neste artigo do Superior Tribunal de Justiça vem se modificando constantemente ao longo dos anos, seja pela inclusão de pessoas solteiras e o advento da família singular, seja pela concessão de proteção e a divergência de aplicabilidade no tocante à exceção prevista para o oferecimento em crédito hipotecário, já que há os posicionamentos seguidores da aplicabilidade do princípio da vedação ao comportamento contraditório e há aqueles em que se deve ter por base fatores externos, como a questão do superendividamento e da necessidade de análise caso a caso como o fora para o fiador.

Neste trilhar, a partir da legislação protetiva é que transcorrerá a presente pesquisa, analisando-se casos concretos e a aplicabilidade dos princípios e fatores externos mencionados que levaram e levam à divergência de entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

3. O Superior Tribunal de Justiça e a renúncia à proteção do bem de família: o risco de proteção ao hipersuficiente

Todo o contexto histórico e fático até aqui construído fora com o escopo de melhor elucidar e, conseqüentemente, aclarar aquilo que se denomina da polêmica do bem de

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2017, *e-book*.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*, cit.

família ofertado, nas palavras de Flávio Tartuce.³¹ A discussão que a presente pesquisa pretende fomentar e promover cuida dos posicionamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça dispensado à exceção de impenhorabilidade prevista no artigo 3º, inciso V, da Lei n.º 8.009/1990, isto é, ao oferecimento do bem imóvel como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

Estar-se a discutir os casos em que o indivíduo oferece o bem de família em garantia real hipotecária, porém em razão de outros fatores envolvidos, como psicológico e, principalmente, econômico, posteriormente alega tratar-se de bem de família e, conseqüentemente, argumenta em relação à sua impenhorabilidade, o que muitas decisões e muitos doutrinadores entendem pela rejeição de tal argumentação e de qualquer defesa ofertada nesse sentido.

Nessa toada, para uma primeira corrente a defesa ofertada deveria ser de pronto rejeitada em razão de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, consectário da boa-fé subjetiva e existente no plano intencional do indivíduo, visto que este tem consciência da oferta realizada. E justamente como reforço de tal posicionamento é que Flávio Tartuce elucida que se propaga o entendimento de que se deve dar interpretação restritiva à Lei n.º 8.009/1990.³²

Já a segunda corrente entende que rejeição de tal defesa deve se dar com base na vedação do comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* –, o qual também mantém relação com a boa-fé, mas com a boa-fé de natureza objetiva atrelada à necessidade de se fazer cumprir os princípios de eticidade e lealdade que permeiam a relação contratual. Ou seja, o que se vislumbra é que referido posicionamento se firmou no sentido de que a coerência deve pautar as relações contratuais evitando-se a prática de comportamentos contraditórios, elucidando que o devedor detinha o conhecimento da impenhorabilidade do bem em questão por se tratar de bem de família e ainda assim o ofertou em garantia.

Destaque-se, ainda, que esse segundo entendimento já fora adotado em momentos anteriores pelo Superior Tribunal de Justiça a exemplo do REsp 554.622/RS, julgado em 17.11.2005 e, novamente, voltou a ser objeto de aplicabilidade quando do julgamento do REsp 1.560.562/SC em abril de 2019 quando o Superior Tribunal de Justiça aduziu que se tem, com isso, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista

³¹ TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado, cit., p. 239.

³² TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado, cit., p. 239.

a necessidade de se vedar atitudes de evidente má-fé, vez que calcada em comportamento contraditório do devedor, até porque em um primeiro momento sua vontade fora de oferecimento do bem, o que não pode ser desfeito.

Apreende-se, então, de tais posicionamentos de interpretação restritiva da legislação do bem de família de que a impenhorabilidade resultante da Lei n.º 8.009/90 pode ser objeto de renúncia, já que se encontra na parte disponível dos direitos pessoais e que segundo Flávio Tartuce “trata-se de um justo e legal exercício da autonomia privada a renúncia à impenhorabilidade do bem de família, o que ocorre quando o devedor o oferece à excussão”.³³

Promovendo uma análise, ainda que não estritamente exaustiva, do último acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça e que leva em consideração a proibição do comportamento contraditório tem-se que este é uma consequência limitadora do princípio da boa-fé.³⁴

Seguindo-se nessa linha de raciocínio, Humberto Theodoro Júnior pontifica que o maior efeito proveniente da teoria da boa-fé no campo contratual está na vedação de condutas incoerentes pelas partes em relação aos atos anteriores, pois a ninguém é lícito fazer valer um direito contraditório à conduta anteriormente perpetrada, ainda mais quando a legislação prevê a aplicabilidade dos bons costumes e da boa-fé, promovendo-se, assim, um choque entre estes.³⁵

Destarte, tem-se que é exatamente nesse contexto que o REsp 1.560.562/SC teve o seu acórdão prolatado, vez que a fundamentação utilizada pela Ministra Relatora Nancy Andrighi fora no sentido de preservar a boa-fé existente nas relações contratuais e, principalmente, a conduta anteriormente adotada pelos contratantes, já que promover entendimento em sentido diverso seria privilegiar o benefício da própria torpeza e, conseqüentemente, a possibilidade de adoção de um comportamento contraditório aos ditames e princípios legais estabelecidos, quando na realidade a coerência deve pautar a relação existente e evitar a frustração de expectativas criadas no decorrer da relação contratual.

³³ TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado, cit., p. 241.

³⁴ A esse respeito, Ruy Rosado Aguiar Júnior aduz: “[...] protege uma parte contra aquela que pretende exercer posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60).

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 3: contratos e atos unilaterais, cit., p. 60.

O que se tenta expressar pela adoção de tal teoria como impossibilidade de aceitação do argumento em relação ao bem de família é que é necessário na relação contratual levar em consideração os interesses do outro polo da relação jurídica, a expectativa por este depositada e a confiabilidade existente no trato da relação negocial, de tal modo que segundo o acórdão anteriormente mencionado “quem oferece em garantia de contrato de financiamento bem que sabe ser impenhorável age com evidente má-fé”.³⁶

Verifica-se, no entanto, que a adoção incondicionada dessa linha de pensamento acaba por entregar proteção em favor da parte mais forte da relação contratual por meio da aplicabilidade de uma vedação de comportamento contraditório, ainda que se reconheça a superioridade da proteção ao bem de família, porém veda uma proteção irrestrita a este e busca alcançar o que elucida como uma “ponderação irrestrita ao bem de família” com o escopo de vedar atitudes que atentem contra a eticidade ínsita nas relações contratuais.

Quer-se dizer que tal posição acaba por emprestar tutela jurisdicional àquele que se mostra hipersuficiente na relação contratual, que possui melhores condições de negociação e que detém o poder de escolha em se sujeitar ou não àquele contrato, como é o caso de grandes conglomerados econômicos e instituições financeiras.

Em um país de grandes abismos sociais e de reduzida capacidade de transferência de rendas e riquezas,³⁷ que conta com enormes desigualdades e concentração de renda, a sustentação do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acaba por refletir na proteção jurisdicional entregue em favor daquele que, em tese, menos necessita.

Para que seja possível ilustrar o tamanho da problemática do devedor que se socorre de empréstimos e outras modalidades de crédito, inclusive maculando seu bem de família, muito mercê das crises sociais existentes no país, vale destacar os dados do IBGE,³⁸ de

³⁶ STJ, 3ª T., REsp 1.560.562/SC, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, j. em 02.04.2019, p. 6.

³⁷ Segundo a Agência Senado, do Senado Federal, “Brasil tem a 2ª maior concentração de renda entre mais de 180 países”, podendo-se destacar que “o Brasil é um dos recordistas em concentração de renda no mundo. Relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) divulgado no final de 2019, portanto antes da pandemia, mostrou que o 1% da população mais rica detinha 28,3% da renda do país, quase um terço do total. No levantamento comparativo com outras nações, o Brasil só perdia para o Catar e estava atrás do Chile, o terceiro colocado, com 23,7% da renda total. Nem a populosa Índia, com todos os problemas religiosos e étnicos, tinha uma concentração de renda tão elevada. Se ampliar a faixa de 1% para os 10% dos brasileiros mais ricos, a participação na renda do país sobe para 41,9% do total. Ou seja, os outros 90% da população conseguem menos do que 60% da renda total, só para evidenciar a tamanha disparidade”. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdad-e-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres>>. Acesso em: 27.09.2021.

³⁸ Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>>. Acesso em: 27.09.2021.

2020, dando conta que cerca de 1% da população brasileira ganha, aproximadamente, 34 vezes mais que a metade da população com menor capacidade financeira. O índice de Gini, que demonstra a distribuição de renda, no Brasil, está entre os 10 piores do mundo.³⁹

Ou, ainda, segundo a Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliares Contínua, o PNAD-Contínua,⁴⁰ divulgada pelo próprio IBGE, onde se verifica que a média dos rendimentos domiciliares per capita, por mês, em 2020, fora de R\$ 1.380,00, chegando, em estados-membros de menor capacidade financeira, como o Maranhão e Alagoas, a algo em torno de R\$ 700,00, ou seja, valor absolutamente insustentável com a manutenção de condições de vida digna, notadamente, se considerarmos as despesas inerentes à sobrevivência, o alto número de desempregados, superendividados e desalentados e a escalada de preços e de inflação, que se agravam no decorrer do cenário pandêmico da COVID-19.

Tudo corrobora para um cenário em que, muitas das dívidas contraídas e garantidas com renúncia à proteção normativa do bem de família se concretize em atos de “única saída” do endividado, quase como uma última tábua de salvação para conseguir frente às condições de vida com dignidade, raramente indicando grandes signos presuntivos de riqueza nessa modalidade de contratação.

Logo, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça pende a denotar prestígio do poder econômico em detrimento da premissa basilar de que o bem de família está atrelado a um direito fundamental da pessoa humana, qual seja, o direito à moradia, muito embora se possa localizar posicionamentos esparsos em sentido contrário, reconhecendo a impossibilidade de renúncia à proteção legal conferida ao bem de família.

Ora, nessa toada tem-se que não há como perpetrar as justificativas para não reconhecimento da impenhorabilidade, na medida em que estamos diante de proteção normativa irrenunciável pelo seu titular, sendo certo que qualquer disposição contratual

³⁹ Em 2019, a parcela de 10% de pessoas com menores rendimentos domiciliares per capita percebia uma parcela de 0,8% do total de rendimentos. À metade da população brasileira correspondia 15,6% dos rendimentos observados, cabendo aos 10% com maiores rendimentos 42,9% de todo o rendimento recebido pelas pessoas em 2019. Disponível em: <<https://exame.com/economia/brasil-e-nono-pais-mais-desigual-do-mundo-diz-ibge/>>. Acesso em: 27.09.2021.

⁴⁰ Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30129-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2020>>. Acesso em: 27.09.2021.

ou legal contrária deverá ser considerada inconstitucional, ante a proteção esculpida no artigo 6º da Constituição Federal.

Observa-se, então, que o entendimento a respeito da impossibilidade de renúncia ao bem de família não se trata de alcance recente nos entendimentos oriundos do Superior Tribunal de Justiça, vez que a decisão proferida nos autos do REsp n.º 1.115.265-SP, julgado em abril de 2012, elucida, como destacado, que “a exceção à impenhorabilidade do bem de família previsto em lei ordinária não pode afetar direito reconhecido constitucionalmente”.⁴¹

Indo além, é possível verificar, ainda, o mesmo entendimento proferido em acórdão julgado em dezembro de 2003, no REsp 470.935-RS, segundo o qual “... a Lei 8.009/90 visa à tutela da família ou da entidade familiar, e não somente do devedor, motivo pelo qual o direito à impenhorabilidade seria indisponível”.⁴²

Seguindo-se nessa linha de raciocínio e trazendo entendimento mais recente temos que o Agravo Interno PETnoREsp n.º 1.754.525, da 2ª Turma, de Relatoria do Min. Mauro Campbell, publicado em 19 de fevereiro de 2019, para o qual a indicação do bem imóvel como garantia não implica em renúncia do benefício constitucionalmente garantido.⁴³

Apreende-se que a indicação do bem imóvel em garantia real não implica em renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família, uma vez que o direito tutelado pela legislação esparsa é dotado de natureza cogente, além, é claro, do mandado constitucional de impossibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, dentre os quais inclui-se o direito social à moradia.

Afora isso, impende observar que o direito social à moradia está íntima e diretamente relacionado à garantia de um direito mínimo, ou, do mínimo existencial à pessoa humana, dado seu caráter fundamental e social.⁴⁴

⁴¹ STJ, 3ª T., REsp 1.115.265-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 24.04.2012.

⁴² STJ, 2ª S., REsp 470.935-RS, Rel.ª Min.ª Nanci Andrichi, j. em 10.12.2003.

⁴³ “[...] a orientação desta Corte firmou-se no sentido de que ‘a indicação do imóvel como garantia não implica em renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família, em razão da natureza de norma cogente, prevista na Lei n.º 8.009/90’ (AgRg no REsp 1108749/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 31/08/2009), ou seja, ‘conforme já assentado pelo STJ, a proteção conferida pela Lei 8.009/1990 não admite renúncia pelo proprietário’.

⁴⁴ Nesse prisma, o entendimento de Flávio TARTUCE: “Já sob o prisma civil, esse feixe de direitos representa o direito à propriedade mínima: o direito ao imóvel próprio como um direito mínimo para o livre desenvolvimento da pessoa. Como se sabe, nos meios populares, o sonho da casa própria povoa a mente de milhões de brasileiros. É na casa própria que a pessoa humana se concretiza, se aperfeiçoa e se relaciona; é nela que exerce plenamente a sua dignidade” (A polêmica do bem de família ofertado, cit., p. 242).

Ora, mais do que observar a vedação de um comportamento contraditório, a eticidade ou a necessidade de manutenção da confiabilidade na relação contratual, é preciso observar o contexto social envolto na realidade em questão, nos motivos que levaram ao oferecimento do bem de família tutelado e às imposições realizadas por aqueles que detém o monopólio econômico da relação contratual firmada.

Isso porque é preciso ter como base os fatores externos que envolvem a relação contratual e, principalmente, a premissa de que o Direito se destina à resolução de conflitos humanos, não sendo crível que se presuma a má-fé àqueles que ofertam o bem de família em garantia real, até porque como já visto, a proteção constitucional estabelecida destina-se à manutenção da dignidade familiar e não à proteção do devedor, afora o fato de que a proteção do bem de família legal envolve ordem pública, de modo que não pode a subjetividade constante da boa-fé prevalecer sob tal preceito.⁴⁵

Nessa senda, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimentos divergentes a respeito do tema, entretanto, haja vista o cenário contemporâneo do direito civil constitucional, em que a justiça segura vem cedendo espaço à justiça justa, busca-se fomentar um diálogo interdisciplinar e de constante análise do caso concreto, já que diante de determinadas situações impostas pela própria convivência em sociedade e para a manutenção da própria subsistência digna, é imposta a renúncia ao irrenunciável, ou seja, necessária a preservação de impenhorabilidade do bem de família ainda que indicado pelo devedor em garantia de débitos.

Logo, os déficits de eficácia social e a relativização de políticas públicas a respeito têm exigido uma conduta mais ativa por parte do Judiciário em favor daqueles que se encontram marginalizados pela sociedade e, principalmente, pelos detentores do poder econômico, já que a grande maioria das vezes a vontade de tais indivíduos não é verdadeiramente livre e consciente, mas imposta pelo contexto econômico e pelo abuso das instituições financeiras, que invariavelmente se encontram em posição de privilégio em relação àqueles que necessitam do serviço prestacional.

Da análise dos julgados em discussão depreende-se que os direitos fundamentais tratam-se de direitos indisponíveis, tornando necessário um posicionamento ativo do Estado-

⁴⁵ Segundo Flávio TARTUCE: “[...] a renúncia ao bem de família legal é inválida e ineficaz, pois constitui um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor. Eis aqui mais um exemplo possível de dirigismo negocial nas relações subjetivas. Desse modo, a suposta renúncia não afasta a possibilidade de se arguir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel de residência” (A polêmica do bem de família ofertado, cit., p. 244).

Juiz como ferramenta de concretização de tais direitos sociais ante a enunciação e consequente proteção oriunda da Constituição Federal, além de que a exceção no tocante à penhorabilidade de bem de família ofertado em garantia real prevista em lei ordinária e, portanto, infraconstitucional, não pode reduzir direito fundamental reconhecido constitucionalmente, um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito, de modo a proporcionar a valoração da entidade familiar e, conseqüentemente, do mínimo existencial para a vivência digna do ser humano.

4. Conclusão

A proteção do bem de família manifestada na impossibilidade de imposição de gravames, ônus ou penhorabilidade, quer no âmbito das relações materiais, quer nas processuais, encontra lastro na proteção constitucional do direito fundamental do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana, quer-se dizer, se protege tais bens em razão de consistirem na manifestação de um direito fundamental.

Portanto, dotados dessa natureza jurídica, o bem de família carrega consigo as características inerentes aos direitos fundamentais, dentre os quais, para os fins dessa pesquisa, impende revelar a irrenunciabilidade. Mais que isso, por se tratar de direito fundamental de segunda dimensão, verdadeiro direito positivo oponível em face de prestações positivas do Estado, exige posturas ativas tendentes à sua proteção, em todas as esferas de manifestação do poder estatal, Executivo – através de políticas públicas-, Legislativo – pela edição de normas protetivas – e, Judiciário, mediante a entrega de proteção jurisdicional tendente à proteção de tais bens, inclusive em face de seu próprio titular, o devedor.

Percorrendo o caminho para configuração dessa natureza jurídica de fundamentalidade ao bem de família e à sua proteção, a pesquisa passa a demonstrar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça naqueles casos em que o próprio devedor, renunciando à proteção normativa, oferta seu bem de família como garantia de pagamento em relações contratuais.

A Corte tem se mostrado claudicante em firmar entendimento em relação ao tema, sendo possível encontrar posicionamentos que variam entre a impossibilidade de renúncia pelo devedor à tal proteção, até a admissão de imposição de gravames e restrições em face do bem de família, caso o próprio devedor o indique, renunciando à proteção legal.

Ocorre que, num país de enormes disparidades sociais, grandes diferenças econômicas, má distribuição de riquezas e concentração de poder econômico, o reconhecimento da possibilidade de renúncia pelo devedor acaba por desembocar no desprezo da fundamentalidade desse direito em favorecimento ao “ter”, atribuindo um viés patrimonialista à postura do Superior Tribunal de Justiça.

Em última análise, a prevalecer esse entendimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estar-se-á prestigiando a entrega da tutela jurisdicional em favor daqueles que detém as melhores condições de negociação e imposição de sua vontade, rompendo-se a lógica da autonomia das vontades e das relações sinalagmáticas propriamente ditas.

Sustentamos, em síntese, a partir das premissas das pesquisas elaboradas e das considerações acima ventiladas, que tal condição é o mesmo que entregar tutela jurisdicional em favor do hiperssuficiente em desprezo às condições mais dramáticas daqueles que não são detentores do poder econômico e político, como se o Estado-juiz, a pretexto de tutelar a força obrigatória dos contratos, despreza-se a fundamentalidade do direito social à moradia e a dignidade da pessoa humana do devedor que, por ter menores condições de negociação, acaba por se sujeitar à vontade do hiperssuficiente, o que merece ser repellido pela atuação do Estado-juiz, ativo e dotado de posturas positivas consagradoras dos direitos fundamentais.

5. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*: com comentários à Lei 8.009/90. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2017, e-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Sociais são Direitos Fundamentais*: simples assim. Salvador: Juspodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 2, n.

8, outubro/dezembro de 2008. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima1/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf>. Acesso em: 16.05.2021.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. *Revista da EMERJ*, vol. 11, n. 43, 2008. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_233.pdf>. Acesso em: 08.03.2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Como citar: PEREIRA, Vanessa Nunes; NOGUEIRA, André Murilo Parente. A renúncia à impenhorabilidade do bem de família e o Superior Tribunal de Justiça: proteção ao hiperssuficiente?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-renuncia-a-impenhorabilidade/>>. Data de acesso.