

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANDER SANTOS GIUBERTI

**IMPENHORABILIDADE E (IN)EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR
EXPROPRIAÇÃO: da teoria geral ao bem de família**

VITÓRIA

2019

VANDER SANTOS GIUBERTI

**IMPENHORABILIDADE E (IN)EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR
EXPROPRIAÇÃO: da teoria geral ao bem de família**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial à obtenção do Grau de Mestre em Direito, na área de concentração Processo, Constitucionalidade e Tutela dos Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Abelha Rodrigues

VITÓRIA

2019

VANDER SANTOS GIUBERTI

**IMPENHORABILIDADE E (IN)EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR
EXPROPRIAÇÃO: da teoria geral ao bem de família**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial à obtenção do Grau de Mestre em Direito, na área de concentração Processo, Constitucionalidade e Tutela dos Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Aprovada em ____ de _____ de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo
(Orientador)

Prof. Dr. Marcelo Pacheco Machado

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. William Santos Ferreira
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

À sociedade, fomentadora, possibilitadora e destinatária desse estudo.

AGRADECIMENTOS

O termo *agradecer* provém da palavra *grato*, a qual, por sua vez, deriva do latim *gratus* (o que agrada ou que reconhece um agrado) ou *gratire*. Tem o sentido de demonstrar reconhecimento, retribuição a algo prestado. Mas vai além. Agradecer traz também a ideia do *obrigado*, como se as expressões fossem imanentes uma a outra. *Obrigado*, do latim *obligātus*, é palavra usada, no trato social, para indicar que a pessoa a quem foi feito um favor se sente presa a quem lho fez, ao menos, por gratidão.

Logo, apresenta-me a ocasião um “poder-dever”. O *poder*, representado pela oportunidade de reconhecer os (vários) agrados que me foram proporcionados durante o curso de mestrado na UFES; e o *dever* (para mim, um *prazer*) de retribuí-los, ainda que de forma pequena e simples se comparada a gratidão que tenho por cada um, a todos e a tudo que me foi possibilitado durante essa caminhada.

É este o momento em que o júbilo se manifesta por singelas, mas verdadeiras, palavras. Na feitura do texto científico, esse é o único espaço em que o pesquisador encontra liberdade para se desvencilhar dos rigores afetos à pesquisa acadêmica. É nesse raro momento de liberdade plena que o autor se alivia da pressão e se expressa com o coração.

Agradeço à minha família, alicerce inicial e final, base e fonte primária da caminhada, núcleo em que retiro forças para transformar projetos em realidades.

Ao Professor Doutor Marcelo Abelha Rodrigues, primeiramente, por ter acreditado em mim e ter me confiado a sua sempre honrosa, atenta e dedicada orientação. Ainda, pelo intenso respeito e pelas oportunidades na docência que me foram concedidas durante o tempo do mestrado. O meu muito obrigado! A minha admiração pela sua pessoa é muito maior do que eu consigo demonstrar.

Aos Professores Doutores Rodrigo Reis Mazzei e Marcelo Pacheco Machado, pelas contribuições que foram determinantes para a construção desta dissertação, destacando também a honra que Suas Excelências me concederam ao comporem a banca examinadora e compartilharem os vastos conhecimentos que possuem. Ao ensejo, a honrosa participação do professor Dr. William Santos Ferreira na composição da banca de defesa deste trabalho, pessoa a quem muito admiro e que,

gentilmente, se dispôs a vir ao Espírito Santo para contribuir com seus vastos conhecimentos para o aperfeiçoamento da presente pesquisa.

Aos meus queridos amigos que o mestrado meu deu: Cíntia Lacerda (minha *bee sister*), Larissa Almeida, Nauani Benevides, Carolina Biazatti e Roberto Sartório Junior pelas longas semanas de convívio, debates, reflexões e, claro, pândega.

À Marina Ruas Ferreira que, apesar do não tão extenso tempo de convívio durante essa pesquisa, foi intensa e essencial para que a mesma tivesse um término.

À Universidade Federal do Espírito Santo que, fraternalmente, me abrigou e me recebeu de braços abertos nesse novo estado da federação, virando, indubitavelmente, minha segunda casa. Aos servidores e colaboradores dessa instituição pública de ensino, que são a verdadeira engrenagem que faz acontecer. Mais uma amostra de que o ensino público exerceu e exerce papel fundamental na construção na minha vida, enquanto estudante, acadêmico, advogado e pessoa.

Ao professor, advogado e jurista Thiago Ferreira Siqueira pela incrível habilidade de debater temas desse estudo com uma paciência ímpar, sem se olvidar das dicas e sugestões, bem como pela vasta e excelente bibliografia disponibilizada.

À jurista, professora e magistrada Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral por, gentilmente, disponibilizar acesso ao gabinete da 1ª Vara Cível de Vitória/ES e possibilitar o nosso trabalho de campo de pesquisa empírica e a base de dados necessária à apuração dos dados estatísticos expostos nesta dissertação. Assim também, à Hiasmine Santiago pela ajuda na pesquisa empírica realizada na referida repartição pública.

Ao escritório “CJAR advogados associados”, especialmente na pessoa de Lucileide, pelo suporte na pesquisa bibliográfica e por colocar a vasta biblioteca à disposição.

E, finalmente, ao grupo de pesquisa *Flexibilização Judicial dos Bens Impenhoráveis*, coordenado por mim e pelo professor Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, na pessoa de cada um dos seus integrantes que tanto contribuíram para o debate do tema da propriedade e na pesquisa empírica e estatística aqui empreendida. Neste último ponto deixo especial agradecimento à Fabianne Sena Freitas que, apesar de não compor o sobredito grupo, foi essencial na colheita empírica dos dados processuais aqui refletidos.

RESUMO

A execução civil tem sido palco de um dos maiores descabros enfrentados pelo Poder Judiciário. Pouco revista e aperfeiçoada pelo CPC-15, a execução civil traz a pecha de carregar alguns institutos que são uma verdadeira herança obsoleta de passados remotos. A regra geral de que o devedor responde com todos os seus bens para o cumprimento de suas obrigações, contida no art. 789 do CPC, é excepcionada por opção político-legislativa de restrição à responsabilidade patrimonial: as chamadas impenhorabilidades. O estudo constata a ineficiência do atual sistema de impenhorabilidades do CPC e da Lei 8.009/90 (lei do bem de família) em produzir um devido processo legal que respeite, concomitantemente, os direitos fundamentais do credor e do devedor e que seja capaz de entregar, de forma eficaz, um justo processo legal. Tal constatação se reforça, aliás, pelos dados colhidos em pesquisa empírica realizada junto ao Poder Judiciário do Espírito Santo, que demonstram a ínfima satisfação na execução civil e os impactos negativos advindos das regras de impenhorabilidade. Dessa forma, revisita-se antigos conceitos de *propriedade*, *patrimonialidade*, *titularidade*, *dignidade humana* e *direitos fundamentais*, a fim de restabelecer, dentro da execução civil, o equilíbrio, há muito perdido, na balança entre o direito fundamental do credor à tutela executiva satisfativa e a desproporcional salvaguarda que se tornou a garantia da dignidade humana do devedor. Propõe-se, portanto, uma nova visão dos referidos institutos, mais condizente com a realidade social, política, econômica e tecnológica que nasceu com o advento de uma sociedade líquida, de forma que, associada ao reconhecimento do respeito à autonomia privada e à autorregulação dos interesses individuais dentro do processo, possibilitam tornar mais efetiva a tutela do direito material reconhecido em um título executivo. De outro lado, busca-se reconhecer o maior protagonismo das partes na regulamentação dos procedimentos judiciais e dos juízes em buscar a efetivação da atividade executiva por meio da adoção de medidas atípicas. Por fim, procura-se trazer as conclusões advindas da proposta de revisão e atualização de uma teoria geral das impenhorabilidades para o caso específico do bem de família regulado pela Lei 8.009/90. Apoiado nesse arquétipo epistemológico, demonstra-se até que ponto a impenhorabilidade do bem de família é uma garantia e a partir de que ponto torna-se um privilégio desmerecido ao devedor-executado.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional. Execução Civil. Efetividade. Impenhorabilidade.
Bem de família.

RIASSUNTO

L'esecuzione civile è stato sfondo di uno dei più grandi problemi affrontati dalla magistratura. Poco rivista e perfezionata dal CPC-15, l'esecuzione civile porta l'onere di caricare alcuni istituti che sono una vera eredità obsoleta di un passato lontano. La norma generale secondo cui il debitore risponde con tutti i suoi beni per l'adempimento dei suoi obblighi, contenuti nell'art. 789 del CPC, è escluso dall'opzione politico-legislativa di limitare la responsabilità patrimoniale: L'impignorabilità. Lo studio rileva l'inefficienza dell'attuale sistema di impignorabilità del CPC e della legge 8.009/90 (beni considerati di famiglia o fondo patrimoniale) per produrre un giusto processo che allo stesso tempo rispetta i diritti fondamentali del creditore e del debitore ed è in grado di fornire efficacemente un giusto processo. Questa constatazione è rafforzata, inoltre, dai dati raccolti in una ricerca empirica che dimostra l'adempimento molto basso nell'esecuzione civile e gli impatti negativi derivanti dalle norme di impignorabilità. In questo modo, vecchi concetti di proprietà, patrimonialità, dignità umana e diritti fondamentali vengono rivisitati al fine di ristabilire, all'interno dell'esecuzione civile, l'equilibrio perduto da tempo tra il diritto fondamentale del creditore all'esecuzione forzata e la salvaguardia sproporzionata che è diventata la garanzia della dignità umana del debitore. Si propone quindi una nuova visione di questi istituti, più in sintonia con la realtà sociale, politica, economica e tecnologica che è nata con l'avvento di una società liquida, in modo che, insieme al riconoscimento del rispetto per l'autonomia privata e l'autoregolamentazione, rendono possibile rendere più efficace la protezione del diritto sostanziale riconosciuto in un titolo esecutivo. D'altra parte, riconosce la maggiore partecipazione delle parti nella regolamentazione delle procedure e dei giudici nel cercare di svolgere l'attività esecutiva attraverso l'adozione di misure atipiche. Infine, cerca di portare le conclusioni derivanti dalla proposta per rivedere e aggiornare una teoria generale delle impignorabilità per il caso specifico dei beni considerati di famiglia regolato dalla legge 8.009/90. Sulla base di questo archetipo epistemologico, è dimostrato fino a che punto l'impignorabilità dei beni considerati di famiglia è una garanzia e da che punto diventa un privilegio senza demerito per il debitore.

Parole-chiave: *Tutela giurisdizionale. Esecuzione forzata. Effettività. Impignorabilità.
Beni considerati di famiglia.*

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Demandas fundadas em título executivo extrajudicial X título executivo judicial

Figura 2 – Processos iniciados na vigência do CPC-15 X Processos iniciados na vigência do CPC-73

Figura 3 – Processos em fase anterior à tentativa de penhora X posterior à tentativa de penhora

Figura 4 – Processos com bens penhorados X processo com penhora infrutífera (sem bens)

Figura 5 – Processos com alegação de impenhorabilidade X processo sem alegação de impenhorabilidade

Figura 6 – Processos sem satisfação X parcial satisfação X com satisfação total

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

CC/1916 – Código Civil Brasileiro de 1916 (Lei nº 3.071/1916)

CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei nº 10.406/2002)

CEPEJ – Comissão Europeia para Eficiência da Justiça

CGP – *Código General del Proceso*

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil; *Code de Procédure Civile*; *Codice di Procedura Civile*; *Código de Procedimiento Civil*

CPCCN – *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*

CPC-1939 – Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939)

CPC-1973 – Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (Lei nº 5.859/1973)

CPC-2013 – Código de Processo Civil português de 2013 (Lei nº 41/2013)

CPC – Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei nº 13.125/2015)

CF/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Fl., fls. - Folha; folhas

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LEC – *Ley de Enjuiciamiento Civil*

LECA – *Ley de Enjuiciamiento Civil Anterior*

Min. – Ministro(a)

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

Vol., Vols. - volume, volumes

ZPO – *Zivilprozessordnung*

% - por cento

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	18
1.1. Perspectivas e apresentação	18
1.2. Objetivos e estrutura	26
2. DIREITO DE PROPRIEDADE, CRÉDITO E PATRIMÔNIO: UMA RELEITURA NECESSÁRIA	29
2.1. A propriedade e o dogma da impenhorabilidade	29
2.1.1. A propriedade no contexto dos Direitos e Garantias Fundamentais.....	29
2.1.2. Perspectiva histórica do direito de propriedade.....	31
2.1.2.1. A contextualização do tema propriedade: esclarecimentos prévios.....	32
2.1.2.2. Conceito e elementos constitutivos.....	34
2.1.2.3. A relação umbilical homem-propriedade: da propriedade à inexpropriabilidade.....	37
2.1.3. Direito <i>de</i> propriedade, direito <i>à</i> propriedade e direito de titularidade.....	47
2.1.4. A propriedade na pós-modernidade: as novas (inter)relações do ser humano com a propriedade privada.....	51
2.2. Impenhorabilidade e colisão de direitos fundamentais	57
2.2.1. Tutela do direito de propriedade e tutela da dignidade humana.....	57
2.2.2. Tutela do crédito e tutela da dignidade humana.....	61
2.2.3. Patrimônio mínimo, mínimo existencial e dignidade humana.....	65
2.2.3.1. Entre regras e princípios: a conceituação, a aplicabilidade e a resolução dos conflitos entre normas nas teorias de Robert Alexy e Humberto Ávila.....	65
2.2.3.2. A dignidade da pessoa humana: entre regras e princípios.....	71

2.2.3.3. O mínimo existencial.....	76
2.2.3.4. O patrimônio mínimo.....	80
2.2.4. A Teoria dos Direitos Fundamentais.....	86
2.2.5. Colisão e conflito entre normas constitucionais e entre normas infraconstitucionais e sua relação com a impenhorabilidade.....	92
2.2.5.1. Considerações iniciais.....	92
2.2.5.2. Ponderação: conceito e aplicação.....	97
2.2.5.3. Proporcionalidade e razoabilidade.....	107
2.2.6. O direito fundamental do acesso à justiça <i>versus</i> a dignidade da pessoa humana (principiologia dominante): a tutela do devedor frente ao direito fundamental do credor à execução forçada.....	113
3. A CRISE DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO POR EXPROPRIAÇÃO E OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.....	127
3.1. A crise do procedimento executivo.....	127
3.2. Tutela do direito material na execução por quantia e a (in)efetividade do processo de execução por expropriação: a coleta de dados sobre a impenhorabilidade.....	132
3.3. Limites ilegítimos à responsabilidade patrimonial e a necessidade de revisão do sistema processual de impenhorabilidades ante o direito fundamental do credor à tutela satisfativa efetiva.....	143
4. TUTELA EXPROPRIATÓRIA E IMPENHORABILIDADE.....	148
4.1. Previsão legal da tutela judicial expropriatória no ordenamento jurídico pátrio.....	148
4.2. Execução por expropriação e responsabilidade patrimonial.....	150
4.2.1. Noções gerais e função da responsabilidade patrimonial.....	150

4.2.2. Conceito de obrigação, débito (<i>schuld</i>) e responsabilidade (<i>haftung</i>).....	152
4.2.3. A tutela das obrigações de pagar quantia certa e as impenhorabilidades.....	154
4.3. Penhora	156
4.4. Impenhorabilidade	158
4.4.1. Impenhorabilidade como limitação política à responsabilidade patrimonial e à expropriação de bens.....	158
4.4.2. Impenhorabilidade ou inexpropriabilidade de bens?	161
4.4.3. Cotejo histórico: Avanço ou retrocesso da inexpropriabilidade pela impenhorabilidade no ordenamento jurídico brasileiro?	164
4.4.4. Impenhorabilidade no Direito Estrangeiro.....	186
4.4.4.1. Itália.....	187
4.4.4.2. Portugal.....	191
4.4.4.3. Espanha.....	195
4.4.4.4. Argentina.....	197
5. IMPENHORABILIDADE E PROCESSO	201
5.1. Impenhorabilidade: regra de direito processual ou material?	201
5.2. Impenhorabilidade: há sentido na discussão da ordem pública?	207
5.2.1. Possibilidade de o juiz decretar <i>ex officio</i> a impenhorabilidade de um bem.....	213
5.2.2. Há razão na distinção entre preclusão e coisa julgada formal?	215
5.2.2.1. Preclusão temporal e prazo para alegação.....	224
5.2.2.2. Preclusão consumativa e impenhorabilidade.....	234
5.2.2.3. Preclusão lógica e impenhorabilidade	240

5.3. Negócios Jurídicos Processuais e convenções contratuais sobre penhorabilidade	243
5.3.1. Afastamento da impenhorabilidade legal: (im)possibilidade e limites.....	243
5.3.2. A criação de novas hipóteses de impenhorabilidade por vontade das partes é possível?	256
5.4. A utilização de meios executivos atípicos na execução: uma possível solução para o problema da inefetividade em função da impenhorabilidade? ..	258
6. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA	266
6.1. Origem histórica do instituto – do <i>Homestead act</i> ao Código Civil de 2002	266
6.2. Bem de família convencional e bem de família legal	269
6.3. Impenhorabilidade do bem de família pela Lei nº 8.009/90	273
6.4. Hipóteses de expropriação do bem de família e sua natureza disponível ...	285
6.4.1. Disponibilidade e oferecimento do bem de família.....	285
6.4.2. Veículos de transporte, obras de arte, adornos suntuosos e os móveis que guarnecem a residência (art. 2º da Lei 8.009/90)	289
6.4.3. As hipóteses dos arts. 3º e 4º da Lei nº. 8.009/90: exceções à impenhorabilidade da residência familiar.....	291
6.4.3.1. Pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato (art. 3º, II, da Lei 8.009/90)	292
6.4.3.2. Pelo credor da pensão alimentícia (art. 3º, III, da Lei 8.009/90)	293
6.4.3.3. Para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar (art. 3º, IV, da Lei 8.009/90)	294

6.4.3.4. Para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar (art. 3º, V, da Lei 8.009/90)	296
6.4.3.5. Aquisição com produto de crime e crédito oriundo de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (art. 3º, VI, da Lei 8.009/90)	298
6.4.3.6. Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII, da Lei 8.009/90)	300
6.4.3.7. Para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente (art. 3º, VIII, da Lei 8.009/90)	303
6.4.3.8. O devedor insolvente e de má-fé (art. 4º, <i>caput</i> e § 1º da Lei 8.009/90)	304
6.4.3.9. O imóvel rural como bem de família (art. 4º, § 2º da Lei nº. 8.009/90)	307
6.5. Hipóteses de afastamento da impenhorabilidade do bem de família não contempladas pela Lei nº. 8.009/90	311
6.5.1. Alienação do bem de família em fraude à execução ou em abuso de direito.....	312
6.5.2. Preclusão da alegação de impenhorabilidade do bem de família.....	317
6.5.3. A vaga de garagem.....	319
6.5.4. Imóvel de valor suntuoso.....	323
6.5.5. A impenhorabilidade do bem de família no processo de execução fiscal	332
7. CONCLUSÕES.....	335
REFERÊNCIAS.....	344
APÊNDICE.....	366

1. INTRODUÇÃO

1.1 Perspectivas e apresentação

A busca pelo desenvolvimento de uma ciência autônoma do Direito foi fator determinante para tornar clara a – nem sempre desejada - imbricação entre direito e cultura. É trivial o assenso no estudo do direito¹ de que o mesmo sofre influxos determinantes na sua formação e legitimação, oriundos da experiência e da cultura de um povo que compartilha de um mesmo espaço histórico-social². *A roupagem que o direito assume numa sociedade converge aos valores que ela encampa*³.

Processo, portanto, é espelho da cultura⁴. Processo é derivação da conjugação de valores sociais compartilhados por indivíduos em determinado tempo e espaço. Processo é a materialização concreta da face atuante em que se apresenta o direito. Não é outro, senão, o resultado noticiado pelo positivismo jurídico, qual seja, a

¹ O vocábulo “direito” é referenciado aqui como linguagem-objeto da Ciência do Direito, ou seja, é o direito positivo, produzido pelo Estado como forma de prescrever condutas e regular as relações entre os indivíduos alcançados pelo conjunto de normas válidas em um determinado sistema, sendo provido de mecanismo de coerção voltado a obrigar potenciais transgressores à observação de suas diretrizes.

² Nesse sentido, sobre a relação direito e cultura: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32. Em relação ao processo civil, ver: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192-219. Expõe o autor, em estudo atemporal: “Como poderão instituições processuais criadas para uma sociedade que emergia das convulsões sociais (...) para quem o valor supremo era a segurança (...) servir agora para uma sociedade tangida pela pressa, profundamente conflituosa, para a qual o sucesso, segundo a moral calvinista, é o único valor positivo”. Ainda no âmbito estritamente processual, conferir: LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. III, São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual*. In: *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. n. 2, p. 101-128, set. 2004.

³ Conforme célebre frase relatada por Guy Debord, “os homens se parecem mais com seu tempo do que com seus pais”. Há certa dúvida sobre a autoria da sobredita frase. Apesar de, por vezes, ser atribuída a um provérbio árabe, de autoria desconhecida, no presente estudo foi retirada da obra de Guy Debord: *A sociedade do espetáculo: Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, VII.

⁴ Conclusão a que chega Galeno Lacerda ao analisar a influência das manifestações históricas e sociais na formação do processo como fenômeno cultural marcado pela dualidade entre o individual (justiça individual) e o social (paz social). Nas palavras do célebre jurista gaúcho, “no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fator cultural. Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes” (LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. III, São Paulo: Saraiva, 1961, p. 75) - A redação foi mantida como no original.

consagração da máxima de que o direito é artificial, síntese da vontade humana⁵ e, por consequência, controlável pelo próprio homem, sendo os resultados por ele produzidos de sua inteira responsabilidade⁶. Eis o átimo em que a interpretação assume papel central na teoria do direito: elevando o protagonismo das partes de forma a influir decisivamente na atividade interpretativa do julgador. Dessa forma, tem-se como resultado um produto (norma)⁷ que deve atender, concomitantemente, aos requisitos de validade formal e material (substancial) à luz da carga axiológica advinda do paradigma constitucional⁸.

O vetor que encerra o propósito mediato dessa pesquisa e, ao mesmo tempo, estimula a percepção do que há por vir nessas linhas é: direito e processo devem seguir o mesmo caminho de renovação e oxigenação, não podendo ser instrumentos estáticos, pois a inércia lhes retira a eficácia e a legitimidade regulatória na mesma medida em que os valores sociais são modificados. Nesse ponto encontra-se a problemática central que o presente estudo busca enfrentar: as regras positivadas que regulam as *impenhorabilidades* no ordenamento jurídico pátrio apresentam-se social e culturalmente defasadas e carecem de imediata releitura e modificação, a fim de acompanhar as transformações vivenciadas pela sociedade nas últimas décadas e as importantes mutações valorativas ocorridas no seio do próprio ordenamento jurídico.

⁵ Conforme aponta Luigi Ferrajoli, ao se referir ao modelo *legislativo* (ou *paleo-juspositivista*) de direito, a expressão é buscada em Hobbes, ao reconhecer que o direito e o Estado são produtos artificiais, portanto de criação humana, contrapondo a fundação do positivismo jurídico à absorção do direito pela moral (*Auctoritas, non veritas facit legem*): "É a clássica hobbesiana, oposta àquela jusnaturalista acima indicada: '*Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem*' [T. Hobbes, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, trad. Lat., em *Leviatano*, com texto em inglês de 1651 e texto latino de 1688, org. por R. Santi, Bompiani, Milano 2001, cap. XXVI, § 21, p.448]" (FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araújo de Souza, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 19, nota 5).

⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? *In: Revista de Processo*. Vol. 257, jul. 2016, p. 374.

⁷ Explicando a denotação de *norma* como produto e não como objeto da atividade interpretativa do julgador, Riccardo Guastini assevera que "o modo corrente de se exprimir, segundo o qual a interpretação tem como objeto *normas*, é correto sob a condição de, nesse contexto, entender-se por 'norma' (...) um texto normativo. Mas esse modo de dizer é incorreto (...) já que, neste caso, a norma constitui não o objeto, mas o produto da atividade interpretativa" (*Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131)

⁸ Para uma visão mais ampla da perspectiva e da influência democratizadora e constitucionalizadora do Estado Democrático Constitucional sobre o estudo do direito processual civil, ver o excelente trabalho realizado por Hermes Zaneti Junior (*A constitucionalização do processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014).

A dinâmica da atual “era da velocidade”, ampliada pela compressão e aproveitamento do tempo e consequente supressão do espaço, faz com que poucas coisas sejam predeterminadas e, menos ainda, irrevogáveis⁹. A constante readaptação e evolução da relação homem-propriedade e homem-sociedade impinge a revisão dos fundamentos das regras de impenhorabilidade tornando-a assunto que merece urgente revisão legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Tal necessidade sobressai, sobretudo, quando se observa que grande parte das regras que regem a matéria são ameadas de legislações arcaicas e desatualizadas, herdadas pelo simples comodismo de sua aceitação ou pelo temor do debate sobre o novo que ora brada.

As regras que regem a temática das impenhorabilidades apresentam diversos fundamentos políticos, todos jurídico-positivos, variáveis no tempo e no espaço¹⁰. Logo, a pretensão de esgotar as razões da existência de tais regras apresenta-se inócua, apesar de ser possível apontar os principais argumentos que servem para sua imposição. Tem-se defendido que o seu principal fundamento é a proteção da dignidade do executado¹¹ mediante a garantia da manutenção de um patrimônio mínimo que lhe permita a sobrevivência digna (*beneficium competentiae*). Tal é o fundamento mediato, por exemplo, dos dispositivos legais que tratam a respeito da impenhorabilidade do bem de família e das verbas de natureza alimentar.

Para ilustrar as afirmações tecidas alhures, tomemos o seguinte exemplo: no Brasil, a política imobiliária prevaiente tem focado, tradicionalmente, na promoção da “casa própria”. É o que se verifica desde a *Fundação da Casa Popular*, nos idos de 1940, passando pelo *Sistema Financeiro da Habitação*, entre os anos de 1964 e 1986, pelas políticas municipais desenvolvidas após a Constituição Federal de 1988 e, mais recentemente, a partir do ano de 2009, com a atuação do *Programa Minha Casa, Minha Vida*¹². Está aí o fomento ideológico perfeito para a potencialização do fetiche da casa própria no seio do imaginário brasileiro.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentziem. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 97.

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 35.

¹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 118.

¹² PASTERNAK, Suzana; MACHADO BÓGUS, Lucia Maria. Habitação de aluguel no Brasil e em São Paulo. *Caderno CRH*. Vol. 27, n. 71, p. 235-254, jun-ago. 2014. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632473002>>. Acesso em 01 de abril de 2019.

Em um país em que no ano de 2010 existiam 10.503.535 domicílios alugados, residindo nos mesmos 31.609.943 pessoas, ou seja, cerca de 16% da população brasileira¹³, considerarmos a possibilidade de expropriação judicial da única residência própria do devedor, sobretudo aquelas de vultoso valor, como sinônimo de violação ao princípio da dignidade humana ou transgressão ao direito constitucional à moradia – fundamentos que justificam a impenhorabilidade do bem família - é, quando menos, um impropério ao reconhecimento da realidade que nos cerca. É de se indagar, a respeito, se aquelas pessoas que compunham os 16% da população brasileira sem residência própria no ano de 2010 estariam alijadas do direito social à moradia do qual, inclusive, deveria o Estado ser o principal garantidor.

Ainda mais conturbado torna-se o imbróglio legislativo se levarmos em conta que o próprio Estado regula e fomenta a atividade locatícia por meio da sua função legiferante, tentando torná-la mais segura e dinâmica¹⁴. Logo, é de se questionar se estaria a referida parcela da população na pendenga do óbolo ao patrimônio mínimo para a manutenção de uma vida digna, legalmente presumido pela impenhorabilidade do bem de residência. A resposta só poderá ser negativa, apesar da contradição que apresenta.

A par do contexto da necessidade de revisão das regras que regem a temática das impenhorabilidades, não parece controverso afirmar que o devedor ostentava demasiadas garantias no texto do antigo Código Processual Civil (Lei 5.925/1973). A impressão que se tinha para quem o lia era a de que o credor gozava de situação financeira mais abastada se comparada aquela que detinha o devedor. Para o credor, assemelhava-se que o recebimento do crédito exequendo era sempre algo que viria como um mero acréscimo patrimonial e, por isso, não se enquadraria na qualidade de mínimo necessário para garantia de uma vida digna (*beneficium competentiae*). Em outras palavras, viria quase sempre como um supérfluo que poderia aguardar o moroso procedimento expropriatório enfrentado na execução por quantia certa.

¹³ PASTERNAK, Suzana; MACHADO BÓGUS, Lucia Maria. Habitação de aluguel no Brasil e em São Paulo. *Caderno CRH*. Vol. 27, n. 71, p. 235-254, jun-ago. 2014. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632473002>>. Acesso em 01 de abril de 2019.

¹⁴ Cita-se a mera exemplificação dessa tentativa nem sempre bem-sucedida as Leis nº. 4.504/64 (Estatuto da Terra que disciplina, dentre outros, o arrendamento e a parceria rural), 8.245/92 (Lei do Inquilinato urbano) e 10.406/2002 (Código Civil).

Despontava, de outra banda, a situação jurídica do devedor, figura vulnerável, que merecia a tutela acurada e, muitas vezes, exagerada da lei. A leitura perfunctória dos dispositivos legais sugeria que o devedor ostentava posição relevantemente menos abastada se cotejada com aquela do seu credor e, por isso, o CPC-73 acabou se tornando um verdadeiro baluarte da proteção exagerada do executado no processo de execução por quantia certa.

Buscando garantir maior efetividade à execução civil, ainda que de forma modesta, o vigente Código de Processo Civil trouxe avanços em relação à matéria dos deveres das partes em litígio judicial, fazendo com que o fiel da balança convirja a um melhor equilíbrio entre o direito à tutela executiva satisfativa do credor e a proteção aos direitos fundamentais do devedor. Desta feita, como simples exemplos, portanto, sem qualquer pretensão exaustiva¹⁵, operou-se a relativização do antigo dogma da impenhorabilidade *absoluta* de salários e vencimentos, bem como de outras verbas alimentares, se recebíveis acima de cinquenta salários mínimos (art. 833, §2º, do CPC). Ademais, a recente legislação processual trouxe uma inversão no ônus argumentativo sobre os meios executivos, passando a incumbir ao *executado* que alegar ser uma medida executiva mais gravosa a possibilidade de indicação de outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados (art. 805, parágrafo único).

Não se deve olvidar, todavia, que o sucesso de qualquer *“sistema jurídico depende não apenas de boas normas, mas, sobretudo, da existência de uma cultura jurídica apropriada a orientar aqueles a quem incumbe operar o mesmo sistema, de modo a extrair de tais normas os melhores resultados possíveis”*¹⁶ pois, *“se é certo que boas reformas tendem a resolver alguns problemas do conjunto de normas preexistentes,*

¹⁵ Ainda como exemplos da criação ou acréscimo de outras medidas mais gravosas ao executado em litígio judicial: O art. 772, III, dispõe que o juiz poderá “determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável”. O art. 774, V, do CPC trouxe ligeiro acréscimo redacional ao incluir, entre os deveres do executado para que não incorra em ato atentatório à dignidade da justiça, indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, devendo *exibir prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus dos bens*. Ainda, o art. 782, §3º possibilita, tornado expressa a prática que já vinha se desenhando nos fóruns, que a requerimento da parte, o juiz possa determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplente. Por fim, a nova legislação prevê a possibilidade de protesto de decisão judicial transitada em julgado (art. 517), depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário.

¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11.

*sanando lacunas e contradições, não menos certo é que as novas normas trazem, também, novas dificuldades de idêntica qualidade*¹⁷.

O surgimento de um novo Código de Processo Civil não será o remédio definitivo para debelar a crise de efetividade enfrentada pela execução civil, visto que o problema que abarrotava o Poder Judiciário e atinge a execução é muito mais de caráter estrutural, político e econômico do que propriamente procedimental¹⁸.

O estudo do direito processual e, nessa proposta, do regime das impenhorabilidades têm sofrido forte influência da renovação do pensamento jurídico pela doutrina pátria¹⁹ com o processo sendo estudado, sobretudo, a partir de uma perspectiva constitucional. Passa-se a se exigir dos operadores do direito uma preparação técnica que lhes permita trabalhar com os conceitos de cláusulas gerais, colisão entre princípios e direitos fundamentais no caso concreto (dignidade humana, proporcionalidade, razoabilidade e efetividade), *hard cases*, controle difuso de constitucionalidade de leis e teorias da argumentação jurídica e da decisão judicial capazes de atender aos anseios de segurança jurídica sem perder de vistas o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988 e arts. 3º e 4º, *caput*, do CPC).

A garantia do acesso à ordem jurídica justa, insculpida no art. 5º, XXXV do nosso texto constitucional, é corolário para se sustentar a existência de um *direito fundamental do credor à tutela executiva efetiva e à execução forçada*. A análise do tema é pertinente

¹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 11.

¹⁸ Pode-se elencar, dentre um amontoado de causas para a crise de eficácia da execução: a ausência de infraestrutura do Poder Judiciário para atender as crescentes demandas – derivadas da globalização, da diversificação das relações sociais e, com a maior interação das pessoas, de um número maior de conflitos surgidos; a, ainda, tímida escolha por meios adequados (alternativos) de solução de litígios (mediação e arbitragem); ineficiência e incapacidade de autogestão administrativa do Poder Judiciário; a litigiosidade em massa do governo, bancos, empresas de telefonia e concessionárias de serviço público; o custo elevado de um processo e a crise de confiança no Poder Judiciário (sobretudo em demandas propostas em face da Fazenda Pública que goza de variados privilégios materiais e processuais). Para análise de mais fatores não apenas jurídicos, mas também econômicos, políticos e sociológicos da “crise da execução”, conferir: GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. v. 24, n. 94, São Paulo: RT, p. 35-36; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 28-31.

¹⁹ Vide: ZANETI Jr., Hermes. *A constitucionalização do processo*. São Paulo: Atlas. 2014, *passim*; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. *Revista de Processo*. Ano 31, v. 137, São Paulo: RT, p. 7-31, jul. 2006; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

na medida em que se tem, atualmente, um cenário processual em que o credor ganha, mas não recebe ou, quando recebe, já o faz com muita defasagem em virtude dos grandes custos do processo e do longo tempo que espera para ter, efetivamente, o bem da vida devido.

Cabe ao atual aplicador do direito processual mudar o seu repertório teórico²⁰, a fim de compreender o sentido e a natureza das regras sobre as impenhorabilidades a partir dessa nova visão constitucional e valorativa do problema. Nesta perspectiva, torna-se de grande relevância a proposta de um estudo que vise a releitura do regime das impenhorabilidades com o objetivo de trazer ao debate uma análise acerca dos problemas estruturais dos procedimentos previstos pela legislação pátria para a execução civil. Destaca-se, sobretudo, os entraves encontrados para localização e expropriação de bens do executado na execução por quantia certa, dos mecanismos legais aplicáveis em face da constatação do “vazio” patrimonial do executado e da superação do dogma da impenhorabilidade absoluta a partir de uma revisitação às hipóteses concretas de impenhorabilidade dispostas na legislação pátria.

A ponderação dos interesses em jogo onde, de um lado, se encontra o caráter protetivo (vinculado à dignidade da pessoa humana) das regras de impenhorabilidade e, de outro, a realização de direitos fundamentais do credor exige, por certo, um estudo das colisões entre os direitos fundamentais²¹ e entre os princípios envolvidos no caso concreto. Com efeito, maior atenção será dada aos fatores que, efetivamente, possuem relação com a relativização da (im)penhorabilidade dos bens do devedor, particularmente, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a efetividade, o acesso à justiça e a menor onerosidade possível do devedor, bem como o direito de propriedade e o direito fundamental à tutela tempestiva, adequada e efetiva.

A partir deste ponto, já é possível vislumbrar a relevância do presente estudo. Mais do que representar assunto de interesse puramente teórico ou acadêmico, o objeto dessa pesquisa encontra-se diretamente ligado à busca pela efetividade da tutela

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 38.

²¹ A respeito: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

jurisdicional e, por conseguinte, à garantia de devido acesso à justiça e realização concreta dos direitos por meio da atividade executiva. Afinal, o objeto do estudo proposto atua justamente no momento em que o processo procura realizar a garantia do direito reconhecido ao credor e encontra entraves para sua concretização.

Eduardo Juan Couture, em clássica obra do direito processual civil²², já abordava o tema do alcance da garantia constitucional à tutela jurisdicional executiva ao prelecionar, em irretocáveis palavras, que

(...) o conteúdo da jurisdição não se reduz à atividade cognitiva da mesma, senão também sua atividade executiva. Conhecimento e declaração sem execução é academia e não justiça; execução sem conhecimento é despotismo e não justiça. Apenas um perfeito equilíbrio entre as garantias de exame do caso e as possibilidades de fazer efetivo o resultado desse exame, dá à jurisdição seu efetivo sentido de realizadora da justiça.

No Brasil, três grandes marcos se destacam quando se aborda o tema do regime de impenhorabilidades: a promulgação da Constituição Federal de 1988, da Lei nº. 8.009/1990 (lei do bem de família) e do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº. 5.869/1973), recentemente derogado pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015).

Por derradeiro, deve-se destacar também a relevância da temática em face do contexto histórico. Em 2016, começou a vigor um novo Código de Processo Civil, diploma ainda incipiente, que, apesar dos avanços legislativos, carece de pesquisas empíricas sobre seus resultados, o que demanda perquirir acerca do (in)sucesso dos seus mecanismos na busca da efetividade na execução civil.

Não nos parece, a propósito, que a lei processual possa se sobrepor aos ditames e princípios constitucionais de efetividade da tutela jurisdicional quando o caso concreto demonstrar que as peculiaridades da causa envolvem a proteção da dignidade do exequente sem violar a do executado. Desta forma, justifica-se a escolha do tema para o presente estudo.

²² Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil*. T. I. Buenos Aires: Ediar, 1948, p. 89 – tradução livre.

1.2. Objetivos e estrutura

A presente pesquisa objetiva analisar como o regime das impenhorabilidades contribui para o agravamento da crise de efetividade da execução civil na perspectiva do direito fundamental do credor à execução forçada, sob a ótica da colisão dos direitos fundamentais do exequente e do executado no caso concreto, tendo como plano de fundo a dignidade da pessoa humana dos envolvidos no processo. Busca-se fornecer subsídios para a interpretação, aplicação e/ou afastamento das regras de impenhorabilidade de bens, partindo da premissa de que deve haver ponderação das normas (princípios e regras) na execução, sob o estrito critério da proporcionalidade e razoabilidade no caso concreto, visto que o caráter protetivo – vinculado à dignidade da pessoa humana – que o regime de impenhorabilidade detém deve se coadunar à realização do direito fundamental do credor à tutela efetiva e satisfativa e à execução forçada.

O presente estudo apresenta uma divisão de diálogos entre doutrina nacional e estrangeira, textos normativos e jurisprudência. Em sua primeira parte, o trabalho dialoga principalmente com a doutrina nacional e estrangeira, bem como com a legislação ordinária e o texto constitucional. Aponta-se, em um primeiro momento, a necessidade da releitura de antigos conceitos de *propriedade*, *patrimonialidade*, *titularidade*, *dignidade humana* e *direitos fundamentais*, propondo-se uma verdadeira virada axiológica do *ter* para o *ser*. Posteriormente, busca-se destacar os desafios encontrados na execução civil para garantir a entrega do bem da vida ao credor, com enfoque sob o regime das impenhorabilidades. Exibe-se o resultado de pesquisa empírica realizada junto ao Poder Judiciário do Espírito Santo, a fim de demonstrar as verdadeiras causas que assolam a execução de obrigação de pagar quantia no Brasil. Na sequência, apresenta-se as premissas, sob uma teoria geral, que sustentam a necessidade de revisão da interpretação das regras de impenhorabilidade à luz do caso concreto e das novas relações sociais. Após, parte-se para a análise estritamente processual das regras de impenhorabilidade, buscando fornecer subsídios, a partir da interpretação exclusiva da legislação ordinária (*lege lata*), para tornar mais efetiva a execução por expropriação. Por derradeiro, por meio do estudo das impenhorabilidades do bem de família, busca-se apontar possíveis soluções para

que o necessário à garantia da dignidade da pessoa do devedor seja mantido, sem que isso represente obstáculo insuperável ao pleno exercício do direito de ação pelo credor.

Eis o caminho metodológico para se alcançar o desiderato do último capítulo. Este traz uma análise voltada ao estudo das impenhorabilidades em espécie, com nítido foco sobre a temática dos bens de família. Logo, propor-se-á um diálogo muito mais intenso com a jurisprudência dos nossos tribunais pátrios, sobretudo aquela dos Tribunais Superiores, visto que estes são os responsáveis pela interpretação última da legislação infraconstitucional – no caso do Superior Tribunal de Justiça - e do texto constitucional – caso do Supremo Tribunal Federal -, além de exercerem papel uniformizador de toda a jurisprudência nacional, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC).

Apoiado nesse arquétipo principiológico, objetiva-se compreender até que ponto a impenhorabilidade é uma garantia e, a partir de que ponto, torna-se um privilégio desmerecido ao devedor-executado²³⁻²⁴. Afinal, pode-se considerar a propriedade como imanente e natural ao ser humano ou, ao contrário, ela seria um mero produto de convenção? Ou melhor, há um direito fundamental à propriedade ou seria um direito fundamental de propriedade? Em suma, necessariamente, o ser humano ainda precisa ser proprietário para gozar de uma vida digna?

Para tanto, apresenta-se como objetivos específicos: a) identificar aspectos da técnica processual que têm sido reconhecidos como entraves à efetividade da execução civil, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência pátria; b) visitar os conceitos de propriedade e patrimônio à luz das novas dinâmicas sociais, bem como a relação que o indivíduo guarda com os bens legalmente inexpropriáveis (impenhoráveis); c) averiguar os limites do poder expropriatório do Estado-juiz e os fundamentos da “blindagem” da responsabilidade patrimonial (impenhorabilidades) do executado à luz

²³ MADAIME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. 1ª ed. Curitiba: Juruá. 2011, p. 24.

²⁴ Nesse sentido, já se pode levantar as primeiras indagações a respeito do tema: há necessidade de se modificar a lei (*de lege ferenda*) ou apenas a sua interpretação (*e.g*, por controle de constitucionalidade *in concreto*)?; As regras de impenhorabilidade servem à proteção da ordem pública ou à proteção do executado?; As regras de impenhorabilidade contidas no Código de Processo Civil de 2015 e na legislação extravagante podem ser renunciadas pela parte que contraiu a obrigação, mediante a via do negócio jurídico processual (convenção processual) insculpida no art. 190 do CPC?; É possível a relativização de todos os bens considerados impenhoráveis?

de casos concretos; d) desenvolver uma análise crítica do regime de impenhorabilidades sob a perspectiva da colisão de princípios constitucionais e direitos fundamentais do exequente e executado²⁵; e) fornecer subsídios para o debate de uma teoria da flexibilização das impenhorabilidades sob a ótica da efetividade da execução civil e do direito fundamental do credor à execução forçada; f) avaliar a possibilidade da relativização, *in concreto*, das hipóteses de impenhorabilidades descritas na Lei 8.009/90 – e tangencialmente no Código de Processo Civil -, discutindo se há a real necessidade de se modificar a legislação (*de lege ferenda*) ou apenas a sua interpretação, inclusive mediante exercício do controle difuso de constitucionalidade.

²⁵ A pesquisa, apesar de cunho primordialmente teórico, buscará em um segundo momento debruçar-se sobre o plano da pragmática mediante um exame crítico e analítico, verificando as premissas traçadas no momento inicial.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE, CRÉDITO E PATRIMÔNIO: UMA RELEITURA NECESSÁRIA

2.1. A propriedade e o dogma da impenhorabilidade

2.1.1. A propriedade no contexto dos Direitos e Garantias Fundamentais

A Constituição Federal de 1988 sem inovar quanto a posituação do direito de propriedade traz novo sentido ao mesmo, passando este a alcançar toda a esfera patrimonial, material ou imaterial, que gere titularidade e seja possível de apropriação privada. Compreende que o direito de propriedade, ao mesmo tempo em que tem sua autonomia, correlaciona-se com o sistema jurídico como um todo, o que reflete o seu viés econômico com aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. A propriedade privada, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, aduz que o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, típico da tradição oitocentista²⁶, mas que possui como contraponto relativizador o interesse social, de natureza difusa, que emerge do princípio da função social²⁷, positivado ao inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O dever de sistematização do ordenamento jurídico exige que a propriedade também cumpra sua função de garantidora das obrigações patrimoniais assumidas pelas partes, sob pena de tornar nula a máxima de que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º do CC/2002). O que se busca discutir, portanto, é muito mais os limites de interferência da relação indivíduo-Estado a respeito dos direitos fundamentais do que a óbvia função que o patrimônio ocupa em responder pelas dívidas assumidas pelo devedor.

Há que se calibrar com precisão a balança da execução civil, de modo a garantir o *devido processo legal* a todos os atores processuais envolvidos. Este, sim, garantia

²⁶ Conforme FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. *A Propriedade Privada Imóvel no Século XXI: Análise Econômica do Direito e Registro de Imóveis no Brasil*. 2015. 298 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p. 121.

²⁷ ARONNE, Ricardo. Comentário ao artigo 5º, XXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313.

de uma prestação jurisdicional justa. Não está a significar, contudo, que o caminho traçado até a satisfação do direito seja retilíneo, tampouco que o exercício praticado pelos envolvidos seja, no caso concreto, simples fruto da mera atividade de subsunção.

É preciso estabelecer, portanto, o alcance e os limites que devem sofrer o direito fundamental do devedor e do credor à propriedade (*caput* do art. 5º da CF/88), o direito de propriedade do executado (art. 5º, XXII e XXVII da CF/88), o respeito à propriedade privada (art. 170, II da CF/88), a garantia do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O pensamento constitucional do direito de propriedade contempla não apenas a dimensão do executado, mas também a do exequente e a do Estado.

Sabe-se, ainda, que o devedor responde “com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações” (art. 789 do CPC), assim como que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” (art. 391 do CC/2002). De outro lado, não há tutela jurisdicional completa enquanto o credor não obtiver a satisfação do direito reconhecido num título executivo (art. 4º do CPC), devendo essa prestação ser efetivada, quando mais possível, em tempo razoável (art. 6º do CPC).

Para se chegar a um resultado satisfativo da execução civil há que se resolver o problema gerado entre a significância do que se entende por direito à propriedade e direito *de* propriedade (vide tópico 2.1.3), ainda que por meio das normas jurídicas concretas. A simbiose entre esses conceitos provocou uma histórica redoma distorcida em favor do devedor, sobretudo a partir do advento do Código Civil brasileiro de 1916, e que se espria até os dias atuais.

Vede o escopo da apresentação que se segue: levar ao intérprete e ao operador do direito a percepção de que há a necessidade de repersonalização do direito e releitura da propriedade, de modo que a mesma represente, ao mesmo tempo, a liberdade do

executado e a garantia do exequente, deslocando o enfoque protetivo do campo jurídico da pertença para a pessoa, em seu sentido ontológico²⁸.

2.1.2. Perspectiva histórica do direito de propriedade

Propor-se a fazer incursões históricas em trabalhos de viés científico, sobretudo na área da ciência do Direito, remete-nos a alguns cuidados que precisam ser enfrentados. O primeiro diz respeito à possível confusão epistemológica que frequentemente acomete o autor. O pesquisador dessa área se propõe, como esperado, a realizar uma pesquisa jurídica, e não histórica ou sociológica, sobre o assunto. Não se quer dizer, com isso, que não deve haver compatibilidade entre um saber normativo e a realidade empírica, já que o Direito, por um lado, é um subsistema considerado como “normativamente (operativamente) fechado”, mas, por outro, também o é “cognitivamente aberto”, conforme Luhmann²⁹.

Eis, então, o segundo problema analisado, qual seja, a impureza metodológica. Deve o pesquisador evitar a justaposição, em um mesmo trabalho, de capítulos atinentes à várias ciências, tratando-as como uma só. Sabe-se que cada ciência possui pressupostos teóricos e epistemológicos próprios, do qual o jurista, normalmente, não se encontra afeito. Se há um viés evolucionista na presente pesquisa o é apenas com o intuito de demonstrar que a inexpropriabilidade de bens e, por conseguinte, a sua impenhorabilidade deita raízes históricas em outras sociedades e tempos, o que fundamenta, mais ainda, a dificuldade que o jurista tem de conceber o porquê da manutenção de tal instituto na legislação pátria da forma que se encontra atualmente.

Adentra-se, logo, ao terceiro ponto crítico aqui enfrentado, o anacronismo histórico. O presente estudo tem a preocupação em destacar que o contexto geográfico e histórico no qual foram produzidas determinadas regras de cunho social e normativo, aqui

²⁸ Observação tecida por ARONNE, Ricardo. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232-233.

²⁹ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009. Ver a respeito: MELLO, Marcelo Pereira de. *A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner*. Tempo Social – Revista de Sociologia. USP. São Paulo, v. 18, n.1, p. 351-373, jun/2006.

destacadas, não são noções universalmente válidas, mas que envoltas ao caráter social e econômico da época em que produzidas. É nessa toada que se busca demonstrar que se anacronismo existe, o há também sob o viés da *con-fusão* histórica resultante do trabalho do legislador, o qual se mostra destoado da realidade atual a partir do momento em que embute, no texto legal, regras que remontam à épocas e contextos sociais, econômicos e tecnológicos absolutamente distintos dos atuais. Eis, portanto, a importância da breve incursão histórica aqui realizada, sem se pretender configurar própria da Ciência histórica e sociológica³⁰.

2.1.2.1. A contextualização do tema propriedade: esclarecimentos prévios

Propriedade é tema complexo, tortuoso e, de certa forma, indecifrável. Qualquer estudo científico que se disponha a analisar o tema precisa reconhecer as fraquezas que o mesmo reserva, mormente, quando se assume que um dos maiores obstáculos com o qual o estudioso se confronta é justamente a ausência de registros. Isso porque, na maioria dos países a propriedade tomou a forma de posse, residindo os direitos no uso prolongado que o costume reconhece como prova e não em títulos legais documentados³¹. De outro lado, é indispensável ter em vista a percepção do ser humano enquanto resumo das épocas anteriores e, sempre, envolto em um contexto político-econômico específico, de modo que se alcance a percepção de que a inteligência humana entende e transforma as instituições, as leis e o estado do povo de forma temporal.

O assunto, ademais, apresenta grandes imbróglis em virtude das diversas formas sobre as quais a propriedade pode ser estudada (como conceito ou como instituição³²), considerada (comum ou privada) e explicada (sob o viés da história, da

³⁰ A propósito dos problemas e das críticas acima destacadas, ver a respeito: OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *In: Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004; ADEODATO, João Maurício. “Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito”, in: *Revista CEJ*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº 7, abril de 1999.

³¹ PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto P. D. da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 89-90.

³² Verifica-se as lições de Arruda Alvim, para quem a propriedade pode ser concebida de diversas formas: como uma soma de direitos; como instituto, cuja maior característica seria a submissão do bem

filosofia³³, da economia³⁴ e do direito³⁵). Para esse capítulo que se apresenta, considerar-se-á a análise sob o ponto de vista jurídico, correspondente ao mais pleno e típico direito real – *plena in re potestas* - sem se olvidar, entretanto, do viés histórico que impreterivelmente o acompanha.

Do ponto de vista jurídico, pode-se encontrar duas acepções para o direito de propriedade. Tal qual salienta Washington de Barros Monteiro³⁶, num sentido amplo, este recai tanto sobre coisas corpóreas como incorpóreas. Quando recai exclusivamente sobre coisas corpóreas recebe a denominação de “domínio”³⁷. Em sua segunda acepção, a noção de propriedade mostra-se, destarte, mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio. Aquela representa o gênero de que este vem a ser a espécie.

Importa destacar que, conforme artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988, já não é mais possível falar de um único direito de propriedade que abranja todos os bens – corpóreos e incorpóreos -, com disciplina legal idêntica para todos os casos. Ratificando tal afirmativa, o texto constitucional, em seus arts. 182, § 2º, 184 e 186, estabelece que toda a propriedade, tanto rural quanto urbana, deverá atender a um fim social específico e distinto.

à vontade do proprietário ou, ainda, caracterizado pela sujeição de uma coisa a alguém. É nesse último que se encontram as limitações inerentes ao direito de propriedade, tratando-se de limitações de direito privado (direitos de vizinhança, por exemplo) e direito público (função social, normas ambientais). ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: *Posse e propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1987, p 5.

³³ Sob o aspecto filosófico o direito de propriedade é a qualidade distintiva de uma coisa. Cf. CHAVES, Antônio. Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade. *Conferência: Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LXV, p. 201, 1970.

³⁴ Do ponto de vista da ciência da economia o direito de propriedade é o aproveitamento por parte do homem das coisas da natureza (CHAVES, Antônio. Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade. *Conferência: Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LXV, p. 201, 1970).

³⁵ Reconhecendo tal dificuldade, Richard Pipes (*Propriedade e liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 89) obtempera que “é simplesmente impossível traçar através do mundo o surgimento da propriedade privada da terra – a principal forma de propriedade até recentemente”.

³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil - V. III*. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

³⁷ Ricardo Aronne resume a distinção entre domínio e propriedade nas seguintes palavras: “O domínio, além de um conjunto de direitos no bem, é uma relação (vínculo) entre o sujeito e a coisa, justamente em função de tais direitos, instrumentalizados pela propriedade, que poderá dispor sobre a forma do exercício do domínio sobre o bem, obrigando o indivíduo perante a função social da propriedade, se tratando esta de uma obrigação recíproca entre indivíduo e Estado, e indivíduo e coletividade, pluralizada ou não” (ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 110).

Salienta-se que o presente capítulo dimana de pesquisa bibliográfica que envolve a seleção e análise de obras pertinentes ao tema da propriedade, da sua identificação como direito e das limitações ao exercício da penhora, delineado por meio da axiologia jurídica predominante em cada época. Busca-se trazer reflexões sobre as formas com as quais o ser humano passou a tratar a propriedade como valor supremo para uma vida digna e, se tal carga axiológica, estampada nas codificações atuais, subsiste diante da pós-modernidade e da relação que existe entre a incerteza do futuro, as pistas reveladas pelo passado e a necessidade de aplicação jurídica no presente.

Em virtude de a sede deste estudo estar voltada às ilegítimas limitações políticas impostas à expropriação forçada dentro da execução civil e, por conseguinte, ao direito fundamental à tutela executiva justa e efetiva em função da extensa redoma das impenhorabilidades, a propriedade será analisada com vistas à percepção histórica de sua aquisição e manutenção com a própria ideia de sobrevivência humana digna. Logo, o direito material atinente à matéria não será objeto de esmiuçamento na pesquisa, sendo referido apenas com o propósito de embasar os apontamentos que serão feitos e propiciar uma melhor compreensão sobre a prescindibilidade da manutenção da exagerada limitação à expropriação trazida pelo ordenamento jurídico pátrio.

2.1.2.2. Conceito e elementos constitutivos

Propriedade é signo linguístico multiplamente ambíguo e polissêmico constituído por vários significados estritamente relacionados entre si³⁸. Com intuito de reduzir as disseminias geradas pelo uso da palavra, entender-se-á propriedade de duas maneiras distintas: (i) como sinônimo de patrimônio, bem corpóreo ou incorpóreo e; (ii) como conjunto de poderes que possui o proprietário, formalmente reconhecido por autoridade pública, sobre a coisa, tanto para explorar bens, excluindo quaisquer outras pessoas, como para dispor dos mesmos³⁹.

³⁸ Etimologicamente “propriedade” deriva da palavra em latim *proprius*, que significa *particular de* ou *apropriado a* (um indivíduo).

³⁹ Nesse sentido cf. PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 19.

Orlando Gomes sugere a conceituação de propriedade sob a análise conjunta de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Pelo primeiro, propriedade seria a submissão de alguma coisa, em todas as suas relações, à uma pessoa. Pelo segundo, seria o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui, critério que mais se identifica com aquele utilizado pelo legislador pátrio no Código Civil. E, finalmente, pelo critério descritivo, propriedade seria o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo pelo qual, com as limitações legais, uma coisa fica submetida à vontade de alguém⁴⁰.

A legislação pátria infraconstitucional trata a matéria no art. 1.228 do Código Civil ao preceituar que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Eis o conteúdo positivo do direito de propriedade ao enumerar os poderes do proprietário correspondente ao *jus utendi*, *fructuendi*, *abusuendi* e à *rei vindicatio*, mesmos atributos da propriedade romana.

O primeiro elemento constitutivo da propriedade, o direito de usar (*ius utendi*), consiste na faculdade de o dono exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, utilizando-a como bem desejar, inclusive podendo excluir terceiros do uso, sem alterar-lhe a substância.

O segundo elemento constitutivo, o direito de gozar (*jus fructuendi* ou direito de usufruir), consiste em fazer frutificar a coisa ou o bem e auferir-lhe os produtos naturais ou civís, podendo explorá-los economicamente.

O direito de dispor do bem (*jus abutendi*) equivale ao poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem⁴¹. Não significa, contudo, dizer que tal coisa pode ser destruída ao bel entender do proprietário, visto que a Constituição Federal lhe impõe limites de ordem pública, em razão do bem-estar social ou da coexistência do direito de propriedade de outros titulares, vedando a prática de atos considerados antissociais, tais quais aqueles que são animados pela intenção de prejudicar outrem.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 103.

⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil - V. III*. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

Por fim, a *rei vindicatio* – ou direito de reaver a coisa - é o poder que tem o proprietário de reivindicar o bem de quem injustamente o possua ou detenha, em virtude do seu direito de sequela, característica intrínseca aos direitos reais. Sua tutela é realizada por meio de ação reivindicatória.

Importante ter a clareza de que a propriedade é um direito que não se confunde com as faculdades por meio das quais ele pode ser exercido, não tendo relação com a forma pelo qual esse direito ganha uma forma concreta⁴². Assim, uma pessoa será considerada titular da plena propriedade quando todos os elementos constitutivos estiverem reunidos sob seu poder. Por outro lado, fala-se em propriedade limitada quando um ou alguns dos poderes passa a ser exercido por outra pessoa que não o proprietário, ocorrendo o fenômeno do desmembramento. Tal é o caso dos direitos reais de usufruto, servidão e superfície, por exemplo.

A adoção da noção pluralista do instituto da propriedade⁴³ entrevê na mesma não mais uma situação de poder abstratamente considerada como o direito subjetivo por excelência, característica da noção de direito real absoluto, mas uma situação jurídica complexa necessariamente em conflito ou coligada com outras⁴⁴. A partir, sobretudo, da promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade adquiriu novos contornos, de ordem mais publicista e social, afastando-se, em certa intensidade, da antiga mentalidade liberal herdada do código civil gaulês de 1804 e repetida pelo Código Civil nacional de 1916.

Assim, o direito de propriedade não mais pode ser visto sob o caráter absoluto e intangível de que outrora se revestia, mas sim a partir de numerosos deveres e limitações impostas pelo interesse público e privado sob a batuta dos princípios da função social e do bem comum. Sob os influxos das balizas valorativas traçadas pela Constituição Federal no que diz respeito à função social da propriedade, o Código

⁴² DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: Uma proposta de releitura do princípio constitucional. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 52, n. 205, p. 28, jan./mar. 2015.

⁴³ Em sentido favorável a teoria da pluralidade de estatutos proprietários ver: PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione ala problemática dela proprietá*. Napoli: ESI, 1970; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316.

Civil nacional inova, nos parágrafos do seu art. 1.228⁴⁵, ao refletir a preocupação de ordem publicista no trato da propriedade.

É nesse sentido que José Cretella Júnior afirma que o direito de propriedade está sujeito, em nossos dias, a diversas restrições fundamentadas no interesse público e privado, de tal sorte que o traço nitidamente individualista, sob o qual se revestia, cedeu lugar à concepção diversa de conteúdo social e no âmbito do direito público⁴⁶.

2.1.2.3. A relação umbilical homem-propriedade: da propriedade à inexpropriabilidade

O conhecimento da gênese e do desenvolvimento do direito de propriedade e dos fundamentos às limitações da penhora na execução civil é de inquestionável importância para o presente estudo, pois permite um melhor entendimento sobre a atual sistemática limitativa que persiste em nosso ordenamento adjetivo. Dessa forma, possibilita-se aos olhos do estudioso descortinar a falibilidade da atual sistemática de impenhorabilidades mantida pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como proporciona augurar a evolução rumo ao aperfeiçoamento da matéria.

Propriedade e direito de propriedade não são contemporâneos. A diferença, por óbvio, é artificial e utilizada apenas com o desiderato de esclarecer que a propriedade, vista no sentido de apoderação e apropriação de um bem de forma absoluta e exclusiva, surgiu antes mesmo que qualquer regramento normativo conhecido. Contudo, não

⁴⁵ Art. 1.228: [...] § 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º - São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º - O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

⁴⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 302.

tardou para que, surgindo a ideia de propriedade na história, se desenvolvessem também as codificações e leis utilizadas para sua tutela.

Ao que tudo indica, a propriedade, nos primórdios da civilização, começou por ser coletiva, transformando-se, paulatinamente, em propriedade individual. Trata-se, entretanto, de ponto obscuro na história do direito e sobre o qual ainda não há consenso na doutrina especializada⁴⁷.

Interessante notar que os mais antigos regramentos normativos conhecidos já tratavam indiretamente do tema, seja como forma de reparação aos danos causados a um bem, ainda que referente ao corpo humano⁴⁸, ou como repressão aos agentes causadores daquele dano. Uma das mais antigas codificações catalogadas, o código de Ur-Nammu (aproximadamente 2040 a.C.), enfatizava a aplicação de penas pecuniárias para delitos diversos, em detrimento das penas talianas⁴⁹. O código de Hamurabi (Hammurabi ou *Khammu-rabi*, aproximadamente 1772 a.C), por sua vez, possui pouco mais de 70%, dos seus 282 dispositivos, contendo regras que versam, ainda que indiretamente, sobre a noção incipiente de propriedade.

Sem embargo da importância da ideia de codificação trazida anteriormente, é em Roma que se desperta o primeiro interesse jurídico sobre a matéria⁵⁰. Importante esclarecimento se faz no que tange ao estudo do processo romano. Este pode ser facilmente cindido em duas fases para os fins aqui propostos: a fase que antecedeu a Lei das XII Tábuas (450 a.C.) e aquela que a sucedeu. A primeira, surgida com a própria civilização romana, não merecerá maior destaque, pois regida por costumes

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil - V. III*. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

⁴⁸ Em algumas civilizações antigas, tal qual a romana, mulheres e escravos eram tratados como propriedade do senhorio. Logo, qualquer dano causado à propriedade era passível de reparação.

⁴⁹ Assim, e.g.: “Col. VI. Se um cidadão fracturou um pé ou uma mão a outro cidadão durante uma rixa pelo que pagará 10 siclos de prata. Se um cidadão atingiu outro com uma arma e lhe fracturou um osso, pagará uma <<mina>> de prata. Se um cidadão cortou o nariz a outro cidadão com um objeto pesado pagará dois terços de <<mina>>”. Retirado de GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. HESPANHA, A.M; MALHEIROS, L.M. Macaísta. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 64. Preservou-se a redação na íntegra, tal qual apresentada na grafia utilizada em Portugal. A respeito, conferir também PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011; CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵⁰ É importante anotar, como sustenta Carlos Alberto Dabus Maluf, que nos primórdios de Roma, “pelo menos até o surgimento da Lei das XII Tábuas, a propriedade, quer como conceito, quer em sua realização prática, aparece envolta em muitas dúvidas, tendo-se criado várias teorias que, quase sempre sem êxito pela falta de fontes, permitem apenas traçar alguns contornos” (*Limitações ao direito de propriedade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25).

dos antepassados⁵¹ e, portanto, desinteressante à proposta aqui trabalhada; a segunda, por conter as principais regulações estudadas, será o objeto desta breve análise.

Na célebre obra “*A cidade antiga*”⁵², Fustel de Coulanges narra com precisão a relação de dever moral entre o indivíduo e a sua residência nos primórdios da civilização romana. Havia, naquele tempo, uma interação tão forte entre o sujeito e a terra (propriedade) que esta chegou a ser considerada como sendo uma parte do próprio indivíduo, numa simbiose cultural em que o proprietário, sua família e seus descendentes se tornariam a espécie de objeto semovente daquele bem imóvel, o qual, por sua vez, resguardaria os deuses domésticos, a memória dos antepassados e a proteção familiar.

É nesse momento que surgem, segundo o sobredito historiador francês, os primeiros vestígios da propriedade privada na antiga civilização romana. O rito aos mortos, ao estabelecer o túmulo como um templo de culto aos antepassados dentro do lar, significava que a alma se unia ao solo, devendo a família estar alocada naquelas terras pela eternidade⁵³. Conservar a propriedade era perpetuar a família e garantir a satisfação dos ancestrais por terem uma morada fixa.

A propriedade imóvel torna-se um bem de tamanha relevância para o cidadão romano que se chega ao ponto da Lei das XII Tábuas (450 a.C.) permitir que o corpo do indivíduo respondesse diretamente por suas dívidas, mas nunca a terra, por esta ser

⁵¹ ARAÚJO, Adilson Vieira de. *A penhora na execução civil e suas limitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 21.

⁵² COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁵³ Veja-se interessante excerto da obra (*A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 57) que retrata com clareza o tema: “Tomemos, em primeiro lugar, o lar; esse altar é o símbolo da vida sedentária, como o nome bem o indica. Deve ser colocado sobre a terra, e, uma vez construído, não o devem mudar mais de lugar. O deus da família deseja possuir morada fixa; materialmente, é difícil transportar a terra sobre a qual ele brilha; religiosamente, isso é mais difícil ainda, e não é permitido ao homem senão quando é premido pela dura necessidade, expulso por um inimigo, ou se a terra não o puder sustentar por ser estéril. Quando se constrói o lar, é com o pensamento e a esperança de que continue sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem pelo espaço de uma vida humana, mas por todo o tempo em que dure essa família, e enquanto restar alguém que alimente a chama do sacrifício. Assim o lar toma posse da terra; essa parte da terra torna-se sua, é sua propriedade”.

inseparável da família⁵⁴. Um credor poderia até usufruir dos frutos nela gerados, mas nunca do solo.

Se, em um primeiro momento, não foram as leis que garantiram o direito de propriedade, mas os costumes e a religião, não tardou para que a civilização romana caminhasse em direção ao monopólio estatal, a fim de eliminar conflitos e impor decisões aos cidadãos. Ensina Cândido Rangel Dinamarco⁵⁵ que a execução, no processo civil romano, não era favorável ao devedor, na medida em que incidia diretamente sobre a pessoa deste. A execução viria a basear-se na responsabilidade patrimonial, e não corporal, apenas com o advento do *modus agendi* da *pignoris capio*⁵⁶, já no final do período arcaico (que perdurou até o século II a.C.), e posteriormente com a *Lex Poetelia*⁵⁷ (326 a.C.).

É a partir da atenuação⁵⁸ da execução pessoal e do conseqüente deslocamento para a responsabilidade patrimonial, já no início da era clássica, que se configuram as primeiras normas de limitações à penhora do patrimônio do devedor, remontando, ainda que vagamente, à ideia de inexpropriabilidade do direito moderno. Desse modo,

⁵⁴ A esse respeito conferir as Tábuas Terceira (dos direitos de crédito), Sexta (do direito de propriedade e da posse) e Sétima (dos delitos). Texto extraído da Lei das XII Tábuas, conforme reconstituição de Godefroy, em MEIRA, Sílvio A.B. *A lei das XII Tábuas. Fonte do direito público e privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, *passim*.

⁵⁶ A *pignoris capio* era um meio extrajudicial de coação da vontade do devedor realizado através do aprisionamento de determinado objeto do devedor pelo credor até a satisfação da dívida. Dinamarco (*Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42, nota 45) aponta relevante divergência doutrinária quanto ao direito do credor, após transcorrido o prazo para pagamento, destruir o bem ou também tê-lo para si como forma de satisfação do crédito, posicionando-se, ao cabo, no sentido de reconhecer as duas possibilidades.

⁵⁷ Dentre outras normas atenuadoras da execução pessoal, aponta Dinamarco (*Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43-44) que a *Lex Poetelia*: a) proibiu a morte e o acorrentamento do devedor; b) institucionalizou o que antes era simples alternativa oferecida ao credor, ou seja, a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; c) permitiu que o executado se livrasse da *manus injectio*, repelindo a mão que o prendia mediante o juramento de que tinha bens suficientes à satisfação do crédito (*bonam copiam jurare*) e; d) extinguiu o *nexum*, passando então o devedor a responder por suas próprias obrigações com o patrimônio que tivesse (*pecuniae creditae bona devitoris*).

⁵⁸ Diz-se atenuação pois a *Lex Poetelia* não erradicou a ideia da responsabilidade patrimonial, a qual perdurou na mentalidade dos romanos por bastante tempo. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44, nota 51. Ainda, conforme esclarece Adilson Vieira de Araújo (*A penhora na execução civil e suas limitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 25), a *Lex Poetelia* não impedia que todo o patrimônio do devedor respondesse pela dívida, ainda que a mesma fosse de valor consideravelmente inferior. Apenas no limiar da queda do Império Romano do Ocidente é que se adotou o procedimento de se penhorar somente o correspondente à dívida/obrigação exequenda.

imbuído pela necessidade de satisfação do crédito a partir do patrimônio do devedor, nasce, por criação pretoriana, o regime da *bonorum venditio*.

Por tal procedimento, àquele credor que postulasse uma execução permitia-se a imissão na posse de todo o patrimônio do devedor (*missio in possessionem*) durante certo período de tempo, como forma de força-lo ao adimplemento voluntário, com a chamada de demais credores via editais. Não atingido o objetivo, o juiz poderia nomear um *curator* para promover a venda dos bens, se necessário, pagar débitos, exigir créditos e estar em juízo pela massa⁵⁹.

Concomitante à existência da *bonorum venditio*, havia em Roma, ainda, dois outros procedimentos executivos que permitiam ao devedor a benesse da limitação da penhora da totalidade de seus bens: a *bonorum cessio* e a *bonorum distractio*. Pela primeira, o próprio devedor insolvente liquidava os débitos mediante a venda voluntária de seus bens. Assim, tinha a prerrogativa de reter o necessário à própria subsistência, demonstrando clara evolução na humanização da execução forçada⁶⁰. Pelo segundo, benesse concedida apenas aos senadores e outros devedores especiais (*puppili, furiosi indefensi*), após a imissão na posse, o curador vendia um a um os bens do executado na exata monta que atingisse o necessário à satisfação dos credores, restituindo o remanescente ao devedor-proprietário⁶¹.

Para garantir o cumprimento do direito reconhecido por decisão do juiz popular⁶², seguindo uma mentalidade mais humanizadora, surge no período *per formulas* - formular (149 a.C.- 209 d.C.) - a chamada *actio iudicati*. Por tal procedimento, o autor buscava o cumprimento da obrigação, com fulcro na sentença condenatória, acaso transcorrido *in albis* o prazo de trinta dias (*tempus iudicati*) concedido ao devedor para o adimplemento voluntário.

⁵⁹ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44-45.

⁶⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

⁶¹ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

⁶² Nesse período da Roma Antiga, juiz e magistrado exerciam papéis distintos dentro do procedimento *per formulas*. O magistrado atuava, principalmente, no início do processo (fase *in iure*) redigindo um texto – ou fixando uma fórmula (daí a expressão *per formulas*) - que servia de base para os debates perante o juiz popular. O juiz, por sua vez, recebia a fórmula como uma ordem (*decretum*), por escrito, para julgar o litígio em conformidade com a mesma. Durante os debates era fixado o objeto da lide e delimitado seu contorno com exatidão. Na fase *in iure*, o magistrado entregava aos litigantes a fórmula e dava ao juiz popular o poder de condenar ou absolver o réu nos limites fixados e conforme as provas produzidas.

A sentença condenatória apenas tornava possível a obtenção da tutela da autoridade pública (*imperium*) para levar a cabo a execução do crédito reconhecido pelo *iudex*, autorizando a intromissão do credor no patrimônio do devedor por intermédio do exercício de uma nova ação – a *actio iudicati*⁶³. Todavia, a propositura da *actio iudicati* importava na reabertura da contenda, na medida em que deveria ser observado rito processual idêntico ao das demais ações “*de maneira a nunca desaguar nos atos executivos sem que nova sentença do iudex reconhecesse o inadimplemento do devedor e o condenasse a cumprir*”⁶⁴.

Dessa forma, abria-se para o devedor a possibilidade de opor defesas, desde que reconhecesse as dívidas, contra as sucessivas execuções que se formavam por meio das *actio iudicati*. Dentre as possibilidades suscitadas pelo devedor⁶⁵ se encontrava o chamado *beneficium competentiae*, *pel quale il debitore há diritto di non essere condannato a pagare se non nella misura dele sue facoltà (in id quod facere potest)*⁶⁶.

Por tal instituto, a quantia executada não poderia exceder o valor do patrimônio líquido do devedor, excluindo-se, portanto, dentre outros, os bens pessoais necessários à subsistência deste, o dote, os bens pertencentes aos filhos, as insígnias honoríficas e os bens de terceiros⁶⁷. Seu escopo estava em, principalmente, garantir a subsistência do devedor, limitando a cobrança da totalidade da dívida apenas àquilo que estivesse dentro de suas possibilidades patrimoniais evitando-se, dessa forma, a execução pessoal e a infâmia⁶⁸.

⁶³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – V. III*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

⁶⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – V. III*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

⁶⁵ Nesse ponto é importante a observação feita pelo professor Ignácio Velasco, em profundo estudo realizado sobre a matéria, ao relatar que a *condemnatio id quod debitor facere potest* não se originava exclusivamente do pedido de devedor (*taxatio*), mas, também, do próprio *iudicium* formular ou, posteriormente, no âmbito da *cognitio extra ordinem*, do próprio pedido autoral. Nesse sentido: “Há quem sustente que, em certos casos, os efeitos do benefício fossem alcançados através não de *taxatio* mas de uma *praescriptio pro actore* inerente à intentio da fórmula. É o que parecem sugerir alguns textos nos quais se lê que o réu é chamado a juízo (*convenitur*) pelo autor *in id quod facere potest*, e não que é condenado (*codemnatur*) *in id quod facere potest*. Nesse caso, a condenação seria limitada, mas na medida em que já o pedido do autor era limitado ao *id quod réus facere potest*”. (VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Algumas considerações à respeito do *beneficium competentiae*. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 91, p.57, 1996).

⁶⁶ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 7ª ed, Milano: Vallardi, 1921, p. 405.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

⁶⁸ A infâmia consistia, no Direito Romano, na perda da plena capacidade civil do cidadão, gerando-lhe a impotência de fazer valer em juízo a totalidade dos direitos que possuía, tais como a exclusão do

Apesar da natureza imprecisa e da carência de registros históricos, o *beneficium competentiae* parece deitar raízes no âmbito do processo *per formulas*, remontando as suas primeiras manifestações ao século II a.C. como um procedimento dentro do processo formular de composição de litígio. Luiz Carlos de Azevedo, ao se debruçar sobre o desenvolvimento do instituto no Direito Romano, anota que em um primeiro momento do processo romano, que ascende ao período formulário, o *beneficium* favorecia apenas a determinados devedores, sendo concedido em caráter pessoal, intransmissível e irrenunciável, já no direito justinianeu “o favor a todos se estenderia, com o objetivo de evitar que ficassem os devedores totalmente privados de seu patrimônio: isto é, a possibilidade patrimonial do devedor era avaliada, de modo a deixar-lhe meios para a sua própria subsistência”⁶⁹.

Esse benefício da condenação limitada (*id quod debitor facere potest*) está inserido no processo de humanização do *ius civile*, prosseguindo com o influxo crescente do cristianismo a partir dos primeiros séculos da era cristã⁷⁰. Conforme observa o professor Ignácio Velasco⁷¹, a evolução dos casos de concessão desse favor no Direito Romano ocorre, no terreno das obrigações, em um processo paralelo ao ocorrido quanto ao tratamento dos direitos reais, sobretudo o direito de propriedade e a progressiva atenuação de seu rigor⁷².

O *beneficium competentiae* possuía como características a sua pessoalidade, que o tornava intransferível (aos fiadores, e.g.), e intransmissibilidade *causa mortis*. Além

serviço militar, dos direitos de elegibilidade, da participação no senado, da intervenção em festas cívicas e da representatividade em juízo.

⁶⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da Penhora*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 138.

⁷⁰ Ao apontar a importância do estudo do instituto do *beneficium competentiae* para o entendimento das regras da proteção patrimonial do devedor, sobretudo das impenhorabilidades, Fredie Didier Jr., Paula Sarno, Leonardo Cunha e Rafael de Oliveira asseveram que “as regras de proteção do devedor, contidas no Direito Romano, nas quais se inclui o *beneficium competentiae*, sofreram forte influência dos valores do *cristianismo*: caridade, piedade, compaixão, moderação e clemência. Esse dado histórico é importantíssimo para compreender porque tantas regras de proteção ao executado ainda sobrevivem em nosso país” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 823).

⁷¹ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *A execução do devedor no direito romano*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p.46-47.

⁷² No sentido da redução do caráter absoluto sobre o qual se revestia o *dominium* no direito romano, pode-se citar o aparecimento dos direitos reais de vizinhança (e.g., vedação às construções que impeçam o vento no terreno vizinho), a perda da propriedade de um terreno pela falta de cultivo em favor de quem o fez por mais de dois anos, a matéria relativa a águas que correm do terreno superior para o inferior. Nesse sentido cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-37; VELASCO, Ignácio Maria Poveda. Algumas considerações a respeito do *beneficium competentiae*. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 91, 1996, p. 47, nota 5.

disso, era ele irrenunciável e apresentava certa "relatividade", ou seja, era exercido pelo devedor somente em face de determinados credores⁷³. Assim, poderiam valer-se do benefício o pai, os filhos emancipados, deserdados ou que se abstiveram de sua herança paterna, o irmão, o sogro, o sócio do devedor, o doador (devido à doação gratuita), os militares e os que houvessem realizado *bonorum cessio* por dívidas anteriores⁷⁴.

Ponto de destaque se observa no fato de que o *beneficium competentiae* reduzia apenas o montante executado da condenação imposta, não as obrigações, de modo que, se as condições da pensão do beneficiário melhorassem, ele seria obrigado ao pagamento do restante⁷⁵. Dessa forma, tal benesse não implicava a remissão do resíduo do vínculo, mas apenas o adiamento do cumprimento, considerando o direito inferior do devedor. O devedor deveria cumprir, portanto, continuamente a obrigação se as suas condições de capital retornassem a um melhor patamar⁷⁶. Ou seja, o credor não perderia o direito à ligação residual.

Posteriormente, superado o período formular, o direito romano conheceu da chamada *pignus ex causa iudicati captum*, a qual, segundo Dinamarco⁷⁷, pode-se dizer que representa a origem remota da execução por expropriação que conhecemos hoje. Por meio dela, os *apparitores* (espécie de oficiais de justiça da época) penhoravam apenas os bens necessários ao cumprimento da obrigação, constituindo um penhor e um direito de prelação em benefício do exequente, conciliando-se, assim, os interesses do credor e do devedor. A *bonorum venditio* passou paulatinamente ao desuso, sendo aplicada, no mais das vezes, somente para os casos de insolvência do devedor.

No período justinianeu, contudo, ampliaram-se significativamente as disposições que tornam o exercício do direito de crédito menos inexorável do que aquele aplicado no período clássico. O *beneficium competentiae* sofre mudança, passando a admitir a

⁷³ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *A execução do devedor no direito romano*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 54-55.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

⁷⁵ "Il beneficio ridusse tuttavia soltanto la condanna, non l'obbligazioni, onde se le condizioni patrimoniali del beneficiato tornano a migliorare, egli è tenuto a pagare anche il resto" (BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 7ª ed. Milano: Vallardi, 1921, p. 406-407).

⁷⁶ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 7ª ed. Milano: Vallardi, 1921, p. 406-407.

⁷⁷ *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

exclusão de alguns bens da execução patrimonial com a finalidade de garantir a subsistência do devedor e evitar que este ficasse reduzido à indigência. Tal instituto, estendido a todos os devedores que gozavam da condenação limitada, ficou conhecido como *deductio ne egeat*⁷⁸.

Outro importante ponto de destaque no direito romano, no que tangencia o presente objeto de estudo, está relacionado à inalienabilidade de determinados bens, assim como a consequente instituição da cláusula de inalienabilidade. Das lições de Carlos Alberto Maluf retira-se o ensinamento de que a inalienabilidade poderia se dar tanto por disposições legislativas, quanto por decisões pretorianas ou, ainda, mediante manifestações da vontade do próprio interessado⁷⁹. Estas últimas, mais comuns, representavam o grande uso da cláusula de inalienabilidade, pois apareciam com bastante frequência nas doações e testamentos realizados à época⁸⁰.

Prossegue Maluf⁸¹ em sua lição afirmando que o escopo da proibição de alienar imposta por testamento, ao menos primitivamente, era o de proteção das famílias contra as prodigalidades ou má administração de um de seus membros, visando a conservação do patrimônio familiar. Ademais, possuía a cláusula de inalienabilidade caráter pessoal e temporário, vindo a ser desfeita após a morte do instituído a quem ela era feita. Apenas por disposição especial se poderia proibir a alienação de um bem ao infinito, o que, entretanto, era raro de acontecer⁸².

Se hoje não há maiores dúvidas quanto à afirmação de que um bem inalienável é, por consequência, impenhorável, na medida em que sendo a expropriação uma espécie

⁷⁸ VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 17.

⁷⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 6.

⁸⁰ Fazendo menção ao jurista francês Charles Legros (*Des clauses d'inaliénabilité dans les actes a titre gratuit*. Tese. Paris: A. Rousseau, 1909), Maluf mostra que pelas disposições legislativas a inalienabilidade tinha caráter público, trazendo disposições que impediam o marido de alienar o imóvel dotal sem a anuência da sua mulher (Lei *iulia de fundo dotali*), a alienação de terrenos litigiosos (em virtude de um edito de Augusto) e, posteriormente, a alienação de qualquer objeto litigioso. Dentre as causas pretorianas de inalienabilidade, acentua Maluf que o pretor romano podia impedir, em certas circunstâncias, o proprietário de dispor de seu patrimônio, como quando se tratava de bens recebidos por herança (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 6).

⁸¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 8.

⁸² MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 8.

de alienação, a inalienabilidade do bem implicaria na sua impenhorabilidade (ao menos enquanto aquela perdurar)⁸³ – conforme rezam os arts. 833, I do CPC e 1.911 do Código Civil –, percebe-se que na Roma Antiga a inalienabilidade de um bem carregava, outrossim, razões outras alijadas do plano do direito material e processual, tal como a pecha da desonra em se vender bens provenientes dos antepassados.

De outro ponto, a expropriação motivada pela utilidade pública também era desconhecida durante a Roma antiga. Contudo, nada obstante a ausência de leis específicas regulando a desapropriação, tal medida estava inserida no poder de *imperium* do soberano. Ensina António dos Santos Justo que a desapropriação romana acabava ocorrendo na prática sendo condicionada a duas exigências: (i) uma indenização ao proprietário e (ii) a destinação do bem à satisfação do interesse público⁸⁴.

O estudo do direito romano é de salutar importância para o fomento das teorias da impenhorabilidade que abordam a questão da expropriação na execução civil moderna, não apenas sob o ponto de vista histórico e prático, mas, sobretudo, sob o viés técnico-jurídico. A instituição do *beneficium competentiae*, com a consequente condenação do devedor romano a pagar, em determinados casos, apenas até o limite que pudesse (*in id quod facere potest*) e, posteriormente, após a *deductio ne egeat* no período Justinianeu, reservando-se aquele mínimo de bens imprescindíveis para se enfrentar as necessidades elementares da existência, demonstra o encaminhamento da execução para um viés mais humano e anti-individualista.

É flagrante a percepção da existência de um liame entre os institutos do direito romano estudados e os dispositivos legais que vigoram no direito processual e material em nosso ordenamento jurídico atual. Tais institutos romanos podem ser vistos como base analógica de teorias modernas, nomeadamente o princípio do menor sacrifício possível ao devedor (art. 805 do CPC), a impenhorabilidade de bens (arts. 833 e 834 do CPC), o *favor debitoris*, a constituição do bem de família (Lei nº 8.009/90)⁸⁵, a vedação de doações que reduzam o doador à indigência (art. 548 do Código Civil), a

⁸³ Cf. GRECO, Leonardo. *O processo de execução – V. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

⁸⁴ JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 30.

⁸⁵ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *A execução do devedor no direito romano*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 49.

proibição da arrematação por preço vil (art. 891 do CPC) e a revisão por onerosidade excessiva (art. 478 do Código Civil e art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor).

O estudo da propriedade no longo ínterim entre a decadência do império romano e o surgimento do iluminismo⁸⁶ no ocidente não será objeto do presente estudo em função da pouca relevância que desempenha para as conclusões aqui adotadas, aliada as enormes vicissitudes históricas que acometem a abordagem do tema. Desde a ascensão do iluminismo, culminando na declaração de independência dos Estados Unidos da América em 1776 e na revolução francesa em 1789, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a noção de propriedade passou por significativos avanços, ganhando destaque, mais recentemente, o conceito de restrições e limitações ao direito de propriedade (tais como a sua função social, a função social da posse, os direitos de vizinhança, à liberdade de contratar, entre outros)⁸⁷.

2.1.3. Direito *de* propriedade, direito *à* propriedade e direito de titularidade.

O presente estudo adota a premissa de que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um direito fundamental *de* propriedade, mas, sim, *à propriedade*⁸⁸. Dessa forma, não se deve confundir o objeto ou bem da vida do direito tutelado (propriedade

⁸⁶ Considera-se, nesse estudo, o período aproximado entre os séculos III e XVII, adentrando-se, portanto, no período posterior à baixa idade média conhecido como “Renascimento”.

⁸⁷ Há aqueles que, sob a teoria do materialismo histórico, defendem a ideia, inclusive, de que a propriedade privada foi responsável pela estabilização da família monogâmica, pela ideia de herança familiar e pela divisão do trabalho, a qual, em momento adiante, culminou com a exploração do homem pelo homem e, posteriormente, dos proprietários pelos não proprietários. A respeito, Friedrich Engels explica que a prática da monogamia “foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. O surgimento da monogamia nada mais é uma sujeição de um sexo pelo outro” (*A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 9ª ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984, p. 70). Corroborando das ideias de Karl Marx (na obra “o capital”), o autor reforça que a primeira divisão de trabalho é a que se fez entre homem e a mulher para a procriação dos filhos, afirmando que o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre homem e a mulher na monogamia (*A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 9ª ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984, p. 70-71). Sob a égide desse pensamento, o Estado surge como fruto de uma sociedade antagônica, utilizado como forma de assegurar a propriedade privada.

⁸⁸ Tal premissa é a mesma adotada por Hermes Zaneti Junior nos *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

privada e propriedade patrimonial) com o próprio direito fundamental de ser proprietário.

O direito fundamental à propriedade constitui o direito de todo e qualquer indivíduo de se tornar proprietário. Bem por isso, por ser direito fundamental, carrega as características próprias dessa classificação⁸⁹, das quais se destaca a indisponibilidade. Direito *de* propriedade, por sua vez, é a expressão jurídica da propriedade⁹⁰, revelando o poder do indivíduo detentor de usar, gozar e dispor do bem.

É em Luigi Ferrajoli que primeiro se encontra a distinção entre o direito fundamental à propriedade e o direito privado *de* propriedade. Para o referido autor, o problema da polissemia do que se entende como “direito de propriedade” foi criado quando houve a indevida assimilação entre os conceitos de liberdade e de propriedade, ainda no início do liberalismo do século XVIII. Assim, passou-se a usar uma mesma palavra para designar situações diversas, olvidando-se da diferença, justamente, entre os conceitos de direitos fundamentais e direitos patrimoniais.

Explica o referido autor que essa conjunção, em uma mesma categoria, de figuras heterogêneas, qual seja, os direitos de liberdade e o direito de propriedade, foi fruto da justaposição das doutrinas jusnaturalistas e da tradição civilista e romanista, advindas do primeiro estágio do liberalismo, que condicionou até os nossos dias a inteira teoria dos direitos e, com ela, do Estado de Direito⁹¹. Desse modo, expõe Ferrajoli a existência de um equívoco, devido ao caráter polissêmico do termo *direito de propriedade*, com o qual se entende “ao mesmo tempo o direito de se tornar proprietário e de dispor dos próprios direitos de propriedade, que é um aspecto da

⁸⁹ O modo como os direitos fundamentais são tratados varia no meio dos Estados Democráticos soberanos. Atento a tais circunstâncias, Konrad Hesse anota que “as formas de se garantir os direitos fundamentais podem ser diferentes ainda que exista conformidade em seu conteúdo e interpretação (...) a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos” – Tradução livre (Significado de los derechos fundamentales. In: Benda, Ernst; et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª. ed., trad. Antonio López Pina, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 84-85).

⁹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 610.

⁹¹ FERRAJOLI. Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 29.

capacidade jurídica e (...) de agir reconduzível à classe dos direitos civis, e o concreto direito (...) sobre aquele ou este bem”⁹².

O autor identifica quatro diferenças estruturais entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, dentre as quais destaca-se, aqui, a *indisponibilidade* dos primeiros. Dessa forma, seriam os direitos fundamentais direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais seriam, ao contrário, direitos disponíveis, por sua natureza – da propriedade privada aos direitos de créditos – negociáveis e alienáveis⁹³. Estes se acumulam, aqueles permanecem invariáveis.

Eis a justificativa pela qual é possível a renúncia ao benefício legal da impenhorabilidade, bem como o oferecimento de bens impenhoráveis como garantia do débito ou da execução, tornando-os, dessa forma, passíveis de penhora no processo executivo.

Por ser o direito *de* propriedade expressão jurídica da própria propriedade, poderá ser transferido, penhorado e alienado. Vale dizer, quando nos deparamos na prática diária das relações comerciais com atos de “transferência da propriedade”, o que se está transferindo, efetivamente, é a sua *titularidade*⁹⁴, ou seja, os direitos reais e privados de propriedade ou de crédito, e não aqueloutro fundamental, garantidor da possibilidade de acesso aos bens e ao patrimônio por qualquer indivíduo que seja. É nesse contexto que se evidencia que patrimônio não é só propriedade, mas tudo aquilo que seja capaz de produzir crédito⁹⁵.

Quando, no *caput* do seu art. 5º, a Constituição Federal trata de garantir aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à

⁹² FERRAJOLI. Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 29 – Tradução livre.

⁹³ FERRAJOLI. Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 31.

⁹⁴ Faz-se a devida ressalva: quando nos referimos à *titularidade* não estamos tratando de uma figura jurídica referente apenas à propriedade. Titularidade é uma condição que estabelece um nexo entre um sujeito e um direito, em razão de escolha legislativa. Há, ainda, aqueles direitos pressupostos, que independentemente da escolha legislativa, pertencem à pessoa, tais como os direitos humanos. Assim um sujeito pode ser titular de um direito de propriedade, de um domínio ou de uma posse. O que nos importa, para efeitos de impenhorabilidades, é que tal titularidade tenha conteúdo patrimonial, ou seja, tenha relevância pecuniária.

⁹⁵ Vide exemplos dispostos no art. 840, I, do CPC e no art. 11, III, da Lei de execuções Fiscais (Lei 6.830/80).

propriedade, está se referindo ao direito de *tornar-se proprietário*. Diferentemente, quando no inciso XXII do seu art. 5º garante o direito de propriedade está, na verdade, garantindo não só a proteção ao direito real de propriedade, ou seja, de que poderá o indivíduo usar, gozar e dispor do bem, conforme as normas legais de *concretização ou de conformação*⁹⁶ dispostas pelo Código Civil, mas também o direito de conteúdo econômico, de índole patrimonial (direito de titularidades patrimoniais)⁹⁷.

Ainda, a Constituição Federal, no art. 5º, XXIV, consagra o direito de os indivíduos terem respeitada a incolumidade do bem sobre o qual são proprietários e de não serem despojados de direitos de seu patrimônio, sem justa indenização, bem como assegura, em seu art. 170, II, o direito à propriedade privada.

É na esteira do pensamento de Luigi Ferrajoli que se enxerga a necessidade de se proceder com as devidas diferenciações entre os direitos atribuídos à propriedade, a fim de corrigir a distorção histórica causada em favor do executado. De um lado, o direito fundamental à propriedade; de outro o direito de propriedade, expressão jurídica da mesma, disponível, privado e atacável em função da sua natureza garantidora da responsabilidade patrimonial (art. 789 do CPC). Repita-se: não há, portanto, um direito fundamental *de* propriedade.

Quando se fala em responsabilidade patrimonial e penhora de bens se está a referir ao direito *de* propriedade, ou seja, aquele direito privado e disponível. Consoante ensina Hermes Zaneti Junior⁹⁸, esse direito *de* propriedade é aquele direito de dispor de seus bens contraindo obrigações voluntárias e que pode gerar o dever de responder com esses bens perante a prática de atos ilícitos que acarretem danos a terceiros, estando, por consequência, atrelado à esfera privada própria e alheia, como dimensão essencial da autonomia privada. E arremata com brilhantismo o autor: “o

⁹⁶ “Como essa categoria de direito fundamental apresenta-se, a um só tempo, como garantia institucional e como direito subjetivo, confia-se ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado. Fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação em lugar de restrição” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 196).

⁹⁷ É a posição, dentre outros, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo 32, nº 21.

⁹⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

direito de propriedade não pode impedir, ao contrário, justifica que o executado responda à execução com todos os seus bens”⁹⁹.

2.1.4. A propriedade na pós-modernidade: as novas (inter)relações do ser humano com a propriedade privada.

Ressalvada a existência de vicissitudes históricas, atinentes a todo estudo cronológico, a propriedade passou a ser usada como fator de distinção há milhares de anos. A ideia de propriedade é, inclusive, comum a todas as religiões, ainda que em grau, frequência e intensidade bastante distintas¹⁰⁰.

Desde a idade antiga, a propriedade tornou-se elemento identificador do ser humano na sociedade. As pessoas se reconhecem como sujeitos de direitos políticos e, por isso, sociais a partir da situação de proprietários de bens, bem como utilizam da propriedade para remontarem e enaltecerem suas distinções sociais. Como escreve Dan Ariely, muito da nossa vida pode ser descrito “pelo fluxo e refluxo das nossas posses individuais, por aquilo que obtemos e aquilo que cedemos. Compramos comida e roupa, automóveis e casas, também vendemos casas e carros e, no decurso das profissões, vendemos o nosso tempo”¹⁰¹.

O ser humano tem uma tendência a valorizar em excesso ativos e serviços que já detém. Atribuimos às nossas posses mais valor do que elas realmente têm. A essa inclinação que afeta o ser humano chama-se *endowment effect*. Dan Ariely, quando escreve sobre a supervalorização da posse, explica que as pessoas ficam excessivamente apegadas a ela, mesmo quando essa relação é irracional: “A propriedade não se limita a coisas materiais. Também pode aplicar-se a pontos de vista. Assim que tomamos posse de uma ideia - quer seja sobre política ou esportes - o que fazemos? Adoramos essa ideia, talvez mais do que deveríamos”. E continua,

⁹⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

¹⁰⁰ Cf. HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade: Sapiens*. LePM: Porto Alegre, 2014, *passim*.

¹⁰¹ ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional. As forças ocultas que que influenciam nossas decisões*. São Paulo: Estrela Polar, 2008, p. 129.

“nós a prezamos mais do que vale e, muito frequentemente, temos dificuldade para descartá-la - porque não suportamos a ideia da perda. Então com o que ficamos? Uma ideologia - rígida e inflexível”¹⁰².

E por que isso? Ariely¹⁰³ descreve essa escolha irracional, mas previsível, em três idiossincrasias: 1) nos apaixonamos pelas coisas que já temos e, assim, criamos laços afetivos ou emocionais; 2) nos focamos mais naquilo que podemos perder, ao invés do que naquilo que podemos ganhar com a venda ou desapossamento de um bem (essa aversão à perda nos leva a tomar, por vezes, más decisões); 3) esperamos que as outras pessoas vejam a transação sob a mesma perspectiva que nós e, assim, partilhem os nossos sentimentos, emoções e memórias¹⁰⁴.

A liquidez da sociedade moderna, conforme representada por Zigmunt Bauman, conjuntamente àquela das relações interpessoais e da relação das pessoas com a propriedade, imprime destaque à falácia do apego à propriedade específica. A facilidade com que se cambializa bens e pecúnia, até mesmo em níveis internacionais, demonstra que o antigo apego a determinada propriedade corpórea como justificativa de manutenção de um mínimo existencial não é mais característica que possa expressar resistência suficiente a amparar, por si só, a manutenção absoluta da mesma no patrimônio do devedor em uma execução judicial¹⁰⁵. A fluidez com que se realiza os mais diversos contratos patrimoniais, a flexibilização das profissões e da jornada de trabalho, a acessibilidade e a eficiência da comunicação instantânea, as constantes migrações internacionais e a redução da aversão ao risco, inerente à economia mundial, são alguns dos reflexos da nova sociedade que se erigiu a partir

¹⁰² ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional. As forças ocultas que que influenciam nossas decisões*. São Paulo: Estrela Polar, 2008, p. 133.

¹⁰³ ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional. As forças ocultas que que influenciam nossas decisões*. São Paulo: Estrela Polar, 2008, *passim*.

¹⁰⁴ Interessante notar que o ser humano possui a capacidade de se imaginar possuidor de algo que sequer esteve na posse ou fora detentor. Assim é, por exemplo, quando em um leilão virtual uma pessoa que detém por mais tempo a oferta ganhadora tende a aumentar seu lance sempre que alguém o ultrapasse (há, aí, um sentimento virtual de posse). De igual modo estão as promoções de teste que as empresas de televisão à cabo oferecem com pacotes temporários, a fim de imiscuir no consumidor o sentimento de pertença.

¹⁰⁵ Por obviedade, excluimos aqui os bens cujo valor sentimental ou familiar sobreleva qualquer valor econômico, cuja retirada do patrimônio do devedor signifique afrontosa violação aos sentimentos subjetivos de intimidade e memória.

do afrouxamento do Estado Social de Direito¹⁰⁶ e do fortalecimento, concomitante, do Estado Democrático Constitucional nas últimas décadas.

A modernidade líquida trazida por Bauman¹⁰⁷, em contraposição à modernidade sólida que fora suplantada, é um exemplo claro daquilo que se está a apresentar¹⁰⁸. O “ter” e o “ser” deixam de ser protagonistas do desejo humano, suplantados pelo “consumo” como característica principal da construção das personalidades. Produtos com a chamada “garantia eterna” ou embutidos da promessa do “*buy me once*” tendem a se tornar mais incomuns em face dos estímulos lançados pelas grandes companhias multinacionais para incremento de novas demandas (tais como a moda, a tecnologia e a saúde), levando ao fomento de uma obsolescência programada e à necessidade de um alto fluxo de intercambialidade de bens¹⁰⁹. Assim, também, pode-se compreender que essa mudança de pensamento se espraiou sobre àquela que tinha como dogma a atribuição de verdade às expressões comuns do dia a dia, tais como “até que a morte os separe” ou “felizes para sempre”.

Mesmo a economia está se rendendo à virtualização e à fluidez dos novos tempos. Exemplo dos mais interessantes está nas chamadas criptomoedas (*criptocurrencies*): moedas com pouco ou sem lastro físico ou monetário como arrimo, em regra, ainda

¹⁰⁶ O Estado Democrático Constitucional de Direito é uma síntese da junção (ou superação) do modelo liberal e do modelo social e, ao mesmo tempo, uma contraposição à relação pendular entre o privado e o público. Nesse sentido, referem Lênio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Moraes: “como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em *social*, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida”. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentziem. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹⁰⁸ Utilizando-se da alegoria trazida por Bauman, já se poderia até pensar em uma representação da sociedade caminhando para um estado “gasoso”, cada vez mais desregulamentado e sem a presença das antigas instituições representativas. Mais do que “um mundo repleto de sinais confusos, propenso a mudar com rapidez e de forma imprevisível”, teríamos a instabilidade não como geradora de angústia ou como consequência do esgarçamento das transformações clássicas geradas pelo capitalismo, mas como desejo social, aplicável a um mundo altamente polarizado do ponto de vista político, mas descentralizado do ponto de vista econômico. A modernidade líquida é metafórica ao comparar a consistência de um líquido, que sofre constante mudança e não conserva sua forma por muito tempo, com o modo de vida da sociedade contemporânea, na qual, segundo Bauman, emergem o individualismo, a fluidez e a efemeridade das relações como insígnias caracterizadoras.

¹⁰⁹ Exemplo disso é o crescente aumento do número de contratos celebrados por intermédio de empresas que trabalham exclusivamente como intermediárias entre compradores/vendedores, e.g., em websites como *ebay*, *mercado livre*, *olx*, *alibaba*, entre outros.

sem grande regulação¹¹⁰ pelos bancos centrais nacionais ou pelos governos soberanos, naquilo que, pela primeira vez, se aproximaria da máxima do *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*. A dinâmica moderna rompe, inclusive, a barreira estatal como instituição representativa, esgarçando as antigas fronteiras e abrindo espaço para um poder extraterritorial, com a consequência de uma aceleração do tempo e compressão do espaço.

O direito de propriedade, por sua vez, também passou a ser interpretado à luz dos valores constitucionais de cunho notadamente social. Do absoluto interesse individual, a propriedade passou a representar o interesse coletivo, de modo que, para permanecer como propriedade privada deve produzir e cumprir sua função social, além de satisfazer, produtivamente, os interesses da coletividade. Nesse tocante, Leonardo Brandelli afirma que “esse fenômeno de despatrimonialização do direito privado muda o alvo da propriedade para o ser humano, trazendo a pessoa humana para o centro e a propriedade para um segundo plano, passando a ser meio e não mais um fim em si mesma”¹¹¹.

Mas não é só no direito civil que vemos uma tendência à despatrimonialização. É inegável e irrefreável o movimento de constitucionalização que o direito processual vem sofrendo, recebendo influxos que impõe uma releitura dos institutos à luz do feixe axiológico trazido pela Constituição Federal. Nota-se uma verdadeira filtragem constitucional na medida em que, a interpretação das normas processuais civis deve privilegiar, sempre, a dignidade da pessoa humana, como previsto no art. 1º, III, da Carta Constitucional, tendo, pois, como centro o ser humano e suas necessidades existenciais. Exemplo desse influxo dos valores sociais trazidos pela Constituição Federal no direito processual se encontra na exigência da compulsória observância dos valores e das normas fundamentais estabelecidas no texto constitucional para a ordenação, disciplina e interpretação das regras processuais (art. 1º do CPC).

Da maneira como trata-se a relação indivíduo-propriedade é de fácil percepção que, apesar dos avanços no sentido de se prestigiar valores humanitários, ainda somos

¹¹⁰ Não confundir regulação com regulamentação. Vários países têm adotado uma regulamentação das moedas virtuais, sobretudo, para fins fiscais e arrecadatórios, mas isso não significa dizer que haja, necessariamente, uma regulação dos países soberanos sobre o controle da quantidade, qualidade, distribuição e alienação dessas novas formas de câmbio.

¹¹¹ Atuação notarial em uma economia de mercado: a tutela do hipossuficiente. In: *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 25, n. 52, jan./jun. 2002, p. 174.

reféns da noção de propriedade. Se a fundamentação da impenhorabilidade está em se reservar um mínimo de patrimônio para garantir uma vida digna a qualquer pessoa, então, mais uma vez, estamos condicionando *propriedade* à *dignidade*, de modo umbilical, como se uma não pudesse existir sem a outra.

Então, com a franqueza das palavras, ou passamos a entender que propriedade representa condição necessária para a liberdade e a dignidade humana ou abandonamos de vez essa premissa e procuramos dar efetividade ao que realmente merece atenção: o indivíduo como ser detentor de direitos fundamentais. E quando se fala em indivíduo, tomemos a generalidade, a totalidade da consagração humana, englobando não somente aquele que recebe a incidência dos meios executivos por meio da atuação do Estado-juiz, mas também aquele que figura como detentor do direito de crédito e à propriedade e, portanto, de dignidade.

A dignidade humana deve ser vista, a partir de tal ótica, sob a perspectiva de todos os atores envolvidos no litígio judicial, de modo que urge repensar as atuais regras da impenhorabilidade processual. Não se pode mais aceitar, por exemplo, que um devedor que possua um único imóvel luxuoso se locuplete às custas do credor que, em muitas vezes, ostenta situação econômica muito inferior. Também carece de sentido permitir-se a penhora de remuneração de caráter alimentar tão somente acima do teto de cinquenta salários mínimos – conforme disposto atualmente no § 2º do art. 833 do CPC -, de forma que se põe em xeque a garantia da dignidade humana do credor-exequente.

A ideia de que a fruição de uma vida digna é ligada *necessariamente* à propriedade é vetusta, ultrapassada e não se alinha às novas realidades sociais e econômicas de uma sociedade altamente líquida, cambiável e adaptativa. É necessário que nos façamos as seguintes perguntas: será que ainda podemos considerar a propriedade como sinônimo de garantia de uma vida digna? Melhor, a *contrario sensu*, será que não podemos usufruir de uma vida digna sem ser titular de propriedade alguma? A resposta para ambas as perguntas só pode ser no sentido de sua negatividade.

Negócios jurídicos impensáveis há alguns anos hoje são realidade. Se o legislador do Código de Processo Civil de 1973 ou da Lei 8.009/90 não foi capaz de enxergá-los à época, devido às limitações naturais de seu contexto histórico, não se pode reprisar

ao legislador do vigente Código de Processo Civil o mesmo alibi. Este, contemporâneo das mudanças vividas na sociedade, não poderia se esquivar às novas realidades e às novas relações jurídicas que se impuseram com o advento de uma sociedade massificada, fortemente marcada pelo acesso descomplicado e instantâneo a bens, serviços e informações e altamente globalizada.

É de se questionar, por exemplo, se a garantia de um imóvel próprio utilizado como residência familiar é imprescindível para reservar o mínimo de dignidade de um indivíduo ou de sua família. Não poderia o mesmo quitar suas dívidas, eliminando muitas vezes os altos juros que incidem sobre as mesmas, se desfazendo desse bem para morar de aluguel? Há, realmente, que se garantir o fetiche brasileiro da casa própria? Ainda, atualmente, por intermédio de aplicativos móveis, tal como o *Airbnb*, não poderia o devedor compartilhar de uma residência com outras pessoas ou, ainda, alugar um imóvel por preços, prazos e condições cada vez mais acessíveis?

Um computador útil ao exercício de uma profissão não poderia ser penhorado se houver o devedor um celular de última geração ou um *tablet* que possibilite desempenhar a mesma função, e vice-versa? Um automóvel utilizado para fins laborais não poderia ser expropriado para saldar uma dívida e o devedor, com o saldo remanescente, adquirir outro de valor inferior ou, ainda, compartilhar com outrem de um mesmo veículo para a função, tal como acontece com frequência com motoristas de taxis e aplicativos móveis, como *uber*, *easy taxi*, entre outros?

Exemplo claro da mudança das interações do indivíduo com a propriedade é encontrada nos variados meios de compartilhamento de um bem. A sociedade está criando, cada vez mais, formas de repartição conjunta de um bem sem que, para isso, se abdique do *direito fundamental à propriedade*. Um indivíduo específico pode fruir e gozar da coisa abdicando do seu uso quando melhor lhe convier sem que se sinta “proprietário” (na linguagem informal) da mesma.

Afinal, o que se mostra mais relevante para a garantia de uma vida digna: a possibilidade de se consumir (fruir e gozar) um bem ou de ser proprietário do mesmo? Quiçá daqui a algum tempo não sejamos mais proprietários de tantos bens como atualmente e, sim, percebamos os benefícios de sermos uma espécie de

“usufrutuários temporários” (compartilhado) dos mesmos¹¹², sem que isso represente um decréscimo na qualidade e dignidade da vida.

De todo modo, parece que a noção de efemeridade da vida, conjugada – obviamente e principalmente - com questões econômicas e sociais, leva a crer que, em muitos casos, seja mais interessante a possibilidade de se consumir um bem do que deter o direito de propriedade do mesmo. Tal posição é reforçada, especialmente, pelo fato de que a propriedade gera custos (tributários, de manutenção, prevenção, entre outros), riscos inerentes (perda, desvalorização, diminuição) e, em última análise, engessa a possibilidade de um indivíduo de usufruir de uma maior gama de bens, visto que, em sua maioria, capitaliza bem fungível (dinheiro) em patrimônio infungível (automóveis, imóveis, móveis, vestuários).

É sob tais premissas que a impenhorabilidade de bens deve ser (re)vista, de modo que, à luz do caso concreto, se possa perceber que é possível que bens considerados legalmente impenhoráveis sejam objeto de expropriação judicial quando se constatar que essa expropriação não despojará o devedor de uma vida digna, ao passo que se garantirá ao credor o direito fundamental à tutela justa, efetiva e tempestiva com repercussão, inclusive, sob sua dignidade. A forma como o CPC e a lei 8.009/90 tratam da matéria apenas realça a visão de que carece de sentido manter um rol tão inflexível e extenso de bens sob a proteção quase irrestrita da impenhorabilidade. Afinal, não é a realidade que tem que se amoldar ao direito, e sim o direito que deve se amoldar à realidade social, econômica e política a sua volta.

2.2. Impenhorabilidade e colisão de direitos fundamentais

2.2.1. Tutela do direito de propriedade e tutela da dignidade humana

¹¹² Veja-se, por exemplo, a seguinte reportagem noticiada em sítio eletrônico amplamente reconhecido por noticiar informações sobre tecnologia: “*Porsche lança serviço de carros por assinatura que custa US\$ 2 mil mensais*”, ao mesmo tempo em que afirma “*será possível trocar de carro em uma cadência ‘frequente’, que a Porsche não revelou*”. Disponível em: < <https://tecnoblog.net/225776/porsche-carros-assinatura/>>. Acesso em 22 de junho de 2019. A pessoa, sem se tornar proprietária do automóvel, tem a possibilidade de utilizá-lo, exercendo os poderes iminentes da propriedade, tais com o gozo e a fruição.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do nosso Estado democrático de Direito. Com isso quis dizer que esse princípio existe exclusivamente para o ser humano, como sujeito de razão digna e supremamente posto acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado, de modo que funcione para assegurar as condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que lhe permitam atingir os seus fins¹¹³.

A dignidade da pessoa humana é considerada, nas modernas sociedades, critério aferidor da legitimidade substancial de determinada ordem jurídico-constitucional, pois é o princípio regente dos próprios fundamentos e objetivos do poder estatal. Logo, atua como superprincípio constitucional pelo qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito¹¹⁴.

Por ser princípio fundamental da república e critério de legitimidade da ordem constitucional, opera como referencial teórico também para os direitos e garantias fundamentais. Todavia, com eles não se confunde. Como bem aponta o professor Ingo W. Sarlet, não é completamente correto entender “que a dignidade da pessoa humana seja o fundamento de todos os direitos (humanos e/ou fundamentais) e muito menos que todo o direito fundamental possa ser reconduzido à noção de dignidade humana e, além disso, tenha um conteúdo em dignidade”¹¹⁵.

Enquanto os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados já eram previstos desde a segunda metade do século XVIII¹¹⁶ (em 12 de junho de 1776 o *bill*

¹¹³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, 2001, p. 55.

¹¹⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, 2001, p. 55.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 98. Eis um resumo das ideias do autor: “À vista do exposto e à guisa de conclusão parcial é possível afirmar que a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais não pode ser compreendida de modo fechado, estático, devendo, pelo contrário, ser devidamente contextualizada, tendo em conta especialmente as peculiaridades do direito constitucional positivo. Assim, se é sustentável a tese de que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundamental e geral ilumina (sic) a ordem jurídica e especialmente o sistema dos direitos fundamentais, não é líquido que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direito e um conteúdo em dignidade (...)” (*Dignidade [da pessoa] humana...p. 102*).

¹¹⁶ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (*Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21-23) consideram que para poder se falar em direitos fundamentais há que haver a reunião de três elementos: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos. Esses três elementos só vieram a ocorrer, concomitantemente, na segunda metade do século XVIII.

of rights nas, então, 13 colônias na América do Norte; e, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789), a dignidade da pessoa humana só teve previsão expressa nos textos constitucionais a partir da primeira metade do século XX e somente passou a ser desenvolvida ao cabo da 2ª Grande Guerra. Não quer dizer isso que não haja correlação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, mas que estes possuem mais ou menos (ou sequer nenhum¹¹⁷) fundamento na dignidade da pessoa humana, a depender do caso.

Conforme amplamente debatido, direito de propriedade e dignidade da pessoa humana historicamente foram vistos *pari passu*, de forma que o primeiro se constituía em dimensão inerente à dignidade da pessoa. Entretanto, tal visão parte de uma herança liberal em que os valores de segurança jurídica, propriedade, liberdade e dignidade eram vistos como imanentes uns aos outros, de forma que a carência de qualquer deles representaria a derrocada paulatina dos demais.

Já se teve a oportunidade de expor que o direito *de* propriedade não se afigura um direito fundamental (vide tópico 2.1.3), sendo esta característica imanente ao direito à (aquisição da) propriedade, entretanto. Logo, não há se confundir direito *de* e à propriedade com dignidade da pessoa humana. O primeiro pode ou não ter por fundamento à dignidade da pessoa humana, enquanto o segundo sempre terá forte arrimo naquela. Também não se deve confundir a noção de *propriedade* com a de *moradia* (esta, sim, absolutamente fundamentada na dignidade humana), tampouco aquela com a ideia de um mínimo existencial para a manutenção de uma vida digna.

Levando tal pensamento para o âmbito das impenhorabilidades legais, tem-se que: 1) nem todas as hipóteses de impenhorabilidade retiram fundamento direto do princípio da dignidade da pessoa humana; 2) despojar o executado do direito de propriedade de alguns dos bens elencados no art. 833 do CPC ou, ainda, da residência considerada bem de família não significa, necessariamente, deixa-lo à mingua ou à mazela da dignidade humana. Explica-se.

¹¹⁷ Entendendo que nem todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo o seu conteúdo variável: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 97-103. Conforme indica o sobredito autor, na doutrina estrangeira corrobora da mesma ideia: ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.

À guisa de exemplos, imagine o caso de um funcionário rural que reside em uma casa construída no interior de uma fazenda, tornando-se aquela parte integrante do imóvel rural. O funcionário atua ali como mero detentor ou, quando mais, possuidor da casa e dos bens encontrados nela. Pensemos, ainda, em um morador/inquilino de um desses muitos *aparts* hotéis ou de residências alugadas do tipo *airbnb*, nas quais já se encontram todos os móveis e utilidades domésticas incorporados na residência e incluídos no valor pago pelo residente. Nesses casos é possível que o indivíduo não tenha casa própria, tampouco móveis, pertences ou utilidades domésticas que guarneçam a residência, quiçá tenha a propriedade de materiais necessários ao seu trabalho (caso de um funcionário de empresa). É assente, contudo, que em nenhum desses casos o indivíduo terá violado o seu direito à dignidade humana, apesar de não deter o direito de propriedade daqueles bens considerados impenhoráveis pela lei e, portanto, supostamente ligados à garantia de uma vida minimamente digna.

Se tais exemplos podem soar difíceis de identificação como aplicação prática - visto que se o bem não pertence ao devedor não será, conseqüentemente, objeto de penhora - são, por outro lado, demonstração clara de que direito de propriedade e dignidade humana não andam necessariamente juntos, tampouco que todos os bens considerados legalmente impenhoráveis serão sempre, no caso concreto, garantidores da dignidade da pessoa humana. Isso porque *a dignidade humana está mais próxima do direito à propriedade, à titularidade e à posse do que, efetivamente, do direito de propriedade.*

É necessário não se perder de vista que o processo de execução por quantia certa visa expropriar bens do devedor para a satisfação do credor e se fundamenta, nesse sentido, no princípio do *favor creditoris* (art. 797 do CPC), ou seja, na ideia de que a execução é feita para proteger direitos do credor. Aliás, frise-se que o credor também é detentor do direito fundamental à propriedade e deve ter garantido seu direito de propriedade mediante processo executivo. Assim, como afirma Márcio M. Maidame, “é no processo de execução que o direito fundamental de propriedade [sic] do credor é garantido em face de investidas pelo devedor, quando do descumprimento da obrigação”¹¹⁸.

¹¹⁸ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 93. A respeito da garantia do direito de propriedade do credor, destaca o autor que “como se quer demonstrar

Mas, por certo, não se quer dizer com isso que o indivíduo, na posição passiva de executado em um processo judicial, poderá ser despojado de toda e qualquer propriedade, tampouco que a expropriação dos bens considerados legalmente impenhoráveis não representará violação direta à sua dignidade humana e à manutenção de uma vida digna. Conforme sintetiza Adriano Ferriani, “a vida com dignidade exige, sem dúvida, condições materiais mínimas; afinal, tudo tem seu custo. Para morar é necessário ter recursos ou, ao menos, a própria moradia. O mesmo vale para a alimentação, para a saúde, para a educação, para o lazer etc”¹¹⁹. É de se notar, inclusive, que na grande parte dos casos, tais bens são, se não imprescindíveis, necessários para que o devedor goze de uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável¹²⁰, e não apenas de um mínimo vital para a existência humana.

2.2.2. Tutela do crédito e tutela da dignidade humana

Nesse ponto do estudo já se afigura possível estabelecer a premissa de que o objetivo da execução civil para pagamento de quantia certa é a tutela do crédito, e não da propriedade. A tutela efetiva do crédito em juízo, por sua vez, só pode ser alcançada se houver um sistema processual capaz de dar atuação concreta aos direitos subjetivos não satisfeitos espontaneamente. A doutrina costuma se referir, nesse diapasão, a uma *garantia constitucional à tutela jurisdicional executiva*¹²¹, a um *direito*

com a inadequação de algumas regras de impenhorabilidade, são absoluta e flagrantemente inconstitucionais normas que restrinjam além do necessário o direito de propriedade do credor, quando com menor intensidade restritiva poderia se garantir o núcleo da dignidade humana do devedor” (*Impenhorabilidade e direitos...*, p. 92).

¹¹⁹ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 145.

¹²⁰ Conceito trazido por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 137.

¹²¹ COUTURE, Eduardo Juan. Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil*. T. I. Buenos Aires: Ediar, 1948, *passim*.

*fundamental do credor à tutela executiva*¹²² ou, ainda, a um *direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva*¹²³.

É comum encontrar referências à tutela do crédito, como derivante dos direitos fundamentais ao processo justo (*giusto processo, fair trial*) e à execução forçada, até mesmo no direito estrangeiro. Robert Alexy, ao citar a evolução do pensamento sobre direitos fundamentais pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ensina que “o direito à proteção jurídica, inicialmente ligado apenas ao direito fundamental de propriedade (...) foi estendido cada vez mais a outros direitos fundamentais e (...) para um direito à proteção dos direitos fundamentais por meio de procedimentos”¹²⁴. Da mesma forma, Giuseppe Tarzia insere a tutela executiva no conteúdo de duas das principais leis fundamentais do direito europeu: 1) a Constituição da República Italiana, em seus arts. 24 (“acesso à justiça”) e 111 (“justo processo regulado pela lei”) e; 2) no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹²⁵.

Se é certo dizer que não é todo e qualquer direito de crédito que goza de *status* de direito fundamental, também é certo dizer, por outro lado, que é dever do Estado prestar uma tutela processual adequada, efetiva e tempestiva a qualquer espécie de direito, como corolário lógico da garantia do direito fundamental de acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional, preconizados no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

No plano terminológico, a referência ao devido processo legal e ao acesso à justiça como direitos fundamentais, dotados de conteúdo complexo, é suficiente para referir-se a cada uma das exigências que dele defluem como sendo também dotantes do

¹²² Reconhecendo a existência de um direito fundamental à tutela executiva: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82-110. Na mesma linha, falando em *direito fundamental do credor à execução forçada*: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 123-127.

¹²³ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 474-475.

¹²⁵ Hermes Zaneti Jr. (*Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53), citando o caso *Hornsby v. Grécia*, lembra que a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que o art. 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos determina o dever de proteção ao crédito mediante a execução das decisões judiciais e para títulos executivos extrajudiciais e *exequatur* de decisões estrangeiras em matéria civil.

regime de direitos fundamentais. A vantagem em se identificar essas exigências como submetidas ao regime dos direitos fundamentais é o fato de lhes atribuir força positiva e aplicabilidade imediata¹²⁶.

A princípio, a proteção tão só dos direitos de crédito não goza de *status* de direito fundamental. Contudo, tal afirmação não equivale a dizer que, em momento algum, tais direitos não gozarão de maior hierarquia fundamental. Basta observar que, em certos casos, também os créditos devem ser considerados como derivados do direito fundamental à execução justa, tempestiva e efetiva (direito à execução forçada), a exemplo do que ocorre com o crédito de natureza alimentar, que exprime na facticidade o próprio princípio da dignidade humana, na medida em que o seu recebimento, uso e gozo permite a manutenção digna do indivíduo.

Nesse sentido, a Corte Especial do STJ, no recente julgamento do EREsp 1582475/MG de relatoria do ministro Benedito Gonçalves¹²⁷, em ação de execução de título extrajudicial de crédito não alimentar em caso em que o executado auferia renda mensal no valor de R\$33.153,04, decidiu que a impenhorabilidade poderia ser relativizada para autorizar o bloqueio de 30% do salário do executado, observadas as peculiaridades do caso concreto e desde que se preserve o suficiente para garantir a dignidade e a subsistência do devedor e de sua família. Assentou-se que a interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição Federal, “que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental (...). Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais”.

¹²⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-100.

¹²⁷ STJ, EREsp 1582475/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, j. 03.10.2018. Em sentido contrário, em julgado muito recente, a 4ª Turma do STJ esposou entendimento de que a regra geral de impenhorabilidade dos salários e vencimentos só poderia ser excepcionada na estrita hipótese do §2º do art. 833 do CPC, de modo que restou fixado no voto do relator Min. Luis Felipe Salomão que “não se pode conferir interpretação tão ampla ao dispositivo do julgado da Corte Especial a ponto de afastar qualquer diferença, para fins de exceção à impenhorabilidade, entre as verbas de natureza alimentar e aquelas verbas que não possuem tal caráter [...] Caso se leve em conta apenas o critério da preservação de percentual de verba remuneratória capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família, estar-se-á, em verdade, deixando de lado o regramento expresso do Código de Processo Civil e sua *ratio legis*, que estabelecem evidente diferença entre as verbas, sem que tenha havido para tanto a revogação do dispositivo de lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade” (STJ, REsp 1407062/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 26.02.2019).

Aliás, essa mesma Corte de Justiça já esposou entendimento de que o direito à satisfação executiva (i.e., o direito que o credor tem de efetivamente receber o seu crédito) seria, juntamente com o direito ao mínimo existencial, uma outra vertente do princípio da dignidade da pessoa humana, que deveria imprescindivelmente ser ponderado na interpretação da regra da impenhorabilidade¹²⁸.

Ao criticar os vetos presidenciais ao que seria o §3º do art. 649 e o parágrafo único do art. 650, ambos do CPC-73 (PL n. 4.497/05, que deu origem à Lei n. 11.382/2006), Sérgio Cruz Arenhart defende que, ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou sobre bens de vulto, o Executivo “inviabilizou a proteção adequada da garantia fundamental do acesso à Justiça. Não havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens inviabiliza a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia de acesso à Justiça”.¹²⁹

Tal posição encontra discordância na doutrina de José Maria Rosa Tesheiner. Para este autor o direito de crédito não teria *status* constitucional, não cabendo invocar, portanto, a teoria dos direitos fundamentais. Dessa forma assevera que “a invocação dos direitos fundamentais acaba por se transformar numa palavra mágica (abracadabra!), que abre as portas para qualquer conclusão”, ao arremate de que o “direito contratual de crédito em dinheiro (talvez de uma gigantesca instituição financeira) não é direito fundamental”¹³⁰, visto que não levaria a restrições jurídicas ao direito de acesso à justiça, mas que a tutela dos direitos teria, sim, limitações decorrentes da legislação material e processual e dos princípios constitucionais¹³¹.

¹²⁸ STJ, REsp 1673067/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 12.09.2017. Ressalte-se que nesse julgado, apesar de reconhecer o direito de crédito do exequente como vertente da dignidade humana, o tribunal, diante da ausência de elementos concretos que permitissem aferir a excepcional capacidade do devedor de suportar a penhora de parte de sua remuneração, manteve a regra geral de impenhorabilidade.

¹²⁹ A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. In: Araken de Assis; et al (Coord.). *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 528.

¹³⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. Penhora e veto insubsistente – Crítica a um posicionamento de Sérgio Arenhart. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, nº 763, 2008. Disponível em: <<http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/65-artigos-mai-2008/6024-penhora-e-veto-insubsistente--critica-a-um-posicionamento-de-sergio-arenhart>> Acesso em 01 de abril de 2019.

¹³¹ TESHEINER, José Maria Rosa. Penhora e veto insubsistente – Crítica a um posicionamento de Sérgio Arenhart. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, nº 763, 2008. Disponível em: <<http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/65-artigos-mai-2008/6024-penhora-e-veto-insubsistente--critica-a-um-posicionamento-de-sergio-arenhart>> Acesso em 01 de abril de 2019.

Tal posição se afeiçoa mais acertada. Se a tutela processual do crédito, prevista no direito infraconstitucional, é inadequada a atender às necessidades do direito material reconhecido em título executivo, não se duvida de uma clara ofensa à garantia da inafastabilidade da prestação jurisdicional e aos direitos fundamentais de acesso à justiça e devido processo legal, previstos, respectivamente, no art. 5º, inc. XXXV e LIV, da Constituição Federal. Contudo, isso não equivale a dizer que todo e qualquer direito de crédito reconhecido *sub-júdice* retira seu fundamento direto do princípio da dignidade humana, tampouco que gozará sempre, no caso concreto, de um status maior de fundamentalidade.

2.2.3. Patrimônio mínimo, mínimo existencial e dignidade humana

2.2.3.1. Entre regras e princípios: a conceituação, a aplicabilidade e a resolução dos conflitos entre normas nas teorias de Robert Alexy e Humberto Ávila.

Para a continuidade do estudo sobre o princípio da dignidade humana e das regras de impenhorabilidades é preciso, antes, definir o que é *princípio* e o que é *regra*, sob pena de navegarmos num vazio conceitual em que cada jogo de palavras poderá levar a qualquer conclusão que se deseja, bastando, para tanto, ressuscitar a carga valorativa da dignidade humana em sua fundamentação. Mas antes, definir-se-á o que é *norma*.

Para tanto cabe realizarmos uma breve diferenciação entre os conceitos de *dispositivo*, *enunciado normativo* e *norma*. *Dispositivo* é o fragmento de uma legislação, parcela de um documento normativo (*caput* de um artigo, incisos, parágrafos, etc). *Enunciado normativo* ou *prescritivo* corresponde a uma proposição jurídica no papel, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos¹³². *Norma* é o produto da atividade interpretativa resultante da incidência do enunciado sobre os fatos da causa¹³³ ou, de forma pormenorizada, é a significação colhida a

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217.

partir dos enunciados prescritivos (texto de lei), em que se molda a estrutura de um juízo implicacional, formada por um antecedente (hipótese) interligado a um conseqüente (tese), segundo uma estrutura hipotético-condicional¹³⁴.

Não se mostra adequado proceder com o estudo mais aprofundando sobre a distinção qualitativa existente entre princípios e regras. A concepção adotada aqui é em parte a mesma que se tornou dominante na teoria do Direito, baseada no trabalho realizado pelo filósofo do Direito alemão Robert Alexy e aprofundada, aqui no Brasil, por Humberto Ávila. Sem essa distinção não haveria teoria adequada sobre as restrições e as colisões entre as normas de direitos fundamentais – tanto princípios, quanto regras.

Na teoria do Direito, princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica¹³⁵. De acordo com Alexy, *princípios* “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*”¹³⁶ (grifo nosso), caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados. *Regra*, por sua vez, é norma que, uma vez válida, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, sendo sempre “ou satisfeitas ou não satisfeitas [...] contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹³⁷, não havendo hipótese de ser cumprida parcialmente. Logo, a distinção entre regras e princípios seria qualitativa, e não de grau.

Ainda, para o autor alemão, uma característica importante dos princípios é o seu distinto caráter *prima facie*. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Princípios representam razões que podem ser afastadas por motivos antagônicos, enquanto as regras exigem

¹³⁴ Nesse sentido: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, cap. 4, *passim*; CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamento jurídico da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, cap. 1, *passim*.

¹³⁵ Robert Alexy descreve, a respeito, que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (*Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87).

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91.

que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam. Essa determinação, entretanto, pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas.

Alexy aperfeiçoa o modelo utilizado por Dworkin, quando este afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma “tudo-ou-nada”, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção. Sem negar o modelo de Dworkin, mas apenas o considerando “simples”, Alexy acrescenta às regras a necessidade de um modelo diferenciado, o qual decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção quando da decisão de um caso, podendo esta, inclusive, decorrer de um princípio¹³⁸. Neste caso, a regra perderia seu caráter definitivo apenas para a decisão do caso.

Por sua vez, *princípios* e *valores* não se confundem, apesar de estarem relacionados entre si na medida em que estabelecem fins como um estado de coisas que se quer promover. Para Alexy¹³⁹ os valores possuem caráter axiológico (juízos de valor) e estão permanentemente presentes no sistema normativo, tanto nos princípios, quanto nas regras. Os princípios ostentam, por sua vez, caráter deontológico (dever-ser) e, portanto, estabelecem a obrigatoriedade da adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas¹⁴⁰.

Segundo Alexy, os princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos. Dessa forma, no caso de colisão entre princípios a solução não se resolveria com a determinação imediata da prevalência de um sobre o outro, mas por meio do critério da ponderação entre os mesmos, por meio do qual seria permitido ao operador do direito, analisadas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer a prevalência de um deles.

Já os conflitos entre regras seriam solucionados por duas formas: ou se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se, pelo menos, uma das regras seja declarada inválida; sendo ambos os casos juízos sobre validade.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 104.

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 145 e ss.

¹⁴⁰ Ideia sustentada também em: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 104.

É dizer, se constatada a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não puder ser eliminada por meio da atuação de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida e extirpada do ordenamento¹⁴¹. Esse problema poderia ser solucionado por meio de critérios como o da *lex posterior derogat legi priori* e da *lex specialis derogat legi generali* ou, ainda, de acordo com a importância de cada regra em conflito.

Como anunciado, com os princípios a solução é encontrada de modo diferente. Ao colidirem, um dos princípios deverá ceder frente ao outro, em oposição à sua invalidação ou introdução de uma cláusula de exceção. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os mesmos, uma vez que certo princípio terá maior peso sobre o outro diante das circunstâncias do caso concreto¹⁴².

Por outro lado, tecendo críticas a teoria de Alexy (e também à Dworkin), Humberto Ávila resume a proposta de distinção entre princípios e regras por três critérios a serem adotados¹⁴³: a) pela *natureza da descrição normativa*: regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, efeitos jurídicos, entre outros), e são normas prescritivas de obrigações, permissões ou proibições mediante a descrição da conduta a ser seguida, enquanto os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido, portanto normas finalísticas; b) pela *natureza da justificação*: regras exigem um exercício de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados e fatos ocorridos, enquanto princípios exigem uma apreciação da correlação positiva entre os efeitos da conduta e o estado de coisas a ser promovido; e c) pela *natureza da contribuição para solução a solução do problema*: regras

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92-93. O autor cita como exemplo de solução de conflitos de regras por meio da introdução de cláusula de exceção o caso entre a regra da proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

¹⁴² Alexy fórmula uma equação matemática para solucionar os casos de colisões entre princípios fundamentais por sopesamento, a qual deverá ser aplicada por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Para estudo mais aprofundado, sugere-se a leitura da obra do autor: *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, em especial as páginas 95-103.

¹⁴³ As seguintes proposições correspondem aquelas retiradas do livro de Humberto Ávila: *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 107.

possuem pretensão de decidibilidade, visto que objetivam a solução provisória para um problema sabido e antecipável, ao passo que os princípios possuem pretensão de complementariedade, pois funcionam como razões a serem conjugadas com outras para a solução do problema, ou seja, tendem a fomentar a tomada de decisões pelo operador do direito.

Humberto Ávila desloca, portanto, o ponto central da distinção entre regras e princípios trazida por Alexy: o mote da distinção deixa de ser o conflito e a força normativa neles exteriorizadas e passa a ser a justificação e os elementos a serem considerados. Apoiar sua premissa básica na separação entre o dispositivo legal e a norma, conforme explanado no início desse tópico. Dessa forma, esclarece o sobredito autor que “os princípios deixam de ser caracterizados como normas carecedoras de ponderação e passam a ser qualificados como normas fundamentais e genéricas que demandam complementação por outras normas”¹⁴⁴, sendo a capacidade de afastamento elemento meramente contingente, não necessário dos princípios. A posituação dos princípios na Constituição Federal implica, conseqüentemente, nessa obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, exceto se for predeterminado o meio por regras de competência no ordenamento jurídico¹⁴⁵.

Portanto, para Ávila, a distinção entre princípios e regras baseada somente na estrutura seria equivocada, visto que é possível extrair do mesmo dispositivo (texto) tanto regras, quanto princípios. Ademais, a afirmativa de que as regras incidiriam no modelo do “tudo ou nada” não seria absoluta, visto que é possível deixar de aplicar, fundamentadamente, uma regra sem que a mesma seja considerada inválida e sem que haja outra a excepcionando. Vale dizer, é possível um conflito concreto de regras sem que haja exclusão de uma delas do sistema (invalidade), caso solucionável pela ponderação. Tal superação exige do operador do direito, entretanto, um ônus de argumentação mais elevado, capaz de superar as razões para aplicação da regra.

De outra ponta, o autor gaúcho critica a ideia de Alexy a respeito da distinção entre regras e princípios pela análise de como é feita a resolução dos casos de conflitos

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 158.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103.

normativos. Alexy resolve o problema da colisão entre princípios por meio da ponderação entre eles na análise do caso concreto, enquanto a antinomia entre regras seria solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção. Ávila, por sua vez, sustenta que a ponderação (*weighing and balancing*) não é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem dimensão de peso¹⁴⁶.

Dessa forma, as regras também podem ter seu conteúdo superado por razões contrárias, mediante o processo de ponderação de razões. Hipótese diretamente atinente às regras de impenhorabilidades é quando o conflito ocorre na relação entre a regra e suas exceções (impenhorabilidade como exceção à regra geral da responsabilidade patrimonial e penhora como exceção à regra de impenhorabilidade). Nesse caso, nada obstante suas condições terem sido satisfeitas a regra pode não ser aplicada no caso concreto, como na possibilidade da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, caso em que haverá justificação para o afastamento daquela regra (*overruling*)¹⁴⁷. Isso significa que o processo de valoração de argumentos e contra-argumentos e o modo de aplicação da regra dependem do sopesamento de circunstâncias e dos argumentos (ponderação). Também haveria casos em que as regras podem ser aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas, como na hipótese da aplicação analógica.

De mais a mais, cumpre salientar que, para o autor, a relação entre regras e princípios não é feita de forma única. Quando há colisão entre dois princípios que determinam a realização de fins diversos, deve-se escolher um deles para a solução do caso, mesmo havendo detrimento do outro. No caso de colisão entre princípios que estabeleçam os mesmos fins (como a garantia da dignidade humana do exequente e do executado) nada obsta que demandem meios diversos para atingi-los, devendo ser declarada a prioridade de um princípio sobre o outro, com a consequente não

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 74.

¹⁴⁷ O autor cita o exemplo fictício de uma regra de trânsito, de uma dada legislação municipal, que determina a velocidade máxima no perímetro urbano de 60 km/h. Logo, se o veículo ultrapassar a velocidade-limite e se a regra é válida, a penalidade deve ser imposta. Contudo, um taxista que comprove que, no momento da infração, estava acima da velocidade permitida porque conduzia um passageiro gravemente ferido ao hospital poderá afastada a aplicação dessa regra por razão de considerada superior à própria razão para cumprir a regra. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76).

aplicação de um deles no caso concreto¹⁴⁸. A mesma solução deverá ser adotada para o caso de conflitos entre regras com determinação de uma exceção, mantendo-se a validade das duas.

Para o presente estudo, comunga-se da posição adotada por Humberto Ávila quanto à solução adotada para os casos de conflitos entre princípios e entre regras. Tais pressupostos serão essenciais para a correta compreensão do escopo aqui trabalhado, sobretudo no que atine ao afastamento (superação ou *overruling*) das regras de impenhorabilidade, sob o prisma de que somente diante do caso concreto poderá ser verificado a presença e o atingimento dos fins propostos pela proteção à dignidade humana, pelo menor sacrifício possível, pela garantia de acesso ao judiciário (direito fundamental do credor à execução satisfativa e efetiva) e pelo devido processo legal.

2.2.3.2. A dignidade da pessoa humana: entre regras e princípios.

Nada obstante o título deste subtópico, o presente estudo não busca desenvolver os temas relacionados à dignidade da pessoa humana verticalmente, assunto complexo e rico, objeto de divergências e convergências de opiniões em diversas áreas de conhecimento que extrapolam o critério meramente jurídico, o que demandaria estudo monográfico próprio. A abordagem do tema, entretanto, mesmo que sumária e pontual, mostra significativa importância no presente estudo, em virtude, sobretudo, da utilização da dignidade humana (bem como dos direitos fundamentais) como fundamento para a indistinta proteção do devedor em detrimento do credor, no que tange à responsabilidade patrimonial e às regras de impenhorabilidade.

Já se teve a oportunidade de expor (vide tópico 2.1.1) que o princípio da dignidade humana existe exclusivamente para tutela do *ser humano*, como sujeito de razão digna e supremamente posto acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado, de modo que funcione para assegurar as condições políticas, sociais,

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 78.

econômicas e jurídicas que lhe permitam atingir os seus fins¹⁴⁹. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é considerada, nas modernas sociedades, critério aferidor da legitimidade substancial de determinada ordem jurídico-constitucional, pois é o princípio regente dos próprios fundamentos e objetivos do poder estatal.

Contudo, devido ao corte metodológico aqui proposto, esse estudo não se imiscuirá nos pormenores de como a história do constitucionalismo e da promoção da dignidade humana, como princípio norteador e fim do Estado Democrático de Direito, a levaram ao patamar de valor supremo da democracia. Basta-nos, para tanto, reconhecer que o princípio da dignidade humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo de modo que se fez valer em todos os ramos do direito, norteando sua criação, interpretação e aplicação.

Conceituar dignidade humana não é tarefa simples, devido a densidade do seu valor, a vagueza das palavras, a ambiguidade de sua interpretação e a porosidade do conceito jurídico. Princípio de frequente menção na doutrina e na jurisprudência, tem sido igualmente de parca ciência pelos que dele se valem, inclusive desempenhando papéis de forma diversa e imprecisa¹⁵⁰. Não tem havido um critério delimitado para a invocação da dignidade humana e seu conceito tem sido objeto de uma plêiade de decisões que a utilizam como fundamento remoto, distante do escopo constitucional desejável¹⁵¹.

Essa imprecisão conceitual da dignidade humana como princípio norteador tem concebido uma vasta e imprecisa aplicação, na casuística, de sua força normativa, de modo que esse princípio se tornou mero objeto de juízo de colmatação para variadas teses e fundamentações que, frequentemente, destoam da correta aplicação de seu

¹⁴⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, 2001, p. 55.

¹⁵⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, 2001, p. 50.

¹⁵¹ Nesse sentido: FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p.121. O referido autor critica o abuso do uso dos princípios e, referenciando Marcelo Neves, cita dois casos emblemáticos de uso indevido da dignidade: “um deles suscitado na ADI 4.638/DF, em 02/02/2012, para justificar a higidez de dispositivos da LOMAN que disciplinavam o julgamento secreto dos magistrados (Lei Complementar nº 35/1979, art. 27, §§ 2º e 6º, art. 45, art. 52, § 6º, arts. 54 e 55) em contrariedade a regras constitucionais acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (conforme art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal); o outro, mais estapafúrdio, valeu-se de fundamentação baseada na dignidade da pessoa humana, em ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual que autorizava a briga de galo (ADI 1.856/RJ, em 26/05/2011).

escopo finalístico e prospectivo¹⁵². Como bem pontuado por Ana Paula Barcellos, se a sociedade for incapaz de reconhecer a partir de que momento os indivíduos se encontram em uma situação indigna, vale dizer, “se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia”¹⁵³, sem significado correspondente.

Esse é o problema de se tratar a dignidade humana como axioma, ou seja, como conceito que não é passível de explicação ou discussão, derivado da impossibilidade de sua regressão. Veja-se que quando chegamos a um ponto em que não há como oferecer mais definições dos termos utilizados sem se utilizar daquilo que se define na própria definição (circularidade) há o que se entende por *conceitos fundamentais daquele ramo de conhecimento*. Esse não parece ser o caso da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Embora imbuída de certa carga valorativa de conteúdo moral, sobretudo destinada a combater as violações aos direitos humanos perpetradas durante a segunda guerra mundial e no período ditatorial, a expressão *dignidade humana* transpassa a ideia da condenação à prática da tortura, do racismo e de qualquer forma de exclusão do indivíduo, deslocando a pessoa humana de mera detentora de direitos (meio para se alcançar objetivos, como o econômico) para fim último da sociedade¹⁵⁴.

¹⁵² Referida problemática não é exclusiva dos tribunais brasileiros. Ronald Dworkin aponta que “a ideia de dignidade foi manchada pelo mau uso e pelo uso excessivo. A palavra aparece regularmente nas convenções de direitos humanos, nas constituições políticas e, de modo ainda mais indiscriminado, nos manifestos políticos. É usada de modo quase irrefletido, quer para proporcionar um pseudoargumento, quer simplesmente para acrescentar uma carga emocional ao discurso” (*A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 312.)

¹⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197.

¹⁵⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como: “a qualidade intrínseca e distintiva de 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o respeito aos demais seres que integram a vida” (*Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 70-71).

Diante desse contexto, há que reconhecer que o conjunto de direitos existenciais que compõem a dignidade pertence aos homens em igual proporção. Logo, dignidade da pessoa humana está relacionada também a ideia de (auto)respeitabilidade social, igualdade entre serem humanos, igualdade na consideração de interesses (solidariedade) e liberdade. Todavia, é sabido que a complexidade das relações sociais desafia constantemente o juízo, apresentando situações diante das quais o intérprete encontra pontos de hesitação.

De tal forma, é possível retirar outros desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana além daqueles meramente humanitários, tais como na extensão da sua aplicação às relações de natureza privada e à responsabilidade patrimonial. Nesse sentido, na linha defendida por Celso Ribeiro Bastos, “embora a dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico”¹⁵⁵. A própria CF/88 em seu art. 170 impõe à *ordem econômica* a finalidade de assegurar a todos uma existência *digna*, indicando que o constituinte atribuiu à dignidade uma função de fundamento da liberdade econômica.

Em relação a sua natureza jurídica, colhe-se na lição de Ingo W. Sarlet¹⁵⁶ que a dignidade humana (assim como os direitos fundamentais) pode assumir a feição de dupla estrutura: de princípio ou de regra. Nesse sentido, esclarece o sobredito autor que o dispositivo constitucional no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, da CF/88) contém normas que se enquadram na condição de princípios e regras (e valor) fundamentais, sendo, ademais, fundamento de posições jurídico-subjetivas, ou seja, normas definidoras de direitos, garantias e deveres fundamentais¹⁵⁷.

De toda sorte, o autor não considera relevante a discussão a respeito da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental, já que não se tratam de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes. Vale ressaltar, contudo, que,

¹⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 148.

¹⁵⁶ *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 85.

¹⁵⁷ *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 81.

na visão do professor gaúcho, ainda que os “direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que (...) do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos”, não há como reconhecer a existência de um direito fundamental à dignidade¹⁵⁸.

A dignidade da pessoa humana ostenta, portanto, a qualidade de valor superior (princípio fundamental) e de norma jurídica (princípio e regra)¹⁵⁹. Assim, funcionaria como princípio, por ser razão *prima facie*, na medida em que se impõe o seu respeito, a sua promoção, a sua proteção, e atuaria como regra quando no processo de ponderação na harmonização com outras regras e princípios¹⁶⁰.

Vale dizer, ainda, que malgrado se reconheça à dignidade humana a condição de princípio isto não lhe retira o reconhecimento do seu caráter jurídico-normativo e, portanto, do reconhecimento de sua plena eficácia na ordem constitucional, tampouco lhe atribui o caráter de absoluto¹⁶¹, podendo, pois, (o princípio) ser relativizado.

No que diz respeito às regras da impenhorabilidade legal de bens, a justificativa axiológica trazida para sua instituição/manutenção a correlaciona à proteção da dignidade humana do devedor sob o prisma da manutenção de um patrimônio mínimo que lhe permita uma vida razoável. Nesses casos o legislador considerou abstrata e

¹⁵⁸ *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 81.

¹⁵⁹ “Para ilustrar tal afirmação, bastaria lembrar que a regra que proíbe a tortura e todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF), constitui regra diretamente deduzida do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que inexistisse previsão de tal proibição no texto constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 258).

¹⁶⁰ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p.130.

¹⁶¹ Acentuado a possibilidade do reconhecimento da qualidade de *princípio e regra* à dignidade humana, ao mesmo tempo em que demonstra o caráter não absoluto desse princípio, Robert Alexy leciona que “é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência” (*Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 113).

preventivamente a proteção à dignidade humana do executado mais importante do que o direito do credor à satisfação do direito exequendo¹⁶².

Entretanto, como visto linhas acima, *tal critério está baseado mais na proteção da propriedade do que na garantia efetiva da dignidade humana dos atores processuais envolvidos*. Se o credor é também sujeito detentor e merecedor de proteção à sua dignidade como ser humano, a tutela do crédito e da dignidade humana deveria ser avaliada caso a caso, de acordo com as peculiaridades e interesses em jogo. É necessário mudarmos o foco da propriedade para o patrimônio e, adiante, do patrimônio para o ser humano sujeito de direitos.

Em suma, as ideias aqui trazidas sobre a dignidade da pessoa humana vêm demonstrar que a sua natureza, apesar de considerada valor superior e fundamento do nosso Estado democrático de Direito, mostra-se líquida e flexível, sobretudo quando vinculada a bens materiais, razão pela qual é ajustável conforme os fatores do caso concreto. Convém destacar, todavia, que o reconhecimento dessa flexibilidade e liquidez no âmbito da responsabilidade patrimonial deve ser feito com absoluto rigor nos juízos de ponderação e prudência, de forma apenas excepcionalíssima, sob pena de se abrir margem para discricionariedades e arbitrariedades por parte daqueles incumbidos do cargo de julgadores.

É dizer, o fato de a dignidade humana atuar como norma jurídica (regras e princípios) não implica na total “liberdade” do intérprete realizador da norma concreta, no sentido de um voluntarismo hermenêutico apto a gerar decisionismos arbitrários. Isso porque o enunciado semântico trazido pelo constituinte e pelo legislador ordinário opera como uma “moldura” para a norma e, portanto, como limite à discricionariedade do intérprete, já que, numa eventual hipótese excepcional de superação do texto legal colidente com a normativa constitucional, não admitir-se-á interpretação conflitante com o sentido literal mínimo da Constituição e dos textos legais¹⁶³.

¹⁶² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 118.

¹⁶³ Sugere-se para um estudo aprofundado do tema a obra de Lenio Luiz Streck: *Hermenêutica Jurídica e(m) crise - Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2004, p. 310 e ss.

2.2.3.3. O mínimo existencial

Na doutrina, a ideia de *mínimo existencial* geralmente está associada aos direitos fundamentais sociais e à dignidade humana. No Brasil há quem assinale que a questão relacionada ao mínimo existencial está intimamente ligada à ideia de pobreza¹⁶⁴, enquanto Robert Alexy¹⁶⁵ expõe as dificuldades em se determinar o que faz parte ou não de um mínimo existencial garantido por uma determinada Constituição, em virtude das vicissitudes históricas de cada momento.

A palavra *mínimo* é objeto de vagueza, não apresentando exata definição quanto a seus limites. Do mesmo modo, a expressão *mínimo existencial* apresenta certa dificuldade de compreensão e delimitação. Ricardo Lobo Torres afirma que o mínimo existencial carece de conteúdo específico e não é mensurável por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, entre outros), considerado em sua dimensão essencial e inalienável¹⁶⁶.

A expressão carrega um sentido ontológico muito maior do que a simples ideia de sobrevivência. A ideia de existência está ligada, sobretudo, ao conceito de dignidade humana. *Existir*, como afirma Adriano Ferriani, é mais do que permanecer vivo, é habitar, é poder trabalhar, ter saúde, poder conviver, ser feliz e, em certo sentido, poder fruir da vida, mesmo com total desprendimento de bens materiais¹⁶⁷. Também é preciso associar o mínimo existencial às condições do exercício da liberdade em

¹⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 177, jul./set. 1989, p. 29-30.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 427-428. Ainda, referindo-se a Constituição Alemã, Robert Alexy entende que um direito como o direito à garantia de um mínimo existencial não poderia ser classificado como direito fundamental (tal como faz Carl Schmitt a uma determinada concepção de Estado), ainda que pudesse ser fundamentado com base em normas do catálogo de direitos fundamentais, visto que não tem a estrutura de um direito de liberdade do Estado de Direito liberal (*Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 67).

¹⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 177, jul./set. 1989, p. 29.

¹⁶⁷ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 134-135.

seu mais amplo sentido, e não apenas naquele relacionado à ausência de constrição/coerção sobre o indivíduo.

Sobre o assunto, Sarlet e Figueiredo desenvolvem uma importante diferenciação entre o mínimo existencial e vital (ou mínimo de sobrevivência) ao esclarecerem que “[...] este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade”; assim, “não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente”¹⁶⁸.

O direito ao mínimo existencial está implícito no princípio da igualdade (proteção contra a pobreza absoluta), na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em diversos direitos fundamentais e sociais (os direitos à alimentação, saúde, educação, moradia e salário mínimo são exemplos)¹⁶⁹. Nesta linha de pensamento, afirma Ricardo Lobo Torres que o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, “é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento”¹⁷⁰. A violação desse direito, por ação ou omissão, é que justifica o controle jurisdicional.

Conquanto o mínimo existencial não possuir dicção constitucional própria é possível extrair da Constituição Federal uma ideia de dever do Estado em garantir (e não “em fornecer”) as prestações materiais indispensáveis a uma vida digna¹⁷¹. Gilmar Mendes propõe uma correlação entre o mínimo existencial - como direitos sociais - e a ideia

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.22.

¹⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 177, jul./set. 1989, p. 32.

¹⁷⁰ O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 177, jul./set. 1989, p. 46.

¹⁷¹ Nesta linha de pensamento, afirma Ricardo Lobo Torres (O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 177, jul./set. 1989, p. 46): “o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional”.

da *reserva do possível* como limite fático à concretização desses direitos. Assim, pontua que os defensores da atuação do Poder Judiciário “na concretização dos direitos sociais [...] argumentam que [...] ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial”¹⁷².

É também nesta senda que Virgílio Afonso da Silva anota que a ideia de um conteúdo essencial de um direito fundamental social remete automática e intuitivamente ao conceito de mínimo existencial, ou seja, aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção vaga de reserva do possível. Dessa forma, alerta que o conceito de mínimo existencial é usado com diversos sentidos, e pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais - ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável - ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial - isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social”¹⁷³.

A noção de mínimo existencial repousa fundamento, portanto, na dignidade da pessoa humana, nos direitos sociais e na configuração básica de um direito à igualdade. Ressalte-se, contudo, a observação tecida por Adriano Ferriani de que, apesar da afirmação de que o mínimo existencial estaria compreendido pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nem todo conteúdo essencial de direito fundamental é suficiente para caracterizar o mínimo existencial, a exemplo do direito fundamental à intimidade, o qual não guarda relação com aquele¹⁷⁴.

O mínimo existencial, portanto, deve ser compreendido em um espectro mais amplo, por meio de uma prestação positiva do Estado, dentro das possibilidades e dos limites

¹⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 643.

¹⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 304-305.

¹⁷⁴ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 141.

de sua implementação diante das condições fáticas e jurídicas disponíveis, e também como *status negativus*, ou seja, como a proteção do indivíduo em sua autodeterminação e liberdade sem qualquer constrangimento extraordinário do Estado¹⁷⁵.

No âmbito da responsabilidade patrimonial, parte-se da premissa de que o mínimo existencial pode ser objeto de ponderação no caso concreto (assunto abordado nos próximos tópicos), de forma que importe, ao mesmo tempo, como meio de proteção ao devedor modesto e como fundamento para que o credor necessitado possa pleitear a penhora de bens legalmente impenhoráveis. Não se pode olvidar, contudo, que se a garantia do mínimo existencial (como direitos sociais à alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde, educação e até socialidade) pela impenhorabilidade de bens do executado se dá em flagrante e desproporcional prejuízo do credor-exequente, é necessário readequá-lo a fim de torna-lo igual para todos, razão pela qual o Estado-juiz deverá proceder com a sua recomposição pela ponderação das regras de impenhorabilidade diante das circunstâncias do caso concreto.

Por fim, é de se questionar o fato de que mesmo no âmbito legislativo há certa contradição normativa. Quando a Constituição estabelece em seu art. 7º, *caput*, que é direito do trabalhador receber, ao menos, um salário mínimo “fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, imaginou o constituinte que tal direito social seria corolário de um mínimo existencial. Contudo, sabe-se que na realidade desse país o salário mínimo não é suficiente para preservar o mínimo para a subsistência, quiçá para a existência. Prova disso é que o Código de Processo Civil proíbe – exageradamente, ao nosso ver - a penhora sobre qualquer remuneração do executado que receba menos do que 50 salários mínimos. A incongruência é patente.

¹⁷⁵ Nesse sentido, afirma Ricardo Lobo Torres que “o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus* [...]” (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 177, jul./set. 1989, p. 35).

2.2.3.4. O patrimônio mínimo

A compreensão do patrimônio mínimo surge como corolário da dignidade humana, a partir da fixação de uma redoma sobre bens que, nada obstante servirem ao uso, gozo e disposição, não poderão ser expropriados forçadamente, visto que fundamentais aos imperativos de uma vida digna para o indivíduo no seio social. Avulta como percepção da pessoa em sua complexidade sobre a qual, para além de titular de direitos e destinatária de obrigações, não se pode dissociar uma assistência mínima, um patrimônio essencial.

Luiz Edson Fachin traz obra referencial¹⁷⁶ sobre o tema em que é apontada a tendência de *repersonalização do Direito Civil*, passando a pessoa a ser o centro do Direito privado, em detrimento do patrimônio (despatrimonialização do Direito Civil). Ensina o autor que essa repersonalização recolhe, com relevo, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, estando o arco evolutivo migrando da relação jurídica fundada na garantia do crédito para aquela que dá relevo à proteção da pessoa¹⁷⁷.

Essa percepção informativa de atualização paradigmática é encontrada nas precisas palavras de Eroulths Cortiano Jr.:

Numa sociedade em que a propriedade passa a ser o princípio organizativo do sistema, a transcendência - leia-se: a existência de um valor para além do valor de troca - das coisas é dificilmente percebida ou visualizada, e assim permite-se a negação do indivíduo enquanto pessoa. Recuperar a transcendência das coisas, reaver o que a titularidade das coisas tem de instrumento para a realização concreta da existência humana, significa ver a apropriação de bens por outros olhos. Estes olhos devem enxergar que as coisas de que o homem se apropria servem para realizar o homem, e não para serem realizadas no homem¹⁷⁸.

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 165.

¹⁷⁸ CORTIANO JR., Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. [orgs.]. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

Compreende-se nesta faina a mudança da percepção axiológica do *ter* para o *ser*¹⁷⁹. Propugna-se a superação do individualismo formalista das titularidades e da propriedade arraizado pelo liberalismo florescido no século XVIII. Exatamente por isso, não se reputa contestável entender que a propriedade e as titularidades possam sofrer legítimas restrições, sem que, desse modo, seja desmerecido os direitos subjetivos individuais. Exemplos são encontrados aos montes no texto constitucional¹⁸⁰ e na legislação ordinária¹⁸¹.

Como aponta Fachin¹⁸², trata-se de ressaltar que a titularidade das coisas não pode ser um fim em si mesmo, combatendo-se a ideia segundo a qual a liberdade para se assenhorar dos bens justifica toda a titularidade¹⁸³. Conferir guarida ao patrimônio

¹⁷⁹ Nesse tocante, conforme anteriormente referido, Leonardo Brandelli afirma que “esse fenômeno de despatrimonialização do direito privado muda o alvo da propriedade para o ser humano, trazendo a pessoa humana para o centro e a propriedade para um segundo plano, passando a ser meio e não mais um fim em si mesma” (Atuação notarial em uma economia de mercado: a tutela do hipossuficiente. *In: Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 25, n. 52, jan./jun. 2002, p. 174).

¹⁸⁰ Exemplos de limitações à titularidade e à propriedade dispostas no texto constitucional: função social da propriedade rural (art. 186), função social do imóvel urbano (art. 182, §2º), respeito ao meio ambiente equilibrado (art. 225)

¹⁸¹ No Código Civil: arts. 548, 928, parágrafo único, 1.228, §1º. No CPC, principalmente, arts. 833 e 834. Ver ainda, como exemplo: Lei do bem de família (Lei 8.009/90), Lei do inquilinato (Lei 8.245/91), estatuto da terra (Lei 4.504/64), limitações por desapropriação (Dec.-lei 3.365/41), Dec.-lei 10.251/77, entre outros. A respeito assevera Maria Helena Diniz: “Há limitação ao direito de propriedade com o escopo de coibir abusos e impedir que seja exercido, acarretando prejuízo ao bem-estar social. Com isso se possibilita o desempenho da função econômico-social da propriedade, preconizada constitucionalmente, criando condições para que ela seja economicamente útil e produtiva, atendendo ao desenvolvimento econômico e aos reclamos de justiça social. O direito de propriedade deve, ao ser exercido, conjugar os interesses do proprietário, da sociedade e do Estado, afastando o individualismo e o uso abusivo do domínio. Dever-se-á, então, preservar, observando-se normas especiais, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico e evitar quaisquer tipos de poluição [...]. A propriedade está impregnada de socialidade e limitada pelo interesse público” (*Código Civil anotado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 927-928).

¹⁸² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286. O autor, no entanto, refuta a ideia de que a adoção de um patrimônio mínimo implicaria, em qualquer hipótese, em restrição ao crédito.

¹⁸³ Em se tratando de execução civil por expropriação, matéria atinente ao ramo do direito processual, a propriedade deve ser vista sempre como meio de satisfação de um crédito, e não como um fim em si mesmo. Em interessante passagem de uma conferência proferida em 1970 e estampada na revista da Faculdade de Direito da USP, Antônio Chaves (Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade. Conferência: *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LXV, 1970, p 211-212) já alertava sobre os perigos de transformar a propriedade em um fim, deixando ao revés sua maior utilidade, que é justamente a de ser instrumento adequado ao serviço do homem, do seu desenvolvimento e da sua integração na sociedade. Dessa forma o referido catedrático, fazendo referência à obra de Arnold Wald, colaciona excerto em que destaca que “o individualismo exacerbado fez um pouco do homem o escravo da propriedade, considerada como fim e não como meio. A democratização da propriedade, que significa a sua proletarianização e sua humanização, pretende

que, minimamente, garante a sobrevivência de alguém é via de mão dupla. Se a tese encontra-se conectada à dignidade humana, a mesma deve valer para todas as partes envolvidas no processo, pois o credor também deve ser visto como destinatário do patrimônio mínimo. A mesma premissa deve ser adotada, ademais, para a tutela do direito de crédito.

Tal qual ocorre com o conceito de *mínimo existencial*, também não há no ordenamento jurídico previsão expressa a respeito do *patrimônio mínimo*. Longe de ser categoria estanque, a noção de mínimo e máximo se manifesta nos influxos fenomênicos e vacilantes que se amoldam dia a dia no mundo da vida. A dicção é novamente trazida por Fachin ao perceber que *mínimo* é conceito complexo e sua sustentação não quantifica e sim qualifica o objeto. Dessa forma, pelo que se ajusta as ideias trazidas pelo presente estudo, o mínimo não seria nem menos nem ínfimo, sendo conceito apto a construção do razoável e do justo ao vento do caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo¹⁸⁴.

Aqui, novamente, se faz necessário salientar que o patrimônio mínimo não pode ser analisado apenas à luz dos interesses do devedor, mas também daquele do credor, o qual igualmente é titular de direitos que, se não forem respeitados, podem ensejar atentado direito contra a sua dignidade¹⁸⁵.

Flávio Tartuce¹⁸⁶ traz como exemplo da presença da tese do patrimônio mínimo no direito material brasileiro o art. 548 do Código Civil, pelo qual é nula a doação de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (*nulidade da doação universal*). Nesse contexto, Fachin¹⁸⁷ destaca a referida proteção como sendo de natureza humanitária, e não exclusivamente patrimonial, como se assemelharia perfunctoriamente, posto que preocupada com a subsistência do doador.

inverter os dados do materialismo e fazer da propriedade um meio de liberação do homem e de sua completa realização” – preservou-se a redação original.

¹⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 271, 280-281.

¹⁸⁵ Assim, pois, a crítica que se tece à tese proposta por Edson Fachin em obra aqui referenciada. Aquele autor entende que entre a garantia creditícia e a dignidade pessoal, deve-se optar por esta, visto que propicia os meios indispensáveis à sobrevivência. Contudo, parte do ponto de vista do devedor-executado, relegando a mesma atenção ao credor-exequente, o que, para este estudo, mostra-se incongruente com o direito de tratamento igualitário.

¹⁸⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. São Paulo: Método, 2011, p. 145.

¹⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*.

Outras expressões da proteção ao patrimônio mínimo no Código Civil encontram-se: a) no art. 928, parágrafo único, ao tratar da indenização contra o incapaz¹⁸⁸, com a reserva do necessário para que este ou as pessoas que dele dependem possam viver dignamente; b) na incapacidade relativa do pródigo (art. 4º, inciso IV); c) na proibição de contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva (art. 426); d) nos alimentos indispensáveis à subsistência devidos em função do parentesco ou do término do casamento (art. 1694, § 2º).

Quanto ao bem de família voluntário, previsto nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil, apesar de sua origem remota estar atrelada à preservação da dignidade humana, não se é mais crível compartilhar o entendimento de que o mesmo se relaciona à subsistência humana a partir da preservação de um patrimônio indispensável. Isso porque, conforme será visto em capítulo específico sobre o tema, sua instituição se opera por meio de ato voluntário que prescinde de qualquer demonstrativo econômico (exceto que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido do instituidor) ou pessoal, do instituidor ou de seu beneficiário, acerca do objetivo que se propõe, razão pela qual, inevitavelmente, poderá ser objeto de proteção de patrimônio consideravelmente superior ao montante necessário à manutenção do padrão de vida e dignidade do executado.

Fora do espectro do Código Civil, há ainda os casos das proteções patrimoniais a bens especificamente considerados em virtude da função que exercem na vida do indivíduo. É o que ocorre, por exemplo, com as impenhorabilidades previstas no CPC (sobretudo, mas não exclusivamente, os arts. 833 e 834) e na Lei 8.009/90, que trata do bem de família e de seus acessórios.

Por outro lado, mister se faz apontar o equívoco semântico que carrega a expressão *patrimônio mínimo* quando comparada aos fins para o qual é comumente utilizada. Conforme percebido por Adriano Ferriani, no âmbito das impenhorabilidades legais não há absolutamente qualquer delimitação precisa do estabelecimento de um mínimo de bens a ser preservado no patrimônio de uma pessoa¹⁸⁹. Dessa forma, aponta o autor que um sujeito pode ter preservado pela impenhorabilidade “dois milhões de

¹⁸⁸ O tema será objeto de abordagem no tópico 2.2.5.1, infra.

¹⁸⁹ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 165.

reais de seu patrimônio porque concentrados em um imóvel utilizado para a residência, e, outra pessoa, em situação diferente, tendo apenas metade dos bens do primeiro indivíduo, ver a constrição incidir sobre boa parte de seus ativos”¹⁹⁰, pelo simples fato de serem mantidos em aplicação financeira. Assim, conclui, acertadamente, que a concessão de impenhorabilidade depende do bem e de sua natureza e não de um mínimo de patrimônio.

Perceba-se que se o sujeito detém R\$ 5 milhões depositados em sua conta corrente, valor que poderia ser utilizado, inclusive, para a aquisição de uma residência ou de maquinários necessários ao trabalho, toda a quantia excedente a 50 salários mínimos poderá ser penhorada. Agora, se o mesmo sujeito detém R\$ 5 milhões capitalizados em um bem de família ou em máquinas, ferramentas ou outros bens móveis necessários ou úteis à sua profissão, portanto, sem liquidez, não poderá tê-los como objeto de penhora. Eis mais um dos motivos porque se encontram tantas e tantas fraudes e ocultações patrimoniais que blindam e fulminam a execução no Brasil.

Da mesma forma, como explicar a proteção da dignidade humana, mediante a manutenção de um mínimo patrimonial, quando se está diante de um caso em que o devedor possua apenas o bem de família como patrimônio e o Estado, que deveria ser o garantidor dessa proteção, o executa por dívida relativa à cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel (art. 3º, IV, da Lei 8.009/90)? Qual é o patrimônio mínimo que será reservado para esse devedor, no caso? Haveria, na hipótese, alguma violação à dignidade do credor-Fazenda Pública?

Ainda, é de se notar que para o legislador ordinário, o salário mínimo (art. 7º, *caput*, da CF/88) é, ao menos, 50 vezes menor do que patrimônio mínimo abstratamente considerado (art. 833, §2º do CPC). Por sua vez, apesar da impenhorabilidade abstrata das verbas remuneratórias inferiores a 50 salários mínimos, a jurisprudência do STJ vem entendendo que a manutenção do salário em conta-corrente por lapso superior a 30 dias importa na admissibilidade da relativização da regra da impenhorabilidade, pois remuneração que se reveste do benefício "é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII),

¹⁹⁰ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 165-166.

perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte"¹⁹¹. Logo, para aquela Corte de Justiça, o limite do patrimônio mínimo deveria ser fixado, nesses casos, em função da proporção atinente ao tempo e ao uso praticado pelo executado e não por intermédio de critérios quantitativos *ex ante*.

Ao cabo, recorre-se, outra vez mais, a síntese proposta por Adriano Ferriani em relação a diferenciação entre *mínimo existencial* e *patrimônio mínimo*:

O mínimo existencial, na qualidade de direito fundamental implícito, tem facetas distintas: uma com estrutura de princípio, ou seja, que atua como mandado de otimização, a buscar a ampliação de seu alcance com vistas ao aumento do bem-estar social (maximização); outra como proteção, com o fim de não permitir a invasão de eventual credor na esfera patrimonial do executado, deixando-o à míngua, em verdadeira condição de miserabilidade. Nessa parte, o mínimo existencial aproxima-se do patrimônio mínimo, tal como vem sendo concebido. Porém, não se pode esquecer que os fundamentos da existência de um patrimônio mínimo, diferentemente, estão esparsos principalmente das normas infraconstitucionais, embora seu fundamento remoto também seja a dignidade da pessoa humana¹⁹².

Enfim, apesar de existir previsões de um mínimo precisamente definido em relação as impenhorabilidades, por exemplo, no caso dos recursos mantidos em caderneta de poupança e dos salários, o patrimônio mínimo não se molda, em regra, a parâmetros quantitativos, como se mostrou na falibilidade do chamado salário mínimo. De fato, um patrimônio mínimo exige um direito mais aberto à percepção social e às concretudes que somente o caso concreto poderá fornecer.

2.2.4. A Teoria dos Direitos Fundamentais

¹⁹¹ STJ, AgInt no REsp 1502605/DF, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 23.05.2017.

¹⁹² FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 167-168.

Até aqui a análise concentrou-se no conceito e na estrutura das normas de direito fundamental. Tal estudo mostra-se primordial para que se possa haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais - que passaremos a enfrentar - bem como uma doutrina satisfatória sobre as colisões e o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. A partir desse ponto analisar-se-á brevemente a teoria dos direitos fundamentais.

Não é objetivo do presente estudo caminhar sobre as nuances da teoria geral dos direitos fundamentais. Trata-se de matéria espinhosa, de cuidadosa análise e que é fonte de vasta e relevante pesquisa doutrinária, tanto no âmbito nacional quanto internacionalmente, motivo pela qual sugere-se, para aprofundamento, a leitura da bibliografia aqui referida. Logo, assuntos atinentes ao tema, como fundamentos históricos-filosóficos, gerações (dimensões), titularidade e fontes dos direitos fundamentais, não serão abordados, senão tangencialmente. O escopo aqui tratado é tão somente o da verificação dos limites dos direitos fundamentais e a solução para conflitos entre eles na perspectiva da responsabilidade patrimonial e das regras da impenhorabilidade.

Definir um conceito único sobre o que são os direitos fundamentais é tarefa hercúlea, talvez improfícua e improdutiva, visto que sua interpretação e sua estrutura normativa variam conforme as exigências específicas de cada momento histórico e não tendem à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material que alcance todos eles¹⁹³. Já adverte Norberto Bobbio¹⁹⁴ – referindo-se a ideia de direitos fundamentais como direitos humanos – que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga, sendo a maioria das definições tautológicas, como a de que “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, ou que dizem algo apenas sobre o estatuto desejado e não sobre o seu conteúdo, tais como “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Lembra o autor, ainda, nova dificuldade, pois os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete.

¹⁹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 139.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13.

A tentativa de discernir a nota de fundamentalidade em um direito ou de definir características básicas dos mesmos não são tarefas meramente acadêmicas, pois, como lembra Paulo G. Branco, tal atividade pode revelar-se importante para resolver problemas concretos, sendo importante para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição¹⁹⁵. Para o referido autor, o traço que define direitos como sendo fundamentais, em sentido material, está na sua descoberta a partir da perspectiva do valor da dignidade humana, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, embora reconheça que haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não tenham como fundamento precípua e imediato a dignidade humana – tais como os direitos fundamentais de pessoas coletivas (art. 5º, XXI, XXV e XXVIII da CF/88)¹⁹⁶.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins trazem definição sintética, mas objetiva, que expõe, ao mesmo tempo, quem são os sujeitos da relação de direitos fundamentais (pessoa x Estado), a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservação da liberdade individual) e a sua posição no sistema jurídico (supremacia constitucional ou fundamentalidade formal). Dessa forma, para os sobreditos autores, direitos fundamentais são “direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo com finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”¹⁹⁷.

Ingo W. Sarlet compreende os direitos fundamentais como aqueles “direitos (posições jurídicas) assegurados às pessoas individual e/ou coletivamente considerados por determinada ordem jurídica-constitucional e gravados por um determinado e especial regime jurídico de caráter reforçado pelo constituinte histórico”¹⁹⁸ e que, se ao menos a princípio podem ser deduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa

¹⁹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 139.

¹⁹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140.

¹⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46-47. Para esses autores o elemento formal é condição da fundamentalidade. Assim, todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, sendo o termo “direito fundamental” sinônimo do termo “direito que possui força jurídica constitucional”.

¹⁹⁸ *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 97-98.

humana, podem, eventualmente, não ter conteúdo em dignidade ou fundamento direito na dignidade da pessoa humana. Portanto, para o referido autor, ainda que a fundamentalidade em sentido material pudesse ser reconduzida à dignidade da pessoa humana, o mesmo não se daria com a fundamentalidade em sentido formal, sendo indispensável que lhe tenha sido outorgado, para tanto, um regime jurídico-constitucional reforçado, de modo que assegure aos direitos fundamentais uma normatividade (eficácia e proteção) qualificada no contexto da ordem constitucional¹⁹⁹. Tal nos parece a opção mais acertada.

Como visto, os direitos fundamentais não são sempre princípios, mas podem inferir princípios, o que é coisa completamente diferente. É dizer, os direitos fundamentais podem ser enunciados como princípios, ou como regras, ou como princípios e regras²⁰⁰, variando de acordo com cada norma específica enunciativa de direitos. Também, o enunciado de direitos fundamentais pode emanar sua fundamentação, com mais ou menos força, de princípios subjacentes ou inferidos, tais como acontece com frequência com a dignidade da pessoa humana.

Como não há direitos ilimitados e absolutos²⁰¹, também os direitos fundamentais encontram limites e podem sofrer intervenções e restrições em sua área de proteção. Assim, o próprio texto constitucional acaba impondo, em certos casos, um limite expresso ao exercício do direito individual assegurado (*v.g.*, art. 5º, XI e XVI, *in fine* da CF/88). Em outras hipóteses, cabe ao legislador infraconstitucional, por vezes, o encargo de dar concretização e atuação aos direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional, como no exemplo do direito de greve de servidores públicos que, pelo texto constitucional, “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (art. 37, VII, da CF/88).

Caso típico de simples reserva legal ou de simples restrição legal, exigindo-se apenas que eventual restrição seja prevista em lei, estão dispostos, por exemplo, no art. 5º, VI, VII, XV, XXIV, XVI, XVII, XVIII da CF/88. De outro lado, há também casos em que, apesar de a restrição a um direito fundamental não estar expressamente submetida à

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 98.

²⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo 38, nº 11.

²⁰¹ Faz-se ressalva a proibição à tortura e do tratamento desumano, os quais devem ser entendidos como invioláveis e *absolutos*.

reserva legal, a colisão entre eles poderá justificar a intervenção como decorrência lógica da própria necessidade de convivência prática das diversas posições constitucionais²⁰² e da reserva geral de ponderação ínsita a qualquer direito fundamental.

Entretanto, também essas limitações possuem limites, sendo vedado o exercício desse direito além do necessário (teoria dos *limites dos limites* ou *Schranken-Schranken*²⁰³). Essa função do legislador ordinário de concretizar os direitos por meio das reservas legais não deverá ser dada conforme seu entendimento e avaliação política, sob pena de, contrariamente, tornar inócuo outros direitos fundamentais que, por ventura, poderão ser restringidos.

Dessa forma, indicam Dimoulis e Martins²⁰⁴ que uma intervenção nos direitos fundamentais só será permitida (constitucionalmente justificada) em quatro casos: a) se o comportamento não se situar na área de proteção do respectivo direito; b) se representar a concretização de um limite constitucional derivado do chamado direito constitucional de colisão; c) se uma norma infraconstitucional restringe o direito fundamental de forma permitida pela Constituição mediante reserva legal; e d) se dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo e um princípio de interesse geral colidirem quando da aplicação de normas do direito infraconstitucional.

Pode-se agrupar as hipóteses “c)” (intervenção legislativa) e “d)” (intervenção jurisdicional) como aquelas diretamente correspondentes ao tema da limitação da responsabilidade patrimonial e, por conseguinte, das restrições ao direito fundamental à tutela executiva (execução forçada). Contudo, interessa ao presente estudo a hipótese que trata da intervenção jurisdicional, portanto, repressiva, quando da colisão entre normas que emanam direitos fundamentais distintos, tais como o direito fundamental do credor à tutela executiva efetiva e satisfativa e a garantia da preservação do patrimônio mínimo e da dignidade humana do devedor por meio das impenhorabilidades.

²⁰² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210-211.

²⁰³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 151.

²⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136-137.

A ideia abordada no presente estudo encontra ressonância na esteira do pensamento de Marcelo Lima Guerra, o qual entende ser legítima a restrição a direito fundamental somente se: a) realizada no exato limite do que indispensável à realização de outro direito fundamental; e b) se, no caso concreto, se estabeleça que esse outro direito fundamental tenha maior peso que o direito restringido²⁰⁵. São estes, em breve síntese, os fundamentos mediatos que autorizam a intervenção judicial na aplicação ou afastamento das regras de impenhorabilidades dispostas no CPC e na legislação extravagante, diante do caso concreto.

Fala-se, ademais, de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É certo que essa proteção não é citada expressamente na Constituição Federal brasileira, a qual traz, todavia, a vedação a qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV da CF/88). A doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a adotar três modelos básicos sobre a controvérsia em torno do núcleo essencial dos direitos fundamentais: a) os adeptos da chamada *teoria absoluta*; b) os defensores da chamada *teoria relativa* e; c) aqueles que afirmam inexistir tal conteúdo limitador da atividade legislativa.

Em apertado apanhado, a teoria absoluta entende que o núcleo essencial dos direitos fundamentais independe de qualquer situação concreta e não pode ser violado em hipótese alguma. Já de acordo com a teoria relativa, esse núcleo básico haveria de ser definido para cada caso analisado, podendo ser variável de acordo com o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo mediante processo de ponderação (proporcionalidade). E os terceiros, e últimos, entendem não haver um conteúdo essencial que sirva de limite à atividade legislativa.

Não se pretende, aqui, fazer juízo de valor sobre uma opção pela “melhor” teoria. Na verdade, parte-se da premissa de que, na dificuldade em se estabelecer um conteúdo essencial ou núcleo de um direito fundamental para o caso da interpretação das regras de impenhorabilidades, a aplicação da interpretação sistemática da Constituição e da interpretação teleológica da legislação infraconstitucional, juntamente com o postulado da proporcionalidade, é que deverão operar a forma de controle e aplicação dos direitos fundamentais e das respectivas regras de restrição à responsabilidade

²⁰⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

patrimonial. Somente a partir da análise de todas as circunstâncias do caso concreto é que se poderá definir se tal regra representa uma restrição fundamentalmente constitucional que garanta ao devedor, ao menos, a manutenção da dignidade humana. Se há algum núcleo a ser imprescindivelmente preservado nesses casos é aquele que garante ao credor e ao devedor a dignidade da pessoa humana. Assim uma restrição só será constitucionalmente aceita se passar pelo crivo da proporcionalidade²⁰⁶ e razoabilidade diante do caso concreto.

2.2.5. Colisão e conflito entre normas constitucionais e entre normas infraconstitucionais e sua relação com a impenhorabilidade

2.2.5.1. Considerações iniciais

Já se esposou o entendimento nesse estudo de que tanto os princípios quanto as regras são ponderáveis, à vista do caso concreto. E, para determinar os seus sentidos e as escolhas dos comportamentos que realizarão os fins previstos, o intérprete deverá demonstrar, por meio de rígidos critérios de ponderação e argumentação jurídica, o fundamento racional que legitima sua atuação. Dito isso, fixas estão algumas premissas: direitos fundamentais não são absolutos e, por conseguinte, seu exercício está sujeito a limites; os direitos fundamentais se expressam por normas que podem ser tanto princípios, quanto regras, sendo ambas suscetíveis de ponderação a depender do conteúdo do caso concreto; excepcionalmente e somente quando haja restrição desproporcional e não razoável à direitos fundamentais do credor (à execução forçada, à execução satisfativa, ao acesso à justiça, à propriedade e ao devido processo legal), violando de certa forma a sua dignidade humana, o juiz do caso concreto poderá afastar certas regras de impenhorabilidade, desde que se revele suficiente para proteção do mínimo existencial e da dignidade do executado; e somente na dialética do caso concreto é que se poderá afastar ou manter a impenhorabilidade de determinado bem, inferindo se tal ato atentará contra a dignidade do executado (e do credor) ou contra os direitos fundamentais do exequente

²⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 306.

de forma desproporcional e não razoável, bem como suas consequências jurídicas e práticas.

O direito, além de expresso por meio de princípios, é um conjunto de regras jurídicas “que permitem, no caso concreto, decisões *contra legem* (direito como sistema de normas superáveis) tomadas diante de hipóteses não previstas ou mal reguladas pelo legislador”²⁰⁷, as quais podem se revelar inconstitucionais *in concreto*. Deve, portanto, o juiz do caso concreto realizar o controle de constitucionalidade difuso toda vez que a aplicação das regras de impenhorabilidade se mostrarem, naquela situação específica, não razoáveis ou desproporcionais, devendo ser afastadas²⁰⁸, mitigadas²⁰⁹ ou ampliadas²¹⁰ em função dos princípios que inspiram a Constituição e as regras gerais do direito. Contudo a resposta deve ser encontrada sempre no direito construído pela/na comunidade, e não por discricionariedade judicial.

Luís Roberto Barroso reúne três características comuns às colisões entre princípios constitucionais, entre direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais²¹¹: a) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los (especialidade, anterioridade e hierarquia); b) a

²⁰⁷ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 113-114.

²⁰⁸ Nesse sentido, já decidiu o STJ que “caracterizada fraude à execução na alienação do único imóvel dos executados, em evidente abuso de direito e má-fé, afasta-se a norma protetiva do bem de família, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação dos devedores em desconformidade com o cânone da boa-fé objetiva” (STJ, REsp. 1.575.243/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 22.03.2018).

²⁰⁹ Na jurisprudência do STJ, com bastante divergência, contudo, há diversos julgados que admitem a relativização da impenhorabilidade do salário em situações excepcionais” a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação de crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família” (STJ, REsp 1673067/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 12.09.2017). Saliente-se, contudo, que conforme a própria 3ª Turma do STJ destacou, a situação deverá ser analisada de forma excepcional em cada caso concreto, posto que “a aplicação mitigada da impenhorabilidade salarial, está muito bem delimitada para situações excepcionais em que efetivamente resta preservada a dignidade do devedor, no seu núcleo essencial. Não se pode tornar em regra geral e abstrata um tratamento excepcional direcionado a circunstâncias individuais e concretas detectadas caso a caso” (STJ, REsp 1661990/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 17.08.2017).

²¹⁰ A 2ª Turma do STJ já considerou imune à expropriação um automóvel de pequeno valor utilizado para transporte de portador de necessidades especiais, defendendo que “a depender das peculiaridades do caso, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas, de modo a adequar a tutela aos direitos fundamentais (...) Tem-se que é adequado e proporcional considerar impenhorável bem constrito. Isto porque é utilizado para transportar portador de necessidades especiais e possui pequeno valor, razão pela qual deve ser mantida a desconstituição de penhora, sob pena de comprometer da dignidade humana do devedor” (REsp 1436739/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j; 27.03.2014). Veja-se, a respeito, a súmula 364 do STJ que ampliou a abrangência do conceito de bem de família para estender o alcance da impenhorabilidade: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

²¹¹ *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 356.

inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia; e c) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.

É nesse sentido que parte da doutrina encampa a teoria da *derrotabilidade*²¹² (*defeasibility* ou defensabilidade) das normas jurídicas (*rectius*: textos jurídicos) desenvolvida por Neil MacCormick²¹³ e também por Herbert Hart²¹⁴. Por meio de tal teoria seria possível, no caso concreto e diante do contexto fático, jurídico, probatório e processual, uma norma ser afastada (derrotada) ou ter sua aplicação negada, a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista *a priori* a partir da literalidade textual, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável²¹⁵.

A teoria da derrotabilidade ou superatividade das regras esposadas em leis infraconstitucionais só tem aplicação, de forma sempre excepcional, em situações de conflitos de direitos fundamentais. Com isso, caminha-se do plano das construções exclusivamente sintáticas e do positivismo lógico-semântico para o contexto

²¹² Em texto pioneiro sobre o tema no Brasil, apesar de alertar sobre a falta de univocidade do termo “derrotabilidade”, Fernando A. Vasconcellos a define como “consistente na ideia segundo a qual a consequência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. Em termos processuais, pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma “prima facie”, derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista a priori a partir da literalidade textual” (*O conceito de derrotabilidade normativa*. 2009. 139 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba/PR, p. 51).

²¹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação “contra legem”: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 233.

²¹⁴ HART, Hebert. The Ascription of Responsibility and Rights. *In: Proceedings of the Aristotelian Society*, New series. Vol. 49, p. 171–194, jun. 1949. O artigo pode ser encontrado virtualmente no seguinte endereço eletrônico: < <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1948-ascription.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2019.

²¹⁵ Para análise mais exaustiva a respeito da teoria da derrotabilidade, conferir o trabalho apresentado por Fernando Andreoni Vasconcellos para obtenção do título de mestre na UFPR (posteriormente transformado em livro): *O conceito de derrotabilidade normativa*. 2009. 139 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba/PR. Tratando da ideia de derrotabilidade das normas em relação às regras de impenhorabilidade ver: MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2011, 113-140; REDONDO, Bruno Garcia; MAIDAME, Márcio Manoel. Penhora da remuneração do executado e do imóvel residencial de elevado valor: uma ode ao seu cabimento independentemente da natureza do crédito. *In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 119-125. Tratando o tema da “derrotabilidade” como “superabilidade”, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 114 e ss.

pragmático das normas jurídicas (modos, usos e funções da linguagem), calcado na linguagem e na argumentação jurídica²¹⁶.

Nesse sentido, correta a constatação de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos ao se referirem a derrotabilidade (ou superabilidade):

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar²¹⁷.

Regras e decisões que mantêm algumas impenhorabilidades que garantem ao executado não o mínimo existencial digno, mas o luxo e as frivolidades de uma vida mais bastada (como aquelas que proíbem a penhora de altas remunerações e bens de famílias suntuosas) em detrimento do direito de crédito do exequente e, em certos casos da própria dignidade humana deste, não devem se sustentar, merecendo o afastamento, visto que mostrar-se-ão absolutamente desproporcionais ao caso. É o que retoma Ingo W. Sarlet ao declarar que nenhuma restrição de direito fundamental “poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto de restrição” pois “[...] uma violação do núcleo essencial – especialmente do conteúdo da dignidade da pessoa – sempre e em qualquer caso será desproporcional”²¹⁸.

Certa crítica é feita a teoria de Alexy, o qual toma a discricionariedade judicial como algo inexorável, apesar de minorado por intermédio de uma racionalização do discurso²¹⁹. No direito, apesar da existência de mais de uma possibilidade jurídica

²¹⁶ No âmbito penal, exemplo de aplicação da derrotabilidade foi feito pelo STF no julgamento da ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.02.2012, em que foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 232, p. 141-176, abr/jun. 2003, p. 151-152.

²¹⁸ *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 151.

²¹⁹ É de se salientar que raras têm sido as decisões judiciais que se utilizam de toda a esquematização constante na tese alexyanas. Contudo, por não ser objeto central do presente estudo, para a completa

defensável, não cabe ao julgador decidir, por critérios subjetivos, entre as que lhe aparecem mais “justas” qual a melhor delas, já que haverá sempre uma resposta adequada dada pelo próprio ordenamento. Nas palavras de Lênio Streck, “o direito enquanto sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que implicaria a melhor decisão a ser tomada”²²⁰. Tal decisão, contudo, só deve ser tomada a partir da análise das circunstâncias (pragmáticas, pessoais, econômicas, processuais, materiais e do crédito exequendo) que permeiam a proteção dos direitos fundamentais dos litigantes no caso concreto.

Indagação importante, com verdadeiros efeitos práticos, deve ser feita em relação a menção à *proporcionalidade* no art. 8º do CPC como um dos critérios de solução da colisão entre “normas”, citada no § 2º do art. 489, do respectivo diploma. Estabelece o citado dispositivo que havendo colisão entre normas, o juiz deverá justificar, na fundamentação da decisão ou sentença, o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Tal como destacam Geovany Jevaux e Hermes Zaneti Jr., trata-se de problema teórico de grande profundidade e extensão, com relevantes implicações práticas, visto que em matéria de colisão entre direitos fundamentais o dispositivo suso poderia sugerir tanto a utilização de uma teoria dos valores para orientar a solução, quanto uma teoria deontológica, sendo que cada uma dessas teorias parte de premissas diferentes e que acarretam resultados distintos²²¹. Pela primeira, haveria sempre um parâmetro valorativo prévio capaz de medir os interesses em jogo, baseado em uma escala hierárquica que solucionaria o embate sempre de maneira predeterminada; enquanto a segunda, seguida por Robert Alexy e adotada (com variações) por este estudo, prevê que a ponderação entre direitos fundamentais com caráter de princípio

compreensão dos caminhos traçados por Robert Alexy para a fundamentação das decisões judiciais (o que não escapa de certo discricionismo) remete-se o leitor para a leitura do original, fartamente referenciado aqui.

²²⁰ STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: _____. (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 51.

²²¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 324-345, Jan./Abr. 2017, p. 325.

ou regra como critério de solução de colisões não aceita uma definição prévia ou *a priori* antes do cotejo concreto entre os direitos²²².

Portanto, para o presente estudo, os interesses em colisão não podem ser quantificados de forma abstrata e *ex ante*, mas apenas de forma concreta e relativa. Isso porque, pelo fato dos princípios, em geral, não terem relação absoluta de precedência e não serem quantificáveis, é a dialética do caso concreto que melhor poderá responder se a penhora de determinado bem atentará desproporcionalmente contra a dignidade do executado (e do credor) ou contra os direitos fundamentais do exequente. A decisão deverá ser encontrada, portanto, a partir da utilização dos postulados da ponderação e razoabilidade, com a análise subsidiária e completiva das consequências jurídicas da aplicação dos princípios e regras ainda em colisão como critério de peso (como numa balança), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.

Mais do que apenas orientar a aplicação das regras processuais como simples valores em relação às demais regras processuais infraconstitucionais, a Constituição Federal emana normas – quer princípios, quer regras – que, por sua vez, estatuem prescrições gerais, em seu aspecto deontológico. Por intermédio da atuação dos princípios constitucionais e do respeito aos direitos fundamentais há um constrangimento do aplicador do direito em relação à interpretação dos dispositivos constitucionais como norma, uma vez que o caráter “deontológico e supraordenado que a própria Constituição assume em relação a todo ordenamento jurídico faz com que as normas processuais infraconstitucionais somente se considerem válidas se de acordo com as normas constitucionais”²²³, formal ou materialmente.

Conforme visto, a solução da colisão entre as normas de direitos fundamental e entre essas e a legislação infraconstitucional passa, necessariamente, pela *interpretação sistemática da Constituição*, levando em consideração as disposições relacionada ao caso concreto de forma a entender os parâmetros que o constituinte estabeleceu e,

²²² JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 324-345, Jan./Abr. 2017, p. 325-326.

²²³ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 324-345, Jan./Abr. 2017, p. 326.

em última análise, o respeito à dignidade humana, bem como pelo critério da ponderação²²⁴ (proporcionalidade e razoabilidade).

2.2.5.2. Ponderação: conceito e aplicação

“Ponderar”, na sua conotação comum, traz a ideia de atribuição de peso ou de relevância entre medidas ou entre coisas. É sopesar, examinar com cautela, considerar e mensurar. No Direito, a palavra não traz significado muito distinto daquele empregado pela linguagem corriqueira, sendo utilizado, nesse pormenor, para a solução de conflitos entre normas que se inter-relacionam com direitos fundamentais ou emanam desses mesmos direitos, bem como para debelar a colisão entre princípios e entre regras.

Adverta-se de antemão que a ponderação é técnica excepcional que, para sua aplicação, exige criteriosa e exaustiva justificação que leve em consideração todos os elementos fáticos e jurídicos do caso concreto, aptos a justificar a aplicação ou superação do princípio constitucional ou da regra infraconstitucional. Logo, veda-se absolutamente sua utilização com vagueza, imprecisão e abstração, como comumente tem acontecido quando da invocação remota da dignidade humana.

Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos a ponderação consiste em técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis²²⁵, em relação aos quais a subsunção²²⁶ se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas²²⁷. Para tanto, descrevem um processo intelectual dividido em três

²²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 155.

²²⁵ Os autores atribuem à expressão anglicana a identificação de situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade (O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 232, p. 141-176, abr/jun. 2003, p. 153, nota 34).

²²⁶ Técnica em que o intérprete parte de uma premissa maior (texto) fazendo-a incidir sobre uma premissa menor (fatos), produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto.

²²⁷ O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 232, p. 141-176, abr/jun. 2003, p. 153.

etapas e que tem por fio condutor a proporcionalidade ou razoabilidade. As três etapas são, em ordem, a *identificação das normas pertinentes*, a *seleção dos fatos relevantes* e a *atribuição geral de pesos*, com a produção de uma conclusão²²⁸. Salientam que o processo envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências²²⁹.

Conforme exposto anteriormente (2.2.3.2), para Alexy a ponderação é método proposto para solução de conflitos entre princípios, visto que para as regras a solução seria encontrada por meio do critério de validade. Desse modo, pela “lei de colisão”, a antinomia (ou colisão) entre princípios seria debelada por meio da constatação de qual norma possui precedência no caso concreto. Segundo o autor o “objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que *abstratamente estão no mesmo nível* - tem *maior peso no caso concreto*”²³⁰. Ademais, essa primazia de um princípio sobre o outro em caso de colisão é condicionada, ou seja, opera-se apenas mediante a presença de certas condições concretas²³¹. Buscando evitar arbitrariedades, Alexy estabeleceu, ainda, a utilização de fórmulas matemáticas como critério para a aplicação da ponderação, o que não será objeto de análise nesse estudo.

O Código de Processo Civil, diferentemente, aponta no seu art. 489, §2º para a possibilidade de colisão de normas genericamente consideradas, e não apenas de princípios. Esse parece ser o caminho defendido, já há algum tempo, por Humberto Ávila.

²²⁸ Saliente-se que Luís Roberto Barroso, em seu *Curso de direito constitucional contemporâneo* (3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361), ainda estabelece três vetores interpretativos (elementos de segurança) que o intérprete deve realizar para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade: “a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; c) produzir, na intensidade possível, a concordância práticas dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos”.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 232, p. 141-176, abr/jun. 2003, p. 155.

²³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 95.

²³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 96.

Para Ávila²³², a ponderação consiste em um método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento, mas que demandam a inserção de critérios. Para o autor, esses elementos (bens, interesses, valores e princípios) podem ser objeto de sopesamento (ponderação), desde que se reconheça que há diferenças entre eles²³³ e que se estabeleçam três etapas fundamentais que devem ser seguidas: a) a preparação da ponderação, em que devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível; b) a realização da ponderação, em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento; e c) a reconstrução da ponderação, a qual se dará mediante a formulação de regras de relação com pretensão de validade para além do caso, inclusive entre os elementos objeto de sopesamento. Para o autor os estudos da ponderação indicam que, invariavelmente, a mesma é estruturada pelos postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionada mediante a utilização dos princípios constitucionais.

Como já exposto supra, Ávila busca demonstrar, a partir de uma crítica à teoria de Alexy, que a ponderação como critério de distinção entre as regras e os princípios é equivocada, já que também as regras “podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões”²³⁴, quando relacionadas com as suas exceções, as quais podem estar ou não presentes no ordenamento jurídico, levando, dessa forma, tanto a restrição como a ampliação da regra.

Estabelece alguns requisitos procedimentais para a superação de uma regra²³⁵: a) deverá ter uma justificativa condizente, dependente de dois fatores – 1) demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente; 2) que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica, ou seja, que o modelo de generalização não será significativamente afetado pelo aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, já que a superação de uma regra

²³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 187.

²³³ Para consulta a diferenciação realizada pelo autor, conferir: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 186.

²³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76.

²³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 147.

estará ligada à justiça individual; b) deverá ter uma fundamentação condizente, de modo que se exteriorize de forma racional e transparente as razões que permitem a superação e, assim, possibilitar o controle da decisão; e c) deverá ter uma comprovação condizente, ou seja, deve ser comprovada por meios de prova adequados, como documentos, perícias ou estatísticas, não sendo suficiente a mera alegação de superação da regra.

Por fim, Ávila afirma que o mote diferenciador entre a ponderação dos princípios e das regras é apenas a contribuição que o aplicador dá para a resolução do conflito²³⁶. Desse modo, para as regras a contribuição do intérprete seria menor, já que as mesmas possuem caráter descritivo e um maior grau de rigidez, estando aquele adstrito ao sentido preliminar determinado pelo enunciado normativo, indicativo de um comportamento ou de um âmbito de poder. Por outro lado, no caso dos princípios, por estabelecerem um estado de coisas almejado, o intérprete teria maior espaço de apreciação, visto que se deve determinar a medida necessária para a concretização do comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas por ele buscada.

Conforme defendido nesse estudo, e seguindo a corrente adotada por Humberto Ávila, entende-se que as regras, assim como os princípios, podem ser ponderadas e afastadas no caso concreto, sem que para isso haja sua invalidação. Adriano Ferriani adota entendimento no mesmo sentido, qual seja, de que “é preciso, em muitas ocasiões, especificamente na responsabilidade patrimonial, ponderar princípios e, conseqüentemente, regras, sem que isso implique na declaração de invalidade da regra e sua extirpação do ordenamento jurídico”²³⁷.

A fim de melhor aclarar seu entendimento, este último autor cita²³⁸ o exemplo hipotético de um credor que foi vítima de um ato ilícito praticado pelo executado e que, portanto, teria direito a receber indenização pelos danos sofridos. O ilícito ocasionou

²³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 72.

²³⁷ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 194.

²³⁸ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 196.

perda patrimonial significativa para esse credor que, por sua vez, padece de doença grave, necessitando de recursos para a sua sobrevivência. Por outro lado, o executado é sujeito que aufero o equivalente a quarenta salários mínimos por mês e é proprietário de imóvel de alto padrão, mas impenhorável por ser bem de família.

Nesse caso, sustenta o autor que a permissão de penhora (de parte do salário) em nada alteraria a boa condição de vida do devedor-executado, visto que a sua dignidade e a sua moradia não seriam comprometidas, pois seu padrão de vida poderia apenas sofrer, legitimamente, uma leve diminuição, e direitos caros ao credor não seriam desrespeitados²³⁹. Esse é um bom exemplo de ponderação de regra, em que não há a declaração de sua invalidade, tampouco a necessidade de sua extirpação do ordenamento jurídico, devendo o juiz analisar as peculiaridades do caso concreto e, por meio da ponderação, estabelecer o montante a ser penhorado do salário (ou a possibilidade de expropriação do imóvel) como uma solução possível para garantir também os direitos do credor-exequente.

Sem pretensão de esgotamento, sugere-se alguns elementos utilizáveis para aplicação da referida técnica²⁴⁰: a) *a análise subjetiva da situação do executado-devedor e do exequente-credor*; b) *a natureza do crédito e do débito em discussão*; e c) *a função dos bens sobre os quais se pretende a penhora*.

Pelo primeiro critério, a ponderação deve levar em consideração à situação pessoal das partes – exequente e executado -, seja no âmbito civil ou econômico. Assim, podem ocorrer casos em que se as circunstâncias concretas indicam a necessidade de uma extensão da proteção maior do que aquela conferida pela lei, seja em respeito à dignidade, em atenção ao direito de moradia ou visando à manutenção da saúde e subsistência do devedor e de sua família. Assim, tome-se como exemplo o caso em que o STJ considerou imune à execução um automóvel de pequeno valor utilizado

²³⁹ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 196-197.

²⁴⁰ As sugestões aqui feitas foram retiradas da tese apresentada por Adriano Ferriani à PUC/SP para obtenção do título de doutor em direito, a qual remete-se o leitor para maior aprofundamento: FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, item 4.5. Saliente-se que o autor apresenta ainda outros elementos relevantes que podem interferir no juízo de ponderação, tais como o abuso do direito, a boa-fé, a má-fé, o enriquecimento sem causa e a relação entre o valor do crédito e o valor do bem protegido, os quais não serão objeto de análise no presente estudo.

para transporte de portador de necessidades especiais²⁴¹ ou, ainda, de um caso hipotético em que o devedor é portador de doença grave que demanda cuidados intensos e que, em decorrência do alto custo do tratamento médico, tem por imprescindível a utilização quase completa de suas verbas remuneratórias. Nesse caso, ainda que se trate de dívida alimentar, impõe-se a impenhorabilidade das verbas remuneratórias do devedor.

A ponderação deve ser considerada uma via de mão dupla, sobretudo porque o credor-exequente detém condição de titular de direitos fundamentais em mesma hierarquia que o executado. Assim, da mesma forma em que a situação pessoal do devedor é levada em consideração quando da ponderação realizada pelo juiz, deverá-sê-la também para a proteção do credor-exequente. Isso porque a situação de ineficácia da tutela do crédito pode representar, no caso concreto, afronta à subsistência, à saúde ou a dignidade do credor. Imagine-se, *v.g.*, a situação de um credor que, por infortúnio das circunstâncias da vida, agoniza em face de suas condições subjetivas ou que ostenta a qualidade de vulnerável, situação reconhecida pelo ordenamento jurídico. De outro lado, devedor que auferir altos salários (ainda que não superior a 50 salários mínimos) ou que possui, como residência única, imóvel de alto padrão. Nesse caso, não se afigura crível conceber proteção irrestrita ao patrimônio do devedor, às custas da própria sobrevivência do credor.

Pela segunda diretriz da ponderação, deve ser analisada a natureza do crédito exequendo e do débito executado. O CPC e a Lei 8.009/90 trazem situações em que desprezam eventual situação de necessidade do executado ou, ainda, a função que o patrimônio exerce em sua vida. Assim, estabelece o parágrafo 1º do art. 833 do CPC que a impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição. O mesmo fenômeno é verificado pela Lei 8.009/90 ao excepcionar, em seu art. 3º, II, IV e V, a impenhorabilidade do bem de família: a) contra o do titular de crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, b) em face da cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel e c) para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real. De outro lado, tanto o CPC, quanto a lei do bem de família prescrevem, respectivamente, exceções à

²⁴¹ STJ, REsp 1436739/PR, rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 27.03.2014.

impenhorabilidade dos salários e das quantias depositadas em caderneta de poupança (art. 833, §2º do CPC) e do imóvel familiar (art. 3º, III da Lei 8.009/90) quando a execução tiver por objeto o pagamento de prestação alimentícia.

Em todos esses casos, nada obstante a lei estabelecer regras abstratas de exceções, o juiz poderá alargar o âmbito de incidência da impenhorabilidade, com base na ponderação da natureza do crédito e do débito, de forma a não privar o devedor do indispensável à sua própria subsistência, visto que o mínimo existencial socorre as duas partes do processo. Assim, *e.g.*, o caso de um executado que, apesar de devedor de obrigação alimentícia, possui baixíssima condição financeira e detém imóvel simples como bem de família. Nesse caso, apesar da legislação permitir a penhora desse imóvel, a regra poderá ser afastada se sua expropriação representar sério risco à subsistência (e à vida) do devedor, sem que tal bem da vida seja violado na mesma intensidade em relação ao seu credor²⁴².

No tocante às dívidas não explicitadas pela legislação ordinária, Adriano Ferriani aponta, ainda, que a natureza de um contrato também deve ser um elemento crucial na aplicação da ponderação da norma jurídica no caso concreto. Aduz o citado autor que o proprietário que loca imóvel e percebe aluguel firma, em princípio, contrato de natureza existencial, pois o rendimento lhe é caro para a sua manutenção, “assim, o interesse do credor também deve ser analisado sob esse prisma para ser ponderado. É diferente de um crédito de titularidade de instituição financeira, em que a existencialidade não está presente para ela”²⁴³.

A terceira diretriz apontada por Ferriani para o balizamento da ponderação relaciona-se com a função desempenhada pelos bens que se pretende a penhora. Conforme sustentado alhures, o direito de propriedade não retira, necessariamente, fundamento

²⁴² Ferriani cita, ainda, outro exemplo prático em que se afasta a impenhorabilidade do imóvel bem de família em função do crédito alimentar: “Igualmente, apesar da revogação do inciso I do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, por força da Lei Complementar nº 150, de 01 de junho de 2015, se o empregador inadimplente deixa de pagar as verbas devidas a seu empregado doméstico, não parece fazer sentido algum, sob a ótica constitucional, preservar a propriedade de alto padrão do devedor-empregador, em detrimento do respeito ao interesse alimentar (haja vista a natureza jurídica do salário) do empregado que trabalhou sem receber (*Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 225).

²⁴³ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 227.

direto na dignidade humana, havendo, portanto, bens mais relevantes do que outros para a preservação da mesma. Dessa forma, a penhora do único imóvel residencial próprio, ainda que atrelado à moradia (direito fundamental), não implica imperiosamente na subtração daquele direito, tendo em vista que ninguém precisa ostentar a condição de dono para ter moradia, sendo possível àquele que tem boas condições salariais morar em imóvel alheio, pagando aluguel²⁴⁴. Há, ainda, o exemplo da Súmula 486 do Superior Tribunal de Justiça que estabelece a impenhorabilidade do “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”. Veja-se, que esses são exemplos residuais, podendo haver outros em que bens considerados (im)penhoráveis por lei podem ser objeto de ponderação em face das circunstâncias do caso concreto²⁴⁵.

A aplicação da ponderação tem sido feita em função da inabilidade do legislador ou da imperfeição da lei, de modo que os juízes têm se valido dessa técnica para dar guarida aos direitos fundamentais. Não se olvida o risco que tal movimento gera, podendo ocasionar juízos de discricionariedade dos mais diversos²⁴⁶, na medida em que, na falta de critérios objetivos ou autorizativos da lei, poderá um juiz considerar um imóvel como sendo de alto valor enquanto outro compreenda diferentemente a mesma realidade. Contudo, “os riscos de arbitrariedades e decisionismos não podem justificar a aplicação às cegas das regras infraconstitucionais sobre penhorabilidade e

²⁴⁴ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 228.

²⁴⁵ Nesse sentido, como já referido nesse trabalho, a 2ª Turma do STJ considerou imune à expropriação um automóvel de pequeno valor utilizado para transporte de portador de necessidades especiais, defendendo que “a depender das peculiaridades do caso, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas, de modo a adequar a tutela aos direitos fundamentais (...) Tem-se que é adequado e proporcional considerar impenhorável bem constrito. Isto porque é utilizado para transportar portador de necessidades especiais e possui pequeno valor, razão pela qual deve ser mantida a desconstituição de penhora, sob pena de comprometer da dignidade humana do devedor” (REsp 1436739/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j; 27.03.2014)

²⁴⁶ No Brasil, Lenio Streck encampa corrente que tece críticas à ponderação e à teoria formulada por Alexy, sobretudo em relação ao subjetivismo reservado ao juiz no poder de escolha do decidir: “No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável ‘represtina’ a antiga ‘delegação positivista’ (na zona da penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas ‘zonas de incertezas’ e em face das ‘insuficiências ônticas’ (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a ‘dobra da linguagem’ que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 241-242).

impenhorabilidade se, no caso concreto, elas acabam por ferir direitos ou princípios de maior relevo e até implicando em inconstitucionalidades circunstanciais”²⁴⁷.

Já se falou, ademais, que o exame apriorístico e abstrato da fundamentalidade de um direito não pode ser critério utilizado para o afastamento de uma regra de impenhorabilidade. Isso porque, apesar da ideia inicial de que os interesses patrimoniais (como a propriedade) sucumbem quando conflitados com os direitos vinculados à existência da pessoa, nem sempre será possível alcançar, a partir da análise direta e isolada das regras de impenhorabilidade, uma conclusão segura a respeito da natureza do interesse tutelado²⁴⁸.

Diante das dificuldades encontradas para se estabelecer um padrão objetivo único que alcance as diferentes realidades sócio-econômicas nas diversas regiões e municipalidades deste país, talvez a melhor solução seria o legislador, ao invés de estabelecer limites quantitativos, utilizar-se de conceitos jurídicos indeterminados na definição de algumas hipóteses de impenhorabilidade, tal como o fez no art. 833, II, do CPC. Desse modo, a definição do que seria “alto valor”, “necessidades comuns”, “médio padrão de vida” e “mínimo essencial a subsistência digna” (entre outras possíveis expressões), seria revelada a partir do caso concreto, permitindo ao juiz avaliar se é justificável a exclusão ou não de determinado patrimônio (imóvel, valores, créditos) da responsabilidade executiva.

Sustenta-se, neste trabalho, que os conflitos entre normas dificilmente serão resolvidos com base em uma fórmula matemática abstrata, tal como preconizado por Robert Alexy, na medida em que os pesos envolvidos não são completamente mensuráveis por números, mas, sim, pela exaustiva argumentação e justificativa em torno dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, desde que conjuntamente explicitados a partir dos fatos envolvidos no caso concreto. Ainda que se proponha um método de cálculo matemático, a avaliação numérica de cada um dos fatores continuará sendo objeto de certo subjetivismo ou arbitrariedade do intérprete.

²⁴⁷ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 215.

²⁴⁸ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 214.

Nas precisas palavras de Karl Larenz:

Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma “ponderação” dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o “peso” que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas “ponderar” e “sopesar” é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que - nisso reside a maior dificuldade - não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra pois a uma “ponderação de bens no caso concreto” é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela²⁴⁹.

Eis, pois, que a ponderação se mostra técnica necessária de aplicação pelo juiz em virtude tanto das peculiaridades do caso concreto, quanto da inabilidade e das contradições geradas pelo legislador no ordenamento jurídico, capazes de causar inconstitucionalidades circunstanciais.

2.2.5.3. Proporcionalidade e razoabilidade

Consoante dispõe o art. 8º do CPC, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deverá observar a proporcionalidade e a razoabilidade, além da legalidade, publicidade e eficiência, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, deixou claro o legislador ordinário que, quando da ponderação de normas (art. 489, §2º), o julgador deverá respeito à proporcionalidade e à razoabilidade.

Sem buscar imiscuir-se na discussão terminológica acerca da natureza jurídica do que se entende por *proporcionalidade* e *razoabilidade* - se seriam “princípios”²⁵⁰,

²⁴⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575-576.

²⁵⁰ Entendendo pela natureza jurídica de princípios: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217-234.

“máximas”²⁵¹, “regras”²⁵² ou “postulados” - o presente estudo compartilha da doutrina de Humberto Ávila, o qual refere-se aos termos como sendo *postulados normativos*. Postulados normativos (ou normas de segundo grau) são espécies de normas imediatamente metódicas destinadas a orientar a interpretação e aplicação de regras e princípios mediante a exigência de relações entre elementos com base em critérios²⁵³. Dessa forma, não são subsumidos aos casos concretos e, por isso, não podem ser objeto de violação, como são as regras ou os princípios.

Contudo, como bem observa Virgílio Afonso da Silva, não parece “ser o caso de tentar demonstrar se há um certo e um errado nesse âmbito [...] o recurso a outras denominações, como a de ‘postulado normativo aplicativo’, pode ser uma saída”²⁵⁴ para aqueles separam as noções de regra como sendo de conduta ou de competência, facilitando a compreensão das coisas. É também o que se defende aqui.

Aliás, esse mesmo autor, em artigo específico sobre o tema, informa que proporcionalidade é “uma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”²⁵⁵. Seu objetivo seria fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais, funcionando como uma *restrição às restrições*²⁵⁶.

De acordo com Jairo Schäfer, pode-se afirmar que a proporcionalidade é um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais quando

²⁵¹ Utilizando a terminologia “máxima” para se referir a natureza jurídica da proporcionalidade: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91, p. 116-120.

²⁵² Entendendo se tratar a proporcionalidade de verdadeira regra acerca da aplicação de outras regras, Virgílio Afonso da Silva anota que a proporcionalidade tem “a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 168).

²⁵³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 226.

²⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 169.

²⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 24.

²⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 24.

estão estes entram em conflito com outros direitos também fundamentais²⁵⁷. Para o citado professor, teria-se sempre três aspectos em análise: a) um direito que é objeto de restrição; b) um direito que é objeto de proteção; e c) o meio que se usa para restringir um direito em benefício de outro.

Para Ávila, o postulado normativo da proporcionalidade

[...] se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)²⁵⁸.

Portanto, o postulado normativo da proporcionalidade é aplicado sempre na análise entre um meio e um fim, pautando-se o agente (e o ato estatal) em três critérios para alcançar seu objetivo: a) adequação do meio ao fim; b) necessidade do meio para promover o fim; e c) proporcionalidade (em sentido estrito) entre as vantagens advindas do fim com as desvantagens decorrentes da escolha do meio.

Esses critérios (ou sub-postulados) devem ser analisados na ordem acima indicada, ou seja, com relação de subsidiariedade entre a adequação e a necessidade, e entre esta e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo sempre as primeiras precedentes às segundas. Anote-se que, infelizmente, este não é o tratamento dispensado pela jurisprudência pátria, a qual frequentemente tem se utilizado dos referidos postulados apenas para fins retóricos e de colmatação valorativa na fundamentação de seus julgados, aplicando-os fora da sequência ou até, em muitos casos, deixando de aplicá-los.

No caso das regras de impenhorabilidade, considerando que, concretamente, a escolha pela proteção de um bem ou direito implica necessariamente a restrição do

²⁵⁷ SHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 108.

²⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 205.

outro, perfazendo-se, portanto, uma escala de preferência, o meio a ser adotado é o abrandamento do direito preterido para os fins de se ter o maior aproveitamento do direito escolhido.

Com relação à *adequação*, exige-se do aplicador da medida inquirir se o meio usado para atingir o fim de um direito fundamental é adequado, no sentido de uma relação entre meios-e-fins, ou seja, no sentido de não haver um desvio de finalidade de uma norma pelo mal uso do meio empregado em sua prática²⁵⁹. A adequação visa a conformação daquilo que é estabelecido pela norma para a proteção de um direito fundamental com o desiderato buscado pela Constituição Federal. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir minimamente para fomentar a realização do objetivo pretendido²⁶⁰.

Pelo postulado da *necessidade* exige-se a investigação se não há, no ordenamento jurídico vigente, mais de um meio adequado à realização do fim de cada direito em colisão. Não havendo, pressupõe-se a necessidade de ambos. Caso contrário, deve-se buscar o meio mais eficiente e menos restritivos dos direitos fundamentais. Em suma, o meio usado para restringir o direito deve ser o estritamente necessário (meio menos gravoso possível).

Na sistemática da responsabilidade patrimonial, o postulado da necessidade encontra correspondência no art. 805 do CPC, que dispõe: “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Por sua vez, pela *proporcionalidade em sentido estrito* busca-se analisar se as vantagens promovidas com o fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio, de maneira que o direito fundamental deva ser restringido o menos possível, limitada essa intervenção apenas na medida em que for exigida para garantir o direito que se busca assegurar. Como afirmam Jevaux e Zaneti Jr., na eventualidade de o embate não ter sido solucionado pelos postulados (referidos pelos autores como “máximas parciais”) anteriores, coloca-se as consequências jurídicas

²⁵⁹ *Mutatis mutandis*: JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 324-345, Jan./Abr. 2017, p. 327.

²⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 37.

dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto²⁶¹.

Por fim, a proporcionalidade carrega ainda viés positivo (proibição da proteção deficiente ou imperativos de tutela), no sentido de ser obrigação do Estado a proteção de forma eficiente dos bens jurídicos mais caros à sociedade²⁶².

Apesar de haver na doutrina e na jurisprudência²⁶³ certa (con)fusão entre os termos *proporcionalidade* e *razoabilidade*, os mesmos não se embaralham, o que implica uma análise distintiva entre os dois. Conforme será retomado no tópico 5.4, a razoabilidade importa na análise não apenas do bem jurídico protegido por um princípio constitucional ou na medida/meio em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas na aplicação daquela medida para determinado indivíduo, ou seja, traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça²⁶⁴. A razoabilidade não pressupõe, portanto, uma relação entre meio e fim – tal qual a regra de proporcionalidade – mas, sim, uma relação entre o geral e o particular²⁶⁵.

Quanto à razoabilidade, Humberto Ávila expõe que o seu cabimento tem lugar na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas, devendo seguir três diretrizes:

²⁶¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 324-345, Jan./Abr. 2017, p. 328.

²⁶² Conforme assente no voto do Min. Gilmar Mendes na ADIn nº 3.112/DF: “Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). (...) levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbote), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado”.

²⁶³ Virgílio Afonso da Silva aponta a incongruência levada a cabo pelos Tribunais Superiores brasileiros quando se utilizam da referência à proporcionalidade e à razoabilidade como se fossem fundamentação pressuposta e se tratasse de princípios de larga tradição no direito brasileiro, limitando-se a equiparar proporcionalidade a razoabilidade, sob a fórmula de que *é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade*. Dessa forma: “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 32). Jurisprudência citada: STF, ADIn 1407/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.12.2000; STF, HC nº 76.060-4/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj 09.10.1997; STF, ADIn 855-2/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 06.03.2008.

²⁶⁴ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: RDA, Rio de Janeiro, 215, jan./mar. 1999, p. 173-174.

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 169-170.

a) como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, tanto para demonstrar sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quanto para indicar em quais hipóteses o caso individual deixa de se enquadrar na norma geral; b) como diretriz que exige uma vinculação da norma jurídica com o mundo ao qual ela faz referência, tanto no sentido da existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, quanto na exigência de uma relação, ao menos, congruente entre a medida tomada e o fim colimado; e c) como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas²⁶⁶.

Trazendo a ideia de razoabilidade para o âmbito da limitação à responsabilidade patrimonial, imagine-se, pois, que em uma execução de crédito trabalhista ou, ainda, de um crédito derivado de indenização por ato ilícito (acidente de carro), que impossibilitou o exequente de permanecer trabalhando, o magistrado tenha excetuado a penhora sobre vencimentos do executado ou de seu bem de família de médio/alto padrão, aplicando a regra disposta no art. 833, IV do CPC e art. 1º da Lei 8.009/90, entendendo, por conseguinte, não ser o caso de aplicação do § 2º do art. 833 do CPC ou do art. 3º, III, da lei 8.009/90. Nesse caso, a aplicação da letra da lei redundaria em efeito manifestamente contrário ao seu próprio espírito, ofendendo, assim, o postulado da razoabilidade como vetor de equidade.

Como afirma Ávila, uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas, tais como a incidência da regra de impenhorabilidade do bem de família no caso, mas “se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”²⁶⁷.

Assim, no caso acima relatado, a regra de impenhorabilidade apesar de, *a priori*, se mostrar constitucional e promover a dignidade humana, mostrou-se excessiva quando, em face das especificidades do caso concreto, a sua aplicação feriu direitos do credor tão relevantes quanto aqueles que motivaram a criação daquela regra, havendo uma espécie de inconstitucionalidade circunstancial da mesma.

²⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 227.

²⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 197.

As ideias de ponderação e de proporcionalidade, por terem ínsitas a necessidade de comparação e sopesamento, podem apresentar-se embaralhadas quando na fundamentação²⁶⁸. A propósito, Ferriani pontua que o juiz pode muitas vezes, ainda que adotado o critério de diferenciação aqui tratado, na mesma decisão, ter de se valer da razoabilidade (que exige a análise das particularidades individuais) e da proporcionalidade (análise entre meio e fim da norma) para, com isso, aplicar a ponderação²⁶⁹.

Impende anotar, por derradeiro, que todas as considerações e referências feitas no tópico antecedente sobre os critérios utilizados para orientar a aplicação da ponderação, também devem ser utilizadas para quando o julgador proceder com a análise da proporcionalidade e da razoabilidade no âmbito da responsabilidade patrimonial.

2.2.6. O direito fundamental do acesso à justiça *versus* a dignidade da pessoa humana (principiologia dominante): a tutela do devedor frente ao direito fundamental do credor à execução forçada

A execução por quantia certa realiza-se por meio da expropriação de bens do executado, ressalvadas situações especiais (art. 824) como aquela em face da Fazenda Pública (arts. 534, 535 e 910). Como se busca demonstrar, a regra de impenhorabilidade pode trazer excessiva e desproporcional restrição aos direitos do credor quando opera muito além do que a garantia de um mínimo existencial digno exige.

²⁶⁸ Há, inclusive, doutrina que prega a similitude entre proporcionalidade e ponderação. Nesse sentido: “Segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de ‘lei da ponderação’, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 197).

²⁶⁹ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 211.

Fixada anteriormente a premissa de que, excepcionalmente, o operador jurídico do caso concreto poderá afastar certas regras de impenhorabilidade, utilizando-se das ferramentas de hermenêutica (métodos hermenêuticos clássicos, em específico o teleológico) e realizando a ponderação entre a proteção devida ao credor e aquela devida ao devedor, *in executivis*, mister se faz fixar premissas complementares. Dessa forma, toda ampliação (afastamento da impenhorabilidade) ou restrição (alargamento da impenhorabilidade) da responsabilidade patrimonial (art. 789 do CPC) feita pelo juiz do caso concreto deverá necessariamente obedecer aos seguintes critérios: a) será realizada pelo órgão julgador da causa quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio constitucional mais forte, entendidos estes como enunciados performativos, podendo ocorrer em controle de constitucionalidade difuso, inclusive de ofício; b) em qualquer caso deverá ser respeitado o dever de proporcionar o contraditório efetivo (arts. 9º e 10), de operar com fundamentação adequada (§1º do art. 489) e pertinente ao caso (§2º do art. 489) e de obedecer ao rito previsto pelos arts. 948 a 950 do CPC.

Já se falou que considerar um bem como sendo legalmente impenhorável é buscar impedir sua expropriação pela via judicial. Contudo, como bem aponta Marcelo Lima Guerra²⁷⁰, “a impenhorabilidade de bens do devedor imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos (...) impondo uma limitação às possibilidades práticas de realização da tutela executiva”²⁷¹.

A impenhorabilidade de certos bens, portanto, “é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva”²⁷² que, frise-se, não se apresenta, *a priori*, injusta ou

²⁷⁰ *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

²⁷¹ Sobre ser a execução forçada um direito fundamental do credor, Thiago Ferreira Siqueira (*A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 126) expõe que “já há algum tempo que, dos postulados constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal, pode-se deduzir a existência de uma garantia constitucional à tutela jurisdicional executiva. A ideia, em resumo, é que a tutela executiva, seja ela prestada por via de processo autônomo ou não, sempre que se fizer necessária, é um direito fundamental do credor, sem o qual cairia no vazio a promessa constitucional de adequada proteção aos direitos subjetivos”. Nesse mesmo sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *In*: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 335-336.

²⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *In*: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 31.

inconstitucional²⁷³, porquanto por opção legislativa foi feito prévio juízo de ponderação entre os direitos e interesses envolvidos em um litígio de forma abstrata, dando-se prioridade a proteção do devedor em virtude, sobretudo, da preservação da sua dignidade a partir da manutenção de um patrimônio mínimo (*beneficium competentiae*). Por se tratar de instrumento de restrição a direitos fundamentais – à execução forçada, à tutela satisfativa efetiva e à dignidade do credor – a aplicação das regras de impenhorabilidades se submetem também ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto²⁷⁴, devendo tais regras serem aplicadas de acordo com a metodologia própria da aplicação das normas de direitos fundamentais em caso de colisão²⁷⁵.

As regras de impenhorabilidade confluem para o conflito de princípios e direitos fundamentais (direito ao crédito x dignidade da pessoa humana). O direito de subsistência, via proteção de um mínimo de bens que instrumentalize razoavelmente a vida digna, é corolário da dignidade da pessoa humana. Isso não significa, contudo, que toda a regra de impenhorabilidade retira fundamento diretamente da dignidade humana (e.g., art. 833, I, XI e XII do CPC e art. 3º, IV, VI e VIII da lei 8.009/90), tampouco que a propriedade esteja necessariamente vinculada a este mesmo fundamento da República (preserva-se, contudo, a *titularidade*), na medida em que o que merece ser preservado a todo custo é o direito fundamental à propriedade, válido tanto para o devedor, quanto para o credor.

É de curial importância salientar que a dignidade humana está intimamente ligada a questão da igualdade²⁷⁶ e que o credor, de outro lado, também é sujeito detentor de

²⁷³ *Pari passu*: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

²⁷⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 31.

²⁷⁵ Nesse ponto, elucidam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (*Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154-155), ao citarem Steinmetz, que “há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”, sendo duas as principais ferramentas para decidir no caso de conflitos entre esses direitos: a) a interpretação sistemática da Constituição e; b) o critério da proporcionalidade.

²⁷⁶ Esclarece o professor Ingo W. Sarlet (*Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 132) que “também o direito geral de igualdade e o correspondente princípio da isonomia (igualdade) encontram-se diretamente ancorados na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade humana a garantia da isonomia entre todos os seres humanos”. No mesmo sentido, MAIDAME (*Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba:

dignidade²⁷⁷ a ser preservada. Logo, a manutenção de certa regra de impenhorabilidade, no caso concreto, pode representar maior violação ao núcleo essencial da dignidade humana do credor se cotejada com aquela mesma do devedor. Imagine-se, em mero exercício hipotético, uma execução por quantia certa promovida por credor desabastado em virtude de ter sofrido “calote” de empréstimo realizado mediante dispêndio de economias próprias e familiares. De outro lado, figura como executado - não possuindo outros bens penhoráveis - pessoa proprietária de um imóvel residencial de valor suntuoso, considerado bem de família, que esteja guarnecido com diversos bens móveis que se repetem ou que possuem alto valor, tais como diversos aparelhos televisivos e eletrodomésticos de última geração.

Nesse caso, não seria difícil perceber que determinados bens, ainda que não suntuosos, não guardam relação direta com a dignidade humana. Não se concebe, à primeira vista, como a dignidade do devedor e de sua família pode ser abalada se os mesmos passarem a dispor de apenas um ou dois aparelhos de televisão ou deixarem de possuir aparelhos eletroeletrônicos de última geração, ainda que não suntuosos, tais como *home theater*, frigobares em suítes, adegas eletrônicas, aparelhos de projeção para lazer, entre outros. Ademais, a impenhorabilidade do próprio imóvel residencial do bem de família pode representar, em concreto e em alguma extensão, excessiva restrição ao direito fundamental do credor à tutela executiva satisfativa e, por ricochete, à sua dignidade humana, ainda que não se revele indispensável a preservação da dignidade do devedor e de sua família.

De todo modo, impõe-se reconhecer a dificuldade em determinar a partir de que ponto a proteção do devedor deixa de ser considerada proteção à sua dignidade e passa a ser considerada exageradamente aviltosa aos direitos do credor, bem como preencher os conceitos vagos de “bens considerados indispensáveis à preservação de condições mínimas do devedor”. Nesses casos urge a importância de se analisar o *telos* que inspira a impenhorabilidade do bem de família ou de qualquer outra regra

Juruá, 2011, p. 132) ao lecionar que “decisões que mantêm certas impenhorabilidades que garantem não o mínimo existencial digno, mas o *luxo e as comodidades modernas do devedor*, não se sustentam porque não têm razão ‘sensivelmente mais forte’ do que os legítimos interesses do credor, buscados no processo de execução. Por isso a jurisprudência e o regime de impenhorabilidade merecem revisão, na medida em que ofendem o direito de igualdade, pois mantêm benefícios incompatíveis com os direitos em conflito”.

²⁷⁷ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 132.

semelhante, além de proceder com a análise da ponderação entre os princípios colidentes²⁷⁸.

Anote-se, em sentido próximo, a proposta de Luiz Rodrigues Wambier para tentar objetivar o critério de análise do patamar de existência digna a ser assegurada pela impenhorabilidade dos bens de família. Para o referido autor, a adoção de padrão único, segundo um critério objetivo, a partir do padrão de vida médio nacional mensurado segundo dados coletados pelo IBGE, permitiria a todos a manutenção de padrão médio de dignidade, pois poderia proporcionar condições a que no “*inexorável conflito de valores (direito à moradia [com os bens que guarnecem a residência] versus direito à efetiva tutela executiva) promova-se a execução equilibrada [...] que leva em conta o padrão de vida média nacional*”²⁷⁹.

Nada obstante o interessante e meritório empenho do autor em buscar trazer critérios aferíveis objetivamente para delimitação e definição de conceitos vagos, não se pode atribuir a tal grandeza critério único para determinação da amplitude ou limitação da impenhorabilidade de bens. Como se afirmou alhures, o Brasil é país de dimensões continentais e o estabelecimento de grandezas padronizadas únicas para aferir a dignidade das partes representa equívoco pragmático, dadas as acentuadas diferenças socioeconômicas dos muitos devedores nas diversas porções deste país. Ademais, como também frisado, somente a análise das circunstâncias do caso concreto poderá ser o ponto determinante para se determinar a flexibilização ou não de uma regra de impenhorabilidade. Vale pontuar, contudo, que a proposta adotada pelo eminente professor deve ser levada em conta, sobretudo como ponto de partida para a discussão do problema²⁸⁰.

²⁷⁸ Neste sentido, aponte-se a ideia de Alexandre Câmara, para quem a ressalva relativa aos bens considerados de elevado valor “deve ser considerada implícita em todos os dispositivos que estabelecem casos de impenhorabilidade” (CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: Arruda Alvim [et al] (Coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/73 ao Novo CPC: estudos em homenagem a Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 18).

²⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação - propostas para minimizá-la*. Revista de Processo. vol. 28, n.109, p. 134-147, jan. 2003, p. 145 - Grifos no original.

²⁸⁰ Corroborando das ideias expostas no presente parágrafo: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 167, nota 26.

Advirta-se que, do mesmo modo que há hipóteses legais em que a impenhorabilidade de um bem é afastada em virtude da natureza do crédito exequendo (v.g., crédito alimentar), é possível, ao juiz, tornar um bem inexecutável independentemente do seu valor quando, em atenção à situação das partes e à natureza do direito do crédito, isso se mostrar necessário para que a proteção à dignidade humana do executado, por intermédio de um direito fundamental, seja mantida. Dessa forma, v.g., em relação à Lei 8.009/90, o mesmo raciocínio que justifica a flexibilização da impenhorabilidade do bem de família de alto valor ou dos bens móveis que guarnecem a residência, justifica também a flexibilização das próprias exceções trazidas pelo art. 3º daquela legislação à impenhorabilidade do bem de família, de modo que não se poderá reduzir o devedor a uma condição de “objeto”, ferindo sua dignidade²⁸¹.

Nesse sentido, no julgamento do REsp 1.436.739/PR²⁸², já decidiu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que “o rol das impenhorabilidades do ordenamento pátrio objetiva preservar o mínimo patrimonial necessário à existência digna do executado, impondo ao processo executório certos limites”. Assim, entendeu essa Corte Superior que a depender das peculiaridades do caso, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas, de modo a adequar a tutela aos direitos fundamentais, como por exemplo: o direito à moradia, à saúde ou à dignidade da pessoa humana, como corolário da aplicação do princípio da adequação e da necessidade sob o enfoque da proporcionalidade²⁸³.

Como segunda diretriz aqui adotada tem-se que as regras de impenhorabilidade, como normas que visam proteger direitos fundamentais do devedor e ao mesmo tempo impõe restrições a direitos fundamentais do credor, podem ser objeto de controle de constitucionalidade difuso ou *in concreto* e, com base nos critérios da ponderação entre direitos fundamentais, princípios e regras e utilização do racional da proporcionalidade e adequação, serem afastadas, mitigadas ou ampliadas, a

²⁸¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

²⁸² STJ, REsp 1.436.739/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 27.03.2014.

²⁸³ Sobre a aplicação do critério da proporcionalidade como método para a justificação de intervenções em direitos fundamentais e para solução de suas colisões, conferir por todos DIMOULIS e MARTINS: *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 159-209.

depender da realização e proteção dos interesses e direitos fundamentais das partes em litígio²⁸⁴.

Coube ao CPC revisitar a matéria no tocante à regulamentação do controle repressivo difuso (ou concreto) de constitucionalidade, ou seja, aquele feito por qualquer órgão do Poder Judiciário, quando da análise incidental da inconstitucionalidade no bojo de um caso concreto. Com efeito, deve ser observada a sistemática prevista pelos arts. 948 a 950 do CPC ao tratar do procedimento necessário à declaração incidental (*incidenter tantum*) da inconstitucionalidade via controle difuso, por meio da instauração de um incidente próprio e voltado a essa finalidade. Cumpre ser respeitada a conhecida “cláusula de reserva de plenário”, insculpida no art. 97 da CF/88²⁸⁵, bem como a estrita obediência à regra da reserva de plenário quando se tratar do pronunciamento de um órgão judicial colegiado (vide Súmula Vinculante nº 10 do STF²⁸⁶).

Tratando-se de julgamento em primeiro grau, contudo, o juiz de piso não precisará necessariamente abrir incidente ou dizer expressamente que está a realizar controle de constitucionalidade difuso, bastando apenas que a fundamentação da decisão ou da sentença seja exaustiva quanto ao assunto, demonstrando expressamente as razões, os motivos e os critérios utilizados para se afastar determinada regra geral, respeitadas as diretrizes insculpidas pelos §§1º e 2º do art. 489 do CPC a fim de possibilitar o efetivo controle do julgado pelos jurisdicionados e pelos tribunais. Aliás, em respeito às regras expressas do contraditório efetivo, dispostas nos arts. 9º e 10 do CPC, o julgador não poderá tomar qualquer decisão sem que seja concedida à parte que a decisão desfavoreça a oportunidade prévia de se manifestar.

Tal medida poderá ser tomada, inclusive, de ofício pelo julgador do caso, sempre que, respeitadas as balizas anteriormente traçadas e diante das circunstâncias concretas, perceber que a manutenção de determinada regra de impenhorabilidade sobre bem

²⁸⁴ Defendendo a interpretação restritiva das impenhorabilidades: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 233 e ss.; GRECO, Leonardo. *O processo de execução – V. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

²⁸⁵ “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²⁸⁶ “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

do devedor representará afronta desproporcional aos direitos fundamentais do credor, ao passo que sua superação não significará, a propósito, qualquer lesão à dignidade humana do executado ou de sua família. Ademais, o magistrado de piso ou órgão fracionário do Tribunal que decidir afastar a incidência de algum dispositivo legal atinente à impenhorabilidade deverá lançar mão de argumentos principiológicos - utilizando-se da “lei de colisão”, da ponderação e, em último caso, do sopesamento dos direitos fundamentais em razão dos efeitos pragmáticos - e não de política.

Em qualquer caso, utilizar-se, na fundamentação do *decisum*, de argumentação vaga e de fórmulas repetitivas, que servem para fundamentar qualquer outra decisão, nada mais é do que lançar mão de argumentos meramente políticos, expressamente vedados pelo §1º do art. 489 e pela “lei de colisão” das normas de direito fundamental. Aliás, como bem observado por Lenio Streck ao criticar o resultado do julgamento do REsp. nº 1658069/GO²⁸⁷, afirmar que “a jurisprudência da corte vem evoluindo no sentido de admitir a medida se ficar demonstrado que ela não prejudica a subsistência digna do devedor e de sua família’ é, exatamente, lançar mão de argumentos de política e de moral”²⁸⁸, sendo que, em uma democracia, esses juízos são exclusivos do Legislativo.

É evidente que não se pode admitir que a organização estatal, seja por meio da legislação, seja pela atuação jurisdicional, ofereça proteção inadequada ou insuficiente a qualquer espécie de pretensão exposta em juízo²⁸⁹. O direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário (Art. 5º, inc. XXXV da CF/88) exerce função positiva quando determina que o Estado ofereça mecanismos legislativos e judiciais para a tutela adequada, tempestiva e efetiva de qualquer espécie de lesão ou ameaça a direito levadas às portas do Judiciário.

²⁸⁷ Trata-se de julgado que negou recurso especial e manteve autorização para que 30% do salário de um policial fosse destinado à Associação Goiana de Ensino, em virtude ter se entendido que a penhora de percentual do salário do devedor não comprometeria a subsistência digna dele e de sua família, relativizando, portanto, a regra de impenhorabilidade dessa verba (STJ, REsp 1658069/GO, rel. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 14.11.2017).

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *STJ erra ao permitir penhora de salário contra expressa vedação legal!*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/senso-incomum-stj-erra-permitir-penhora-salario-expressa-vedacao-legal>>. Acesso em 23 de março de 2019.

²⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de alto valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner. In: ASSIS, Araken de; et al (Org.). *Processo Coletivo e outros temas de Direito Processual – Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 596.

Vale dizer, seria inócuo e de uma retórica desnecessária dizer-se que é garantido o acesso ao Poder Judiciário se o Estado não imprime meios de assegurar e efetivar o direito material reconhecido quando se depara defronte às pretensões levadas a sua chancela. Levar-se-ia à farfalha a garantia do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário se apenas a dimensão negativa deste direito fosse posta em destaque (o mero *deixar de proibir o acesso ao Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito*), de modo que apenas no âmbito formal existisse a tutela de todo e qualquer direito, fundamental ou não.

O direito de ação, muito além de garantir apenas a resposta do juiz²⁹⁰, deve ser entendido e aplicado sob o viés do direito fundamental da tutela processual adequada, tempestiva e satisfativa e, por conseguinte, do direito fundamental do credor à execução forçada. Já se falou a respeito (vide tópico 2.2.2. *retro*) em uma *garantia constitucional à tutela jurisdicional executiva*²⁹¹, em um *direito fundamental do credor à tutela executiva*²⁹² ou, ainda, em um *direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva*²⁹³.

É nesse sentido que Marcelo Lima Guerra, ao enunciar a execução civil satisfativa enquanto direito fundamental (direito fundamental do credor à tutela executiva) que corresponde, precisamente, na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo (postulado da máxima coincidência possível), extrai consequências jurídicas que atribuem três deveres-poderes ao juiz: a) as normas relativas aos meios executivos devem ser interpretadas de forma que delas se extraia a maior proteção

²⁹⁰ O que demonstra uma superação das teorias abstratas – as quais preconizam que o direito de ação seria um direito subjetivo, público, autônomo a uma sentença - e da própria teoria da ação apresentada por Liebman, também chamada de eclética, pela qual a ação se refere a uma *fattispecie* determinada e individuada, sendo o direito a obter que o juiz proveja resultado ao seu respeito, ou seja, para além da simples provocação dirigida ao Estado-juiz, a ação consubstancia-se no direito ao pronunciamento de mérito ou direito à manifestação estatal quanto à procedência ou não do pedido realizado pelo autor (*Manual de direito processual civil*, vol. I. 2ª ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 151).

²⁹¹ COUTURE, Eduardo Juan. Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil*. T. I. Buenos Aires: Ediar, 1948, *passim*.

²⁹² Reconhecendo a existência de um direito fundamental à tutela executiva: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82-110. Na mesma linha, falando em *direito fundamental do credor à execução forçada*: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 123-127.

²⁹³ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*.

ao direito fundamental à tutela executiva; b) a adoção de meios executivos, ainda que atípicos ou vedados em lei, que se mostrem imprescindíveis para a tutela desse direito, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes; e c) o afastamento ou a não aplicação de normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – que implica restrição ao direito fundamental do credor – não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental que venha a prevalecer no caso concreto²⁹⁴.

Ainda, é o que expõem Marinoni, Arenhart e Mitidiero ao defenderem que o direito de ação deve permitir ou viabilizar o efetivo alcance das tutelas prometidas pelo direito material, necessitando, pois, “contar com procedimentos e técnicas processuais idôneas à particular tutela do direito substancial”²⁹⁵, uma vez que o direito de ação não se exaure com o reconhecimento do direito material ou o com o julgamento de mérito²⁹⁶⁻²⁹⁷. No mesmo sentido, a valiosa lição de Celso Neves ao apontar que a tutela jurisdicional não é só dizer o direito, mas também realizá-lo, de modo que ao lado de uma “juris-dição” há de haver também uma “juris-satisfação”²⁹⁸ - a despeito do citado autor considerar a execução uma mera atividade consequencial, somente de prestação jurissatisfativa e sem jurisdição, no que não se corrobora no presente estudo.

Tal posição é sustentada, aliás, por abalizada doutrina estrangeira dedicada ao estudo do tema. Nesse sentido é o que expõe Giuseppe Tarzia quando, ao se referir a *ordem*

²⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-105.

²⁹⁵ *Novo curso de processo civil*, Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 39-40.

²⁹⁶ “[...] o direito fundamental de ação não obriga o Estado a protegê-lo nas relações privadas (como ocorreria se fosse um direito fundamental material de proteção) ou de uma mera garantia à tutela jurisdicional estatal. O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Ele não é um direito que exige que o Estado atue para protegê-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 206-207)

²⁹⁷ Ainda a respeito da relação entre acesso à justiça e tutela executiva, ver na doutrina brasileira, além daqueles já citados: GRECO, Leonardo. A reforma do processo de execução. *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 773; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 123-127; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 5-7.

²⁹⁸ NEVES, Celso. Classificação das ações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 70, p. 345-359, 1975.

*jurídica justa*²⁹⁹ (em sentido aproximado, mas não idêntico, ao que conhecemos como *devido processo legal*³⁰⁰), afirma que o processo, a fim de ser considerado *justo*, deve respeitar a disposição constitucional expressa pela necessidade de que seja adequado ao objetivo a que se destina e, portanto, não produzir efeitos insuficientes ou exorbitantes a seu respeito³⁰¹. De tal modo, sustenta a aplicabilidade do art. 6º da *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* aos processos de execução forçada, inclusive com fulcro em diversos julgados da Corte Europeia, com base na consideração de que o direito de acesso aos tribunais “seria ilusório se o sistema jurídico interno de um Estado permitisse que uma decisão judicial definitiva e vinculante permanecesse inoperante em detrimento de uma parte” sendo que “(...) a execução de uma sentença, de qualquer jurisdição, deve, portanto, ser considerada como parte integrante do ‘processo’”³⁰².

Fato é que a dignidade humana comporta uma vertente absolutamente subjetiva, de modo que o que pode ser considerado digno para uma pessoa, pode não sê-lo para outra. Trazendo o aspecto da dignidade humana para os limites da responsabilidade patrimonial, muitos devedores podem considerar mais digno o pagamento de suas dívidas e a tentativa da manutenção do seu bom nome, ainda que ligeiramente abalado, do que um eventual não empobrecimento às custas do benefício de ter certos bens insuscetíveis de constrição judicial. Outros, ao contrário, veem-se aliviados com a proteção que lhe garante a impenhorabilidade de determinados bens.

Diante das indagações mais filosóficas sobre o alcance das regras de impenhorabilidade, Adriano Ferriani põe em xeque a extensão da aplicação da

²⁹⁹ Na doutrina brasileira: “(...) a tutela justa não é vista apenas no papel, senão porque aí inclui não só o direito de receber a tutela, mas, especialmente, de poder usufruí-la em condições mais próximas possíveis daquelas que se teria caso não tivesse ocorrido a crise jurídica que teve de ser debelada no Poder Judiciário. Ratificando, pois, tutela justa é aquela que reconhece e permite a fruição do direito ao litigante que seja dela merecedor” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 4).

³⁰⁰ A Constituição Italiana não se utiliza da expressão *devido processo legal* para se referir a um procedimento em contraditório, com garantia da ampla defesa e seguindo ritos definidos previamente pela lei. Para tanto a Lei Maior italiana se utiliza da locução “*giusto processo*”, em seu art. 111 para se referir a um procedimento entre as partes e o juiz previsto por lei, garantidas a igualdade e isonomia e a imparcialidade do juiz. É previsto, ademais, a duração razoável do processo, sem negar, contudo, a existência de um modelo processual de atuação estatal, que deve ser observado para que, ao final, a decisão seja considerada legítima.

³⁰¹ TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. *Rivista di diritto processual*. Padova: Cedam, 2002, p. 339-340 – tradução livre.

³⁰² TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. *Rivista di diritto processual*. Padova: Cedam, 2002, p. 331 – tradução livre.

dignidade às relações de natureza privada e à responsabilidade patrimonial indagando sobre o que seria considerado *certo*: “se a dignidade tem a sua faceta ética (viver bem) e também a sua faceta moral (preocupação com o próximo), em que medida é possível considerar legítima a fundamentação da proteção do patrimônio de um sujeito se isso asfixia o direito de outro?”³⁰³.

Se a dignidade humana é princípio imanente a todas as pessoas, a sua proteção deve se dar de maneira igualitária e isonômica para ambas as partes litigantes em um processo, visto que o credor também é detentor da garantia da manutenção e promoção de sua dignidade. Assim, por exemplo, se em dada circunstância é possível fazer uso da dignidade humana para benefício do executado - tal como a situação jurídica preconizada pela súmula 486 do STJ, que tem por fundamento remoto a preservação da dignidade por meio da manutenção da moradia - não se pode preterir a dignidade do exequente que, eventualmente e nos pormenores das circunstâncias do crédito, venha a ser prejudicada em função da concessão da proteção ao (patrimônio do) executado.

Por derradeiro, vale repontuar as observações tecidas na parte final do tópico 2.2.3.1 (retro), no sentido de que não há “liberdade” do intérprete realizador da norma concreta, no sentido de um voluntarismo hermenêutico, visto que o enunciado semântico trazido pelo constituinte e pelo legislador ordinário opera como uma “moldura” para a norma e, portanto, como limite à discricionariedade do intérprete. Assim, numa eventual hipótese excepcional de superação do texto legal colidente com

³⁰³ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 127. A respeito do conflito entre a dignidade humana do credor e do devedor na execução por quantia certa, especificamente abordando a temática das impenhorabilidades, o autor propõe ainda outras indagações bastante provocativas: “Transportada a discussão para o âmbito da responsabilidade patrimonial, ainda que superficialmente, apenas para a demonstração da dificuldade ínsita ao tema, todas aquelas indagações suscitadas quanto às hipóteses de impenhorabilidade e também às exceções a ela, conforme a natureza do crédito ou a função desempenhada pelo bem, esbarram em verdadeira discussão filosófica. Qual percentual do salário deve ser impenhorável? Esse percentual deve variar em função do montante percebido, em valores absolutos? O bem de família deve ser protegido independentemente do valor do imóvel? Aspectos subjetivos, como, por exemplo, o fato de o devedor estar gravemente adoentado e, por essa razão, precisar de mais recursos, devem interferir na impenhorabilidade de seus bens em maior extensão? E as circunstâncias subjetivas atinentes ao credor? E se o adoentado for o credor? Devem tais circunstâncias, principalmente as que de alguma forma possam limitar seus direitos fundamentais, ser levadas em consideração? A proporção da dívida em relação ao valor do bem tido como impenhorável pode justificar a penhora? A boa-fé ou má-fé do devedor tem relevância para a responsabilidade patrimonial?” (*Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 125).

a normativa constitucional, não deverá ser admitida qualquer interpretação conflitante com o sentido literal mínimo da Constituição e dos textos legais.

Nesse contexto, cauteloso com a legitimidade das decisões *contra legem*, Thomas de Bustamante expõe seu raciocínio, o qual merece registro:

Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando uma manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela. A exigência de razoabilidade, emanação concreta do Estado de Direito e da pretensão de correção (*claim to correctness*) do Direito (que no caso da Constituição de 1988 está expressamente consignada no Preâmbulo e no art. 3º, I), exige uma relação adequada entre norma e a situação da realidade sobre a qual ela incide. É justamente a partir dos postulados da razoabilidade, da coerência e da proporcionalidade – cujos conteúdos precisam ser especificados ao máximo para tornar a justificação jurídica uma empresa racional – que é possível decidir *contra legem*.³⁰⁴

Portanto, ao tratar da interferência das normas constitucionais na esfera privada, as regras de impenhorabilidade consideram a dignidade humana para nortear suas determinações e, assim sendo, deve-se, em regra, aplicá-las por meio da subsunção³⁰⁵. No entanto, em face da falibilidade imanente do legislador em prever todas as situações que podem se originar na realidade dos fatos, excepcionalmente devem ser admitidas interferências a fim de que, diante do caso concreto, o intérprete possa avaliar se nesta ou naquela situação haverá afronta desproporcional à dignidade humana do executado ou do exequente e aos direitos fundamentais das partes a fim de preservar ou não (afastamento da incidência legal) o patrimônio dispensável e impenhorável do executado. É no modelo da aplicação das normas de direitos fundamentais, por meio da ponderação – e conseqüentemente, aplicação da proporcionalidade e razoabilidade – e do sopesamento do “peso” do núcleo dos direitos em jogo, que se fornece um caminho seguro que oriente e justifique que o intérprete do direito deixe de aplicar normas (regras) expressamente postas ou, ainda,

³⁰⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação “contra legem”: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 240.

³⁰⁵ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 132-133.

aplique outras que, embora não positivadas, encontram-se no âmbito semântico da proteção do núcleo de algum direito fundamental.

3. A CRISE DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO POR EXPROPRIAÇÃO E OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

3.1. A crise do procedimento executivo

A incontestável situação de abarrotamento do Poder Judiciário brasileiro apresenta-se como um verdadeiro entrave à efetividade da tutela jurisdicional avocada pelo mesmo. Por conseguinte, a promessa de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, estampada na Constituição Federal, apresenta-se cada vez mais quimérica, enquanto a realidade da sua fruição ainda se mostra longe de um desfecho satisfatório, sobretudo, sob o viés da busca pelo acesso à justiça e da efetivação dos direitos materiais reconhecidos perante o Poder Judiciário. Evidentemente, a temática não é inédita ou nova na doutrina pátria ou estrangeira³⁰⁶, mas mostra-se sempre contemporânea e atual, visto que as soluções encontradas pelo legislador, pela doutrina ou pela jurisprudência para tentar corrigir os problemas da carência de efetividade da tutela jurisdicional – e, portanto, do próprio acesso à justiça³⁰⁷ - são incapazes de acompanhar o crescente aumento do número de demandas e o aparecimento de novos ramos no direito na última década.

Números do relatório anual “Justiça em Números”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativo ao ano de 2018 (com base em dados colhidos no ano-calendário de 2017), apontam que o total de processos em curso perante o Poder Judiciário brasileiro no referido período superou o montante de 80 milhões³⁰⁸. Especialmente na execução, os processos são morosos e o resultado prático dificilmente permite a satisfação integral do direito reconhecido pelo Estado-juiz. No

³⁰⁶ Vide: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, n. 2, p. 450-469, 1994; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo*. *Revista de Processo*. v. 24, n. 94, p. 34–66, abr./jun., 1999.

³⁰⁷ Conforme expõe Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 117), para a concretização do direito de acesso à justiça não é suficiente a majoração do número de cidadãos que possam ingressar em juízo, sendo indispensável o aprimoramento da ordem processual, a fim de garantir resultados úteis e satisfatórios aos que submetem os seus litígios à apreciação do Poder Judiciário.

³⁰⁸ JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em números 2018*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 21 de março de 2019.

âmbito do Poder Judiciário nacional a taxa de congestionamento³⁰⁹ na execução extrajudicial não-fiscal foi de 85%, na execução judicial não-criminal de 70,7% e na execução fiscal de 91,7%, enquanto na fase de conhecimento não-criminal foi de 60,5%. Já se cotejarmos o Índice de Atendimento à Demanda (IAD)³¹⁰, no primeiro grau, na fase de execução e na fase de conhecimento, percebe-se que enquanto na segunda o total de processos baixados é maior que o de casos novos, resultando em índice de 117%, na execução este índice ainda é de 89%. Vale dizer: *há tendência de crescimento da taxa de congestionamento na execução civil e fiscal em âmbito nacional e, a cada ano, se acumulam mais processos nos escaninhos do Poder Judiciário.*

Incoerentemente, conforme apontado no referido relatório, a fase de conhecimento, na qual o juiz tem que vencer a postulação das partes, sanear o processo e superar toda a dilação probatória para chegar à sentença, se mostrou mais célere (no sentido de se atingir o fim desejado) do que a fase de execução que, *a priori*, não envolve atividade de cognição, mas somente de concretização do direito reconhecido na decisão interlocutória, sentença, acórdão ou no título executivo extrajudicial. E, apesar de celeridade e efetividade serem conceitos distintos e não necessariamente interligados, uma execução morosa e retardada tende a demonstrar, na prática, a existência de problemas estruturais dos procedimentos predispostos pela legislação para a execução civil.

Em um país que conta com quase metade da sua população adulta em situação de inadimplência - 40% da população adulta ou 60,1 milhões de pessoas³¹¹ - entender se tratar a temática da execução civil como o principal problema responsável por abarrotar os escaninhos do Poder Judiciário, acarretando o impedimento da fruição

³⁰⁹ A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Conforme informações do CNJ, a taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.

³¹⁰ O Índice de Atendimento à Demanda (IAD) reflete a capacidade das cortes em dar vazão ao volume de casos ingressados. Quando o índice é inferior ao patamar de 100%, há aumento do número de casos pendentes. De acordo com o relatório do CNJ, o IAD mede a relação entre o número de processos baixados e o número de casos novos apresentados no mesmo período, medidos separadamente no 1º e 2º grau.

³¹¹ Levantamento realizado pela pesquisa Serasa Experian. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/inadimplencia-do-consumidor-inicia-2018-em-queda-revela-serasa>>. Acesso em 09 de julho de 2019.

do direito material reconhecido pelo título executivo, é, no mínimo, aplicar uma injusta metonímica de *causa* pelo *sintoma*, isto é, de *crise político-econômica* por *inefetividade da execução civil*.

É preciso fazer a ressalva de que a crise da execução civil não está relacionada somente, ou principalmente, com a questão da morosidade e da ineficiência das regras processuais, nada obstante se apresentarem, estas, como os sintomas mais aparentes³¹². Ao contrário, consequência de um falso truísmo, tem-se que a ineficiência da execução resulta da conjugação de diferentes fatores, tais como a escassez de órgãos judiciais e a vacância nos mesmos, a carência e a disparidade de recursos e tecnologia entre as diversas comarcas estaduais e federais espalhadas pelo território, a forte cultura da litigância enraizada no país, a negligência dos grandes litigantes do Poder Judiciário em buscar solucionar os problemas causados e a ascensão de novas áreas do direito (biodireito, internet das coisas, tecnologia, *startups*) que não encontram respostas imediatas na legislação para sua regulamentação.

Por isso, não se relega a consciência de que impossível é se objurgar unicamente os efeitos da duração excessiva dos processos judiciais aos defeitos da legislação processual civil. Longe, entretanto, de querer aqui defender os inegáveis resquícios de um formalismo exacerbado e inútil, que ainda pesam sobre a legislação processual pátria, e que podem e devem ser combatidos e exortados do ordenamento e da mentalidade dos operadores do direito e dos jurisdicionados – juízes, partes e advogados.

De outro lado, é preciso ter consciência da hiperbólica dimensão que se dá à morosidade processual, como se esta fosse um mal em si mesma. Querer uma tutela de direitos justa, adequada e tempestiva é sem dúvida um dos fins, quiçá o maior deles, de qualquer ordenamento jurídico. Contudo, é preciso sopesar que se uma justiça excessivamente lenta é deveras uma justiça ruim, uma justiça excessivamente rápida não é sinônimo de uma justiça boa³¹³. Ora, um processo de caráter garantístico é, decerto, um processo mais lento. Celeridade e preservação das garantias

³¹² A respeito, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual. Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-13.

³¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual. Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

constitucionais e processuais, apesar de não serem conceitos necessariamente opostos sob o ponto de vista temporal, devem ser vistas *pari passu* por extensão da vontade social, de forma que a conquista de uma não signifique a preterição da outra.

Certo é que não há remédio único capaz de debelar a crise do processo de execução, pelo simples motivo de que não é único o diagnóstico e, também assim, o prognóstico³¹⁴. *A execução civil não deve ser simplesmente revista, mas repensada.*

Objeto de modificações casuísticas e pontuais em virtude das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, a execução civil parece ter ganhado pouca atenção do legislador do Código de Processo Civil de 2015, mantendo-se, em grande parte, as modificações trazidas no texto do antigo diploma processual³¹⁵, sobretudo, em matéria de impenhorabilidades. Não significa dizer, todavia, que a execução não tenha passado por importantes transformações, ainda que “silenciosas”³¹⁶, consistentes, sobretudo, na atipicidade dos meios executórios (art. 139, IV do CPC) e na adequação dos meios

³¹⁴ Em artigo abordando os entraves da execução civil e propostas para sua superação, Leonardo Greco aponta como causas para essa crise, dentre outras: i) excesso de processos, sendo, no caso da execução, derivada da democratização do acesso ao crédito; ii) a inadequação dos procedimentos executórios, que leva o juiz da execução, prisioneiro dos ritos que o distanciam das partes e da realidade da vida, impulsionar sem qualquer apetite a execução, conduzindo-a ao sabor dos ventos das provocações impacientes do credor e das costumeiras procrastinações do devedor; iii) ineficácia das coações processuais: o devedor não colabora com a execução e os meios de pressão que a lei estabelece não são suficientes para intimidá-lo; iv) um novo ambiente econômico e sociológico em que o espírito empresarial e a sociedade de consumo estimulam o endividamento das pessoas e o inadimplemento das obrigações pelo devedor deixou de ser socialmente vexatório e reprovável; v) a progressiva volatilização dos bens: mudou inteiramente o perfil patrimonial das pessoas, antes concentrado em bens de raiz, e agora tendencialmente dirigido a investimentos em títulos e valores facilmente negociáveis, o que dificulta a sua localização pelo credor; vi) a excessiva centralização da execução nas mãos do juiz, inclusive para prática de meros atos burocráticos; vii) falta de aparelhamento dos credores para identificação de bens de propriedade dos seus devedores; viii) o *exagero do direito brasileiro com as impenhorabilidades*, sobretudo em relação à remuneração do devedor, aos instrumentos de trabalho e ao bem de família legal (Execução Civil - Entraves e propostas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Vol. XII, n. 12, p. 399-445, 2013).

³¹⁵ Por todos, criticando a incongruência em se sustentar o sincretismo processual e, ao mesmo tempo, defender a subsistência de ações ou sentenças condenatórias, Cassio Scarpinella Bueno: “Para este Manual, cabe destacar que absolutamente nada das conquistas efetuadas pela doutrina do direito processual civil desde 1994 no que tange a este tema foi modificado pelo CPC de 2015. E nisto não reside, prezado leitor, nenhuma crítica ao novo Código. Trata-se, tão somente, de uma constatação: a de que durante todo o processo legislativo não prevaleceu nenhuma ideologia ou entendimento diverso” (*Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 422).

³¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 986-987; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, capítulo introdutório; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/arevolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>>. Acesso em 04 de abril de 2019.

à finalidade do processo, que é garantir a tutela dos direitos materiais de forma adequada, efetiva e tempestiva³¹⁷.

A despeito dos versados avanços, contudo, ainda fica a irresignação: a quem interessa um sistema judicial lento e ineficiente, senão aos grandes demandados do Poder Judiciário. Em relatório divulgado no ano de 2012³¹⁸ (referentes a dados colhidos entre os meses de janeiro e outubro de 2011), o CNJ trouxe uma relação dos 100 maiores litigantes do Poder Judiciário. Nesse estudo constatou-se que o setor público federal ao lado das instituições bancárias representaram cerca de 76% do total de processos tramitando no Poder Judiciário, sendo cada um responsável por aproximadamente 38%, enquanto o setor público estadual e as empresas de telefonia ocupavam a terceira e quarta posições, respectivamente, na lista, com 8% e 6% de todos os processos. Ressalte-se que tais litigantes ocupam majoritariamente a posição de demandados (polo passivo) nos processos, ou seja, presume-se maiores as chances de serem alvo de uma eventual execução futura, caso já não o sejam.

É de se pensar que o Estado cria dívidas por meio de empréstimos (tesouro direito, títulos públicos) para custear suas crescentes despesas. Também que, sabidamente, os recebidos com os empréstimos não superam os juros pagos, já que o Estado, em sua essência, não visa o lucro e, portanto, não atua no mercado para gerar rendimento, mantendo-se, em grande parte, em função da arrecadação com tributos e empréstimos. Por sua vez, sabe-se que, por vezes, os grandes conglomerados bancários e as empresas de telefonia utilizam-se do Poder Judiciário como forma de potencializar lucros mediante provisionamento e escalonamento de possíveis perdas em ações judiciais. Em certos aspectos, torna-se vantajoso levar um dissídio para ser resolvido na morosidade de um processo judicial do que investir tempo, capital, recursos humanos e tecnológicos para a solução do problema.

É nesse contexto que José Carlos Barbosa Moreira busca desmascarar alguns “mitos” sobre a crise do Poder Judiciário. Escreve o ilustre jurista³¹⁹ que, dentre várias crenças equivocadas no imaginário brasileiro, há o mito de que todos os jurisdicionados

³¹⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, capítulo introdutório.

³¹⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 27 de março de 2019.

³¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual. Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

clamam pela solução rápida dos litígios. Decerto, essa ideia não prospera porque, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível³²⁰, o que, à evidência, tende a tornar o processo menos célere e efetivo.

Com efeito, vale reprimir as louváveis considerações trazidas por Barbosa Moreira sobre a possibilidade de se poder cogitar, inclusive, de uma crise ética e cultural³²¹ dos jurisdicionados e da população brasileira, a qual se reflete no âmbito do Poder Judiciário. Joaquim Calmon de Passos não se distancia desse entendimento. Aduz o celebrado jurista baiano que “não há uma crise do Poder Judiciário. Ela é de toda a nossa organização política [...] a chamada crise do Poder Judiciário é crise por infecção externa. O que a determina é estranho à função jurisdicional no que lhe é específico”³²². De fato, a mudança cultural do procedimento litigioso, que deve passar pela modificação da tradição protelatória e litigiosa das demandas e dos jurisdicionados, é pressuposto determinante para que qualquer processo de execução civil tenha um *iter* mais efetivo e, ao cabo, um resultado satisfativo.

3.2. Tutela do direito material na execução por quantia e a (in)efetividade do processo de execução por expropriação: a coleta de dados sobre a impenhorabilidade

O quadro estatístico dos números do Poder Judiciário trazido pela pesquisa do CNJ, em lume, torna incontestável reconhecer que há, mesmo sob a égide do CPC-15 (que prevê expressamente, nos seus arts. 3º, 4º e 6º, a tutela efetiva e satisfativa como

³²⁰ Apesar de a execução fiscal não ser tema objeto do presente estudo, faz-se aqui a ressalva para demonstrar que a morosidade e a ineficiência também nesse procedimento acarretam um aumento do congestionamento em todo o sistema do Poder Judiciário, o que abala tangencialmente as demais execuções cíveis.

³²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. In: *Revista de Processo*, nº 74, ano 19, abr./jun. 1994, p. 137.

³²² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução Civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 838.

direito do jurisdicionado), um forte desnivelamento da execução civil em relação à propalada efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse ponto, reitera-se que é preciso compreender a noção de acesso à justiça e de efetividade da tutela jurisdicional conjugada com a prestação pelo órgão jurisdicional de uma tutela satisfativa efetiva. É o que apontou Barbosa Moreira, décadas atrás, ao afirmar que “o sentido predominante em que se tem procurado caminhar é o do aumento da efetividade da execução”³²³. Esbarra-se, contudo, além dos já referidos problemas atinentes a todo âmbito do Poder Judiciário, na realidade fática (*praxis*) e legal (*lege lata*) da execução civil por expropriação.

Consequência do desencanto do legislativo e da doutrina com a execução civil, Cândido Rangel Dinamarco já reconheceu outrora que a doutrina processual tem relegado à execução civil posição secundária na teoria geral do processo³²⁴, em virtude de parte dos estudiosos considerarem a atividade executiva menos intelectual e menos nobre, tal como apontado por Leonardo Greco ao comparar a função do juiz da execução àquela de um “operador de mercado”³²⁵.

Com efeito, o procedimento executivo expropriatório brasileiro encontra, ainda, outros entraves específicos que tornam mais penosa à satisfação do direito de crédito do exequente, conforme aponta Rafael de Oliveira Lima³²⁶: a) as limitações das fontes de pesquisa sobre o patrimônio do devedor, bem como a dificuldade de individualizar e localizar o patrimônio sujeito à expropriação; b) a necessidade de requerimento para início do cumprimento de sentença definitivo para pagamento de quantia (arts. 513, §1º e 523, *caput*); c) a necessidade de requerimento de penhora eletrônica de dinheiro (art. 854), nada obstante ser esse o patrimônio preferencial na ordem de penhora e o caminho natural adotado pelo CPC; d) a proteção desproporcional do patrimônio do executado a partir da fixação de rol de bens impenhoráveis (art. 833) que preterem, em algumas hipóteses, o direito ao crédito em proteção do patrimônio daquele que

³²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Revista de Processo*, vol. 41, p. 151-168, jan./mar. 1986.

³²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.

³²⁵ GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 9.

³²⁶ LIMA, Rafael de Oliveira. *Inadimplemento e execução civil: análise do prazo de cumprimento voluntário*. 2018. 487 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Curso de Mestrado em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, p. 47-48.

deve e não paga; e) a dificuldade de aferição e combate às fraudes dos devedores (fraude à execução e fraude contra credor), notadamente em decorrência do direcionamento excessivo do ônus de prova ao exequente; e f) as dificuldades relacionadas com o mau funcionamento do mecanismo da alienação forçada dos bens apreendidos na execução, os quais exigem avaliação dos bens penhorados e fixação de valores mínimos (preço vil) que, muitas vezes, importam na baixa (ou nenhuma) satisfação do direito de crédito do exequente, ainda que o executado possua patrimônio suscetível de expropriação.

Embora possam ser apontados ainda outros problemas específicos da execução (expropriatória) de obrigação de pagar quantia certa, estes não serão objeto de apontamentos no presente estudo, o qual traz como um dos objetivos, como frisado, identificar aspectos da técnica processual, em especial das regras de impenhorabilidades, que têm sido reconhecidos como entraves à efetividade da execução civil à luz da legislação e da realidade fática.

Para tanto empreendeu-se pesquisa empírica com o objetivo de tentar traçar um perfil, uma fisionomia da impenhorabilidade no cumprimento de sentença e no processo de execução, ainda que pela técnica da amostragem³²⁷. Adotando-se como premissa a inegável contribuição que a análise empírica pode fornecer ao Direito, propôs-se, desde o início do desenvolvimento deste estudo, buscar a aplicação prática das ideias aqui trazidas.

É de se reconhecer que grande parte das pesquisas empíricas e estatísticas efetuadas na área do Direito ainda demandam maior rigor metodológico e científico. Aqui não é diferente, admita-se. Primeiro porque ainda nos carece de uma metodologia científica apropriada para levantamento de dados e estatísticas jurídicas confiáveis e adequadas aos problemas que enfrentamos na *práxis* forense. Segundo

³²⁷ Adotou a pesquisa a técnica da “amostragem”, pela qual se utiliza um número da população (conjunto de seres animados ou inanimados que apresenta pelo menos uma característica em comum), denominado estimadores, de maneira aleatória ou não, para aferir o comportamento de toda a população, que é denominada parâmetro, de forma tente apresentar uma determinação da representatividade da amostra. Cabe esclarecer que a amostragem não é uma representação perfeita da população e, portanto, sempre poderá ocorrer diferenças entre o estimador e o parâmetro. Essa diferença, denominada erro amostral, faz com que quaisquer duas amostras não idênticas quase sempre apresentem resultados diferentes, pelo simples fato de serem compostas por elementos distintos (NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77-78).

porque a Ciência do Direito no Brasil ainda sofre com o problema de uma teorização sobre a teorização, como se se fizesse uma metalinguagem sobre a metalinguagem que é a Ciência do Direito. Ao invés de se proceder com diagnósticos, tão precisos quanto possível, dos males que se pretende combater e das causas que os alimentam, com a realização de pesquisas de campo e levantamento estatístico técnicos, preferese, muitas vezes, a conveniência de se apontar a “lógica”, a “experiência” e o “bom senso” como saberes suficientes.

Reconhecendo possíveis falhas metodológicas, e ainda que somente por tentativa, buscou-se aqui alterar essa realidade a fim de trazer ao mundo do Direito a maior quantidade de dados possíveis, com o intuito de embasar as conclusões encaminhadas e, ao ensejo, possibilitar novas pesquisas sobre o tema, a despeito das limitações enfrentadas pela metodologia, pelo objeto, pelo tempo e pela inviabilidade econômica e tecnológica que foram encontradas na realização prática do intento. Não se tem, aqui, qualquer pretensão de imiscuir-se em terrenos de pouca pesquisa ou de remoto acesso, visto que o estudo decerto estaria fadado ao fracasso, tal qual aquele indivíduo que empunha uma arma no escuro e pretende acertar o alvo.

A pesquisa³²⁸⁻³²⁹ teve como proposta inicial investigar como as regras de impenhorabilidade trazidas pelo Código de Processo Civil brasileiro e pela Lei 8.009/90 têm sido utilizadas no âmbito dos processos de execução para pagamento de quantia (seja no cumprimento de sentença ou nos processos autônomos de execução, fundados em título executivo extrajudicial). O projeto de campo

³²⁸ A pesquisa estatística foi realizada junto ao grupo de estudos e pesquisas denominado “flexibilização judicial dos bens impenhoráveis”, que correu sob a batuta do professor Dr. Marcelo Abelha Rodrigues e a cura do mestrando Vander Santos Giuberti. O grupo encontra-se devidamente cadastrado junto ao CNPQ, até este momento, conforme espelho que pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0076732663733027>. Acesso em 28 de março de 2019.

³²⁹ A pesquisa faz parte de um trabalho maior, uma “pesquisa-mãe” de análise empírica de institutos específicos da Execução Civil Brasileira que foi denominada, de forma genérica, como pesquisa de “Execução e Estatística”. Essa “pesquisa-mãe” originou três outros núcleos menores, no qual a presente pesquisa se encontra, denominados, respectivamente: *Adimplemento e Estatística*, desenvolvido por Rafael de Oliveira Lima e que deu origem à dissertação de mestrado intitulada “Inadimplemento e Execução Civil: Análise do prazo de cumprimento voluntário”; *Penhora e Estatística*, desenvolvida pelo mestrando Vander Santos Giuberti e que deu origem aos resultados aqui expostos; e *Adjudicação e Estatística*, pesquisa sob co-coordenação de Cíntia Saldanha Lacerda e que deu origem à dissertação denominada “Dinâmica da adjudicação pelo exequente no Código de Processo Civil brasileiro”.

desenvolveu-se inteiramente na 1ª Vara Cível de Vitória³³⁰, escolhida por ser uma das varas cíveis com a maior quantidade de processos em tramitação no Poder Judiciário do Espírito Santo (7.383 processos em 31.12.2018). O projeto teve início em agosto de 2017, quando a repartição possuía 2.437 processos em execução (englobando tanto as execuções fundadas em título executivo judicial como as fundadas em título executivo extrajudicial e os respectivos embargos), encerrando-se em dezembro de 2018, momento em que a referida vara cível contava com 2.145 processos de execução, sendo 1.606 execuções de títulos extrajudiciais e 539 cumprimentos de sentenças³³¹.

A pesquisa iniciou-se a partir da seguinte hipótese: as regras de impenhorabilidade dispostas no Código de Processo Civil e na Lei 8.009/90, por serem restrições políticas à responsabilidade patrimonial, geram limitações à expropriabilidade dos bens do executado de forma que amplificam (justa ou injustamente) a crise de efetivação e efetividade do procedimento executivo para pagamento de quantia.

Foram analisados 210 processos de execução civil, entre cumprimento de sentença, processos autônomos de execução (fundamentado em título extrajudicial), embargos à execução e ação monitória³³², representando 9,79% dos processos em execução constantes na respectiva vara cível ao final da pesquisa. Desses, apenas 194 processos se referiam à execução para pagamento de quantia e serão objeto da análise seguinte:

a) Considerando o total de 194 processos analisados, constatou-se que 119 processos (ou 61%) correspondem às execuções fundadas em título executivo judicial, enquanto 75 (ou 39%) são de execuções fundadas em título extrajudicial:

³³⁰ As pesquisas ocorriam com a reunião dos integrantes do grupo e seguia-se à análise aleatória dos processos em fase de execução - cumprimentos de sentença ou processos autônomos - constantes apenas no gabinete da repartição. Os integrantes analisavam os autos de cada processo com o propósito de identificar respostas às questões contidas no “Apêndice A – Questionário para perguntas estatísticas”, que segue anexo.

³³¹ Dados conforme relatório produzido com base nos dados retornados do Sistema Intranet do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Sistema “E-JUD”). Para fins de análise quantitativa, havia na repartição, na referida data, 187 processos suspensos entre todas as classes processuais de sua competência.

³³² Para fins estatísticos, foi analisada apenas 1 ação monitória em que, apesar da citação do devedor ainda não ter sido validamente realizada, houve a penhora de 1 imóvel rural com a conseqüente alegação de impenhorabilidade do mesmo, motivo pelo qual consideraremos esse processo incluído dentro da “execução de título extrajudicial”.

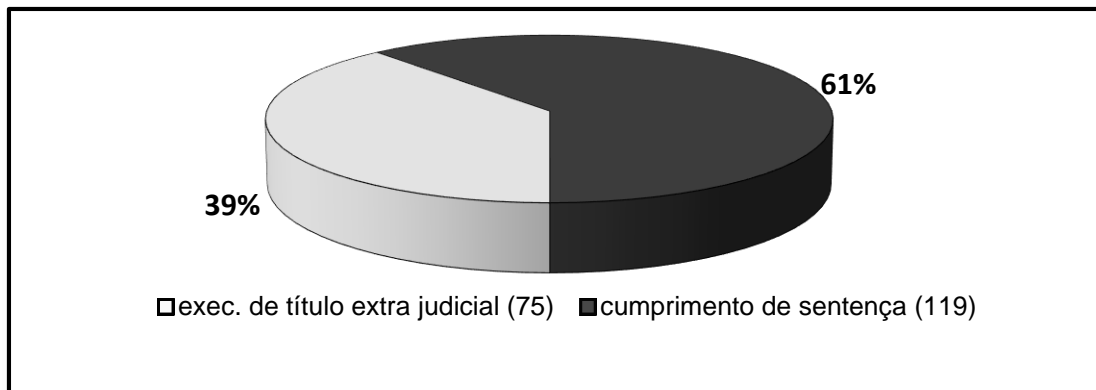


Figura 1 – Demandas fundadas em título executivo extrajudicial X título executivo judicial

b) Comparando as normas de vigência na execução, averigou-se que dos 194 processos analisados, 188 (ou 97%) se iniciaram sobre o regime do CPC-73, enquanto apenas 6 (ou 3%) correram exclusivamente sobre a vigência do CPC-15:

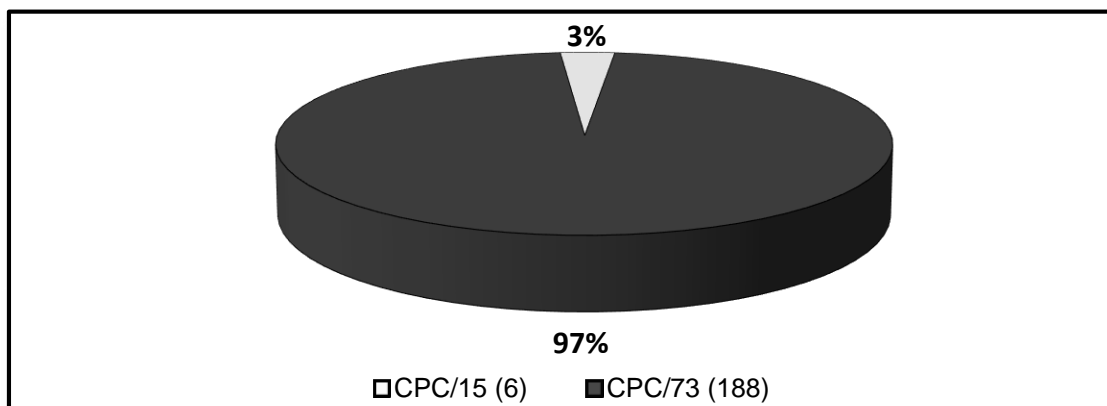


Figura 2 – Processos iniciados na vigência do CPC-15 X Processos iniciados na vigência do CPC-73

c) Entre os 194 processos objeto de análise geral, constatou-se que em 99 deles (ou 51%) ou ainda não havia sido expedido mandado de penhora ou ainda não se tinha praticado qualquer ato executivo para se encontrar bens (tais como consulta ao BacenJud, RenaJud ou Infojud), enquanto tão somente 95 (ou 49%) haviam ultrapassado a fase de tentativas de penhora de bens e/ou dinheiro:

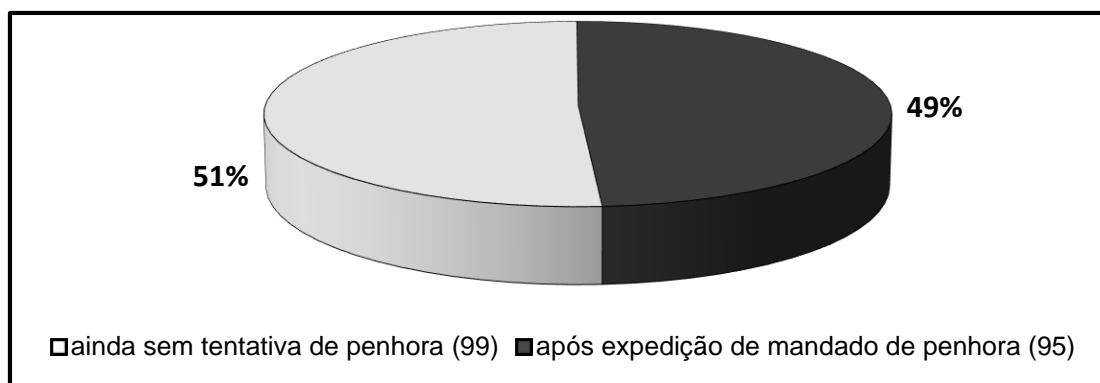


Figura 3 – Processos em fase anterior à tentativa de penhora X posterior à tentativa de penhora

d) Considerando o número de 95 processos que ultrapassaram a fase de penhora, verificou-se que em apenas 44 casos (ou 46%) a penhora foi frutífera, encontrando algum tipo de bem economicamente auferível, enquanto nos demais 51 processos (ou 54%) as tentativas foram infrutíferas, visto não terem sido encontrados bens do executado:

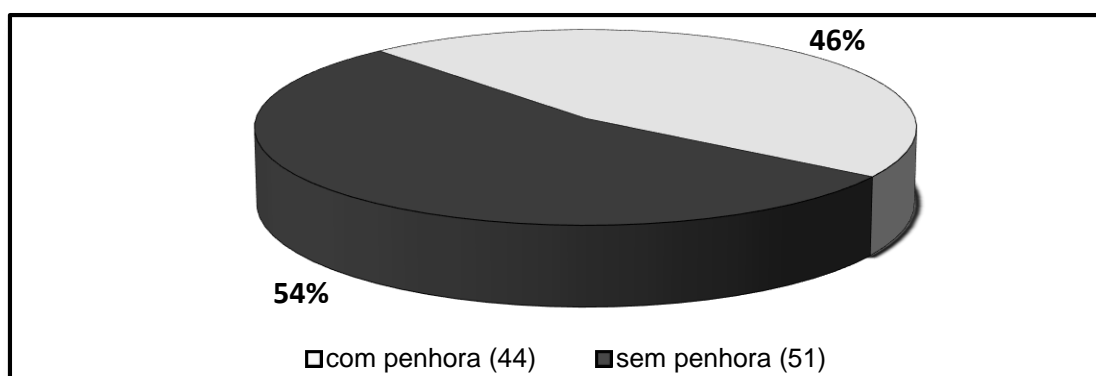
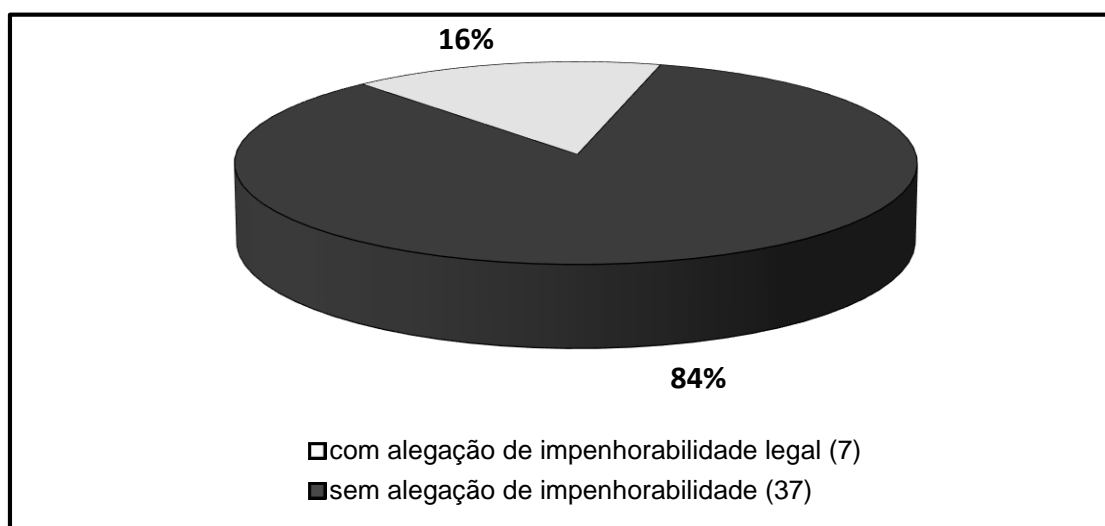


Figura 4 – Processos com bens penhorados X processo com penhora infrutífera (sem bens)

Essa ausência de bens a penhorar pode gerar um problema dos mais graves a qualquer pretensão de efetivação da execução. Isso porque o CPC em seu artigo 921, III, indica a ausência de bens penhoráveis como causa apta a ocasionar a suspensão do processo executivo. Não identificados bens exequíveis, o juiz determinará a suspensão do processo pelo prazo de um ano, durante qual o prazo prescricional também ficará suspenso (§1º). Transcorrido o referido prazo sem que tenham sido localizados bens aptos a satisfazer o crédito exequendo, serão os autos arquivados (§2º) e o prazo prescricional começará a correr automaticamente, isto é, *ex lege* (§4º). Como bem observado por Marcelo Abelha Rodrigues, alcançar a prescrição

executória é um dos objetivos a serem perseguidos pelo executado “cafajeste”³³³, ou seja, aquele que deve, sabe que deve e tem condições de pagar, mas que se utiliza das possibilidades advindas do processo judicial como álibi para se esquivar de suas obrigações.

e) Por fim, apurou-se que dentre os 44 processos que obtiveram êxito com a penhora, ou seja, em que foi encontrado algum bem do devedor inicialmente expropriável, em apenas 7 deles (ou 16%) foi alegado algum tipo de impenhorabilidade³³⁴, enquanto nos demais 37 processos (ou 84% do total) os devedores se mantiveram inertes ou ainda não se manifestaram sobre a penhora. Ainda, por derradeiro, averigou-se que dentre os processos em que houve penhora, em apenas 4 deles (9%) houve satisfação total, sendo 14 (32%) com satisfação parcial e 26 (ou 59%) sem qualquer satisfação.



³³³ Anota o referido professor: “[...] imaginem o quão se sentem aviltados o Estado-juiz do processo ou o exequente que assistem de camarote os absurdos atos do executado que, embora inadimplente no processo e quase favorecido pela contagem do prazo prescricional decorrente da suspensão do processo, ostentar uma vida real, fora do processo, de viagens para o exterior, de festas, colunas sociais e jantares em bons restaurantes, guiando carros de luxo e demonstrando nas redes sociais que o seu cotidiano é oposto à sua realidade processual. No processo é um pobre coitado, e na vida real apresenta uma condição oposta” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em <<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensa-o-de-passaporte>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019).

³³⁴ Partindo do pressuposto de que em alguns processos houve mais de uma penhora, resultando na possibilidade de mais de uma alegação de impenhorabilidade, discrimina-se o resultado: em 5 processos alegou-se a impenhorabilidade dos salários e remunerações; em 1 processo alegou-se a impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/90); em 2 processos foi alegada a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, com base no art. 649, VIII do CPC-73 c/c art. 4º da Lei 4.504/64 (Estatuto da terra).

Figura 5 – Processos com alegação de impenhorabilidade X processo sem alegação de impenhorabilidade

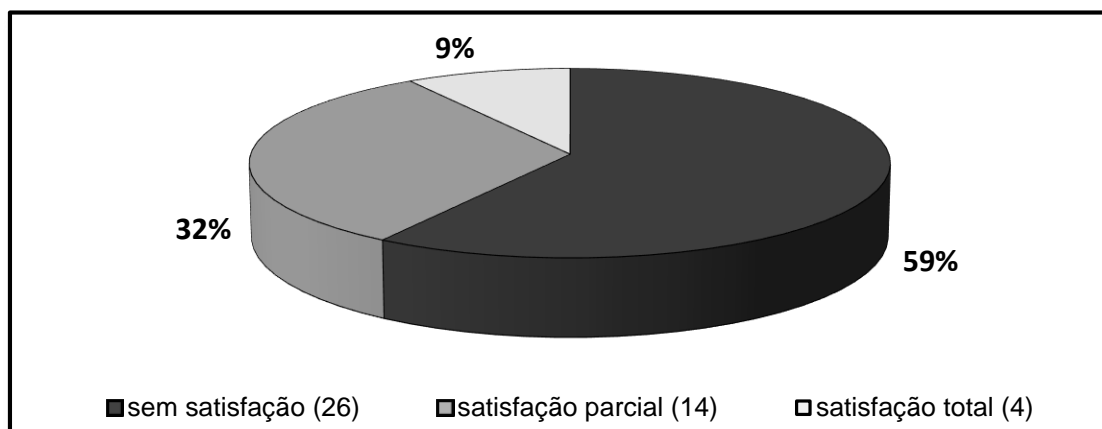


Figura 6 – Processos sem satisfação X parcial satisfação X com satisfação total

Observa-se, portanto, que de um total de 44 processos em que poderia ter sido alegada qualquer das regras de impenhorabilidade constantes na legislação pátria, em apenas 7 deles, ou seja, em 16% do total, o benefício foi exercido como forma de defesa do patrimônio. Reconheça-se, neste ponto, que esse número representa fração muito menor do que aquela que se imaginou quando lançada a hipótese inicial da pesquisa.

De outro lado, é de se observar que como o universo de processos analisados pelo grupo de pesquisa englobou também os processos que estavam em fase inicial de tramitação executiva, acredita-se que o percentual correto para avaliar o índice de alegação de impenhorabilidade poderá aumentar na prática. Há que se considerar, nesse sentido, que há processos em que os executados ainda não foram intimados da penhora ou que estão com prazo aberto para embargar ou alegar a impenhorabilidade por outras vias (exceções de pré-executividade ou simples petições), ainda que não corretas.

De qualquer modo, tais resultados apenas ratificam que a crise da execução civil por expropriação passa muito mais por problemas atinentes à situação sócio-econômica e moral que enfrenta a população, comprovada pelo alto índice de individualidades no

país³³⁵, do que propriamente pela existência das regras atinentes à impenhorabilidade. Não se olvide, entretanto, que o comportamento do executado, que busca blindar seu patrimônio por meio de fraudes à execução ou contra credores, da dilapidação patrimonial e da transferência de bens para outrem, também constitui fator determinante para o alto índice da frustração executiva expropriatória.

De fato, de nada adianta o Código de Processo Civil trazer a previsão de vários meios expropriatórios – alienação, adjudicação, apropriação de frutos e rendimentos – se não há o que se expropriar. É louvável, todavia, a iniciativa adotada pelo Poder Judiciário no sentido de impingir maior relevância na instrumentalização de mecanismos que tornem efetiva a busca de bens do devedor, tais como o Bacen-Jud – programa do Banco Central do Brasil que permitiu a qualquer juiz localizar ativos financeiros de um executado, em qualquer instituição bancária brasileira, por meio de simples comando eletrônico -, o Renajud – de funcionamento similar, mas referente a automóveis – e o InfoJud – sistema de consulta da situação patrimonial do executado junto à Receita Federal.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, apresentou novos e importantes meios executivos para promover a busca do patrimônio do devedor, passando a prever expressamente a possibilidade de o juiz, a requerimento da parte, determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, §3º). É merecedora de nota a inovação trazida pelo art. 139, IV, o qual franqueia ao magistrado a aplicação de medidas executivas atípicas que, atuando sobre a vontade do devedor, sirvam à função de descortinar bens ou valores supostamente ocultos, possibilitando a eventual penhora e expropriação dos mesmos³³⁶. Por fim, o diploma processual reiterou a possibilidade de aplicação de multa de até 20% sobre o valor da execução para o devedor que, intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus (art. 774, V e parágrafo único).

A localização de bens do executado constitui um dos capítulos dos mais tormentosos da execução por quantia certa, conforme aponta Heitor Sica, para quem a melhor

³³⁵ Segundo o IBGE, no Brasil havia mais de 60 milhões de inadimplentes e devedores no ano de 2018. Ainda o rendimento domiciliar per capita médio do brasileiro foi de R\$1.373,00, um valor considerado baixo para os padrões mundiais de países em desenvolvimento.

³³⁶ O tema será objeto de abordagem específica no tópico 5.4 deste trabalho, a qual remete-se o leitor.

solução para esse entrave não será encontrada no âmbito da técnica processual, mas sim na centralização e informatização dos registros públicos acerca da propriedade de bens imóveis e móveis³³⁷. Nos casos de suspensão do processo executivo por falta de bens penhoráveis e como meio de se evitar a prescrição executiva, o autor cogita a decretação de falência ou insolvência civil do executado, reconhecendo que, apesar de não terem como objetivo coagir o devedor à satisfação da execução individual, as mesmas podem, sim, exercer esse papel, ainda que de forma secundária, mediata e indireta³³⁸. De fato, tais medidas tendem a ser mostrar absolutamente úteis se efetivamente aplicadas na prática dos fóruns.

A pesquisa empírica aqui realizada inclina-se a demonstrar que, na atual situação político-econômica vivenciada no país, as regras de impenhorabilidade constituem um problema menor se comparadas às dificuldades em se realizar a penhora em virtude de não se conseguir localizar qualquer patrimônio do executado, ainda que impenhorável. Frise-se, ademais, que a dificuldade em localizar patrimônio do executado para que se possa proceder à expropriação é uma barreira encontrada não só no direito brasileiro, conforme ensinam Jack Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur Miller³³⁹.

Isso não significa, contudo, que a manutenção de certas impenhorabilidades legais não leve a um desequilíbrio desproporcional na execução civil, sobretudo em favor do devedor-executado, conforme já amplamente debatido. Basta pensar que no caso de

³³⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Efetividade da execução civil - Relatório Nacional (Brasil). *In: Civil Procedure Review*, vol. 4, Special Edition, 2013, p. 176.

³³⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Efetividade da execução civil - Relatório Nacional (Brasil). *In: Civil Procedure Review*, vol. 4, Special Edition, 2013, p. 182. A ideia, inclusive, não é inédita na doutrina. Marcelo Abelha aponta na mesma direção ao sugerir que sempre que o processo ficar suspenso por falta de bens penhoráveis “com ciência do executado, haverá uma situação concreta que atesta que aquele executado não possui patrimônio suficiente para saldar a dívida assumida. É a presunção absoluta de sua condição de insolvente civil. Nesta hipótese, porque não prevenir a sociedade e outros credores desta situação, aplicando-se as mesmas sanções processuais decorrentes de uma insolvência civil, qual seja “o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles” (art. 752 do CPC/73), ou seja, fica inabilitado à prática de todos os atos da vida civil (art. 782 do CPC/73), com as consequências lógicas daí decorrentes como não poder ter cartão de crédito, conta em banco, realizar contratos onerosos, etc” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em <<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensa-o-de-passaporte>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019).

³³⁹ “A more common difficulty in execution is the problem of locating the judgement debtor’s assets. It must be remembered that the typical civil judgement declares liability and its amount, but [...] a recalcitrant debtor can, through concealment of assets or fraudulent conveyance, frustrate enforcement of the judgement” (FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul: Minn: West Pub, 1985, p. 714)

o país retomar uma aceleração econômica, com um consequente crescimento do PIB *per capita*, é de se imaginar que haja, doravante, um aumento da cambialização de bens, créditos e pecúnia de forma que a população, em geral, passe a ostentar maiores chances de possuir patrimônio penhorável.

Logo, o presente estudo apresenta sua contribuição e validade para o Direito enquanto ciência e enquanto legislação positivada, pois, conquanto o contexto político-econômico brasileiro nos últimos anos tenha limitado a aquisição e a manutenção de patrimônio nas mãos dos indivíduos, as leis permanecem no ordenamento e possuem pretensões abstratas e pósteras. A atenção quanto à responsabilidade patrimonial no que tange às regras de impenhorabilidades legais deve sempre ser mantida e, principalmente, redobrada quando - e não “se” - o país retomar o seu crescimento econômico e a população puder auferir mais renda e aumentar seu patrimônio.

3.3. Limites ilegítimos à responsabilidade patrimonial e a necessidade de revisão do sistema processual de impenhorabilidades ante o direito fundamental do credor à tutela satisfativa efetiva

O direito fundamental à tutela executiva satisfativa não deve ser interpretado apenas como a possibilidade de se obter um acesso justo, igualitário e célere ao Poder Judiciário, mas precisa contemplar, necessariamente, o direito do cidadão que obteve um título executivo, judicial ou não, de ver efetivado o comando que lhe foi favorável³⁴⁰. Surge como corolário do direito fundamental constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988), o qual, por sua vez, exprime sentido deontico

³⁴⁰ “Lo scopo del processo, della tutela giurisdizionale, è la concretizzazione del comando astratto, la attuazione della legge, è – lo si è già detto – il „dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” alla stregua del diritto sostanziale: dargli il bene giuridicamente protetto. Se è così ne segue che un sistema di tutela giurisdizionale che voglia dirsi effettivo deve provvedere non solo alla cognizione, all’“accertamento di chi ha ragione e chi ha torto, ma anche – in mancanza di cooperazione spontanea di chi è risultato obbligato – alla soddisfazione concreta dei diritti; deve essere in grado di tradurre le regola giuridica in fatti reali, modificando (o impedendo le modificazioni) della situazione di fatto esistente (a seconda che la tutela sia repressiva o preventiva)” (PROTO PISANI, Andrea. Il principio di effettività nel processo civile italiano. *In: Revista de Processo*, vol. 239, jan. 2015, p. 370)

muito maior do que a mera possibilitação do direito de *ir* ao Judiciário, mas revela a expressão máxima do direito de *sair* do Judiciário.

Admitir-se atualmente que o direito real de propriedade prevaleça, aprioristicamente, sobre o direito pessoal de crédito constitui um equívoco axiológico. Dito de outro modo, institui-se um paradoxo político-normativo em que, de um lado, o liberalismo apregoadado estimula a propriedade e a circulação de capital e, de outro, a legislação protege exageradamente a propriedade, transformando-a em passivo não circulante e inútil para garantia do próprio crédito circulante. A herança trazida de um código civil nacional que vigeu por quase um século, notadamente marcado pela forte presença da proteção à propriedade, é sentida diretamente pelos diplomas adjetivos e materiais posteriores, culminando na manutenção de dispositivos legais absolutamente desconexos da realidade vivenciada pela população brasileira, tais quais grande parte daqueles atinentes à matéria das impenhorabilidades. Eis a fórmula para o fracasso legislativo e a fagulha da insegurança jurídica.

Tem ficado à cargo dos Tribunais nacionais a penosa tentativa de solucionar os diversos problemas decorrentes da negligência – para não dizer, imperícia - legislativa, culminando em um arcabouço de fundamentações divergentes, onde cada uma pretende ser a panaceia das injustiças, mas que, na verdade, só demonstra a necessidade de urgente revisão do tratamento dado às impenhorabilidades pelo legislador. Esse ativismo judicial culmina na criação de diversos outros problemas de ordem política e jurídica, gerando, além da instabilidade na jurisprudência dos Tribunais Superiores³⁴¹, o acirramento das tensões entre os Poderes da República.

Como já se deixou transparecer, não nos parece, a propósito, que a lei processual possa se sobrepor aos ditames e princípios constitucionais de efetividade da tutela jurisdicional quando o caso concreto demonstrar que as peculiaridades da causa envolvem a proteção da dignidade do exequente sem violar a do executado. É somente diante do caso concreto que será possível dizer se nesta ou naquela situação o bem deve ser preservado para a garantia de um mínimo existencial à manutenção da dignidade humana³⁴². Atente-se, contudo, que o presente estudo parte da letra da

³⁴¹ O que, por si só, representa violação à pretensão de uniformização estampada no art. 926 do CPC, *verbis*: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

³⁴² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119. No mesmo sentido, defendendo a possibilidade de flexibilização das regras de impenhorabilidades

lei (*lege lata*) para criticá-la e propor sua superação, não tendo a pretensão *de lege ferenda*, ou seja, partindo dos problemas que foram identificados para propor alterações à legislação vigente. Nada obstante as limitações impostas pelo método do estudo dogmático aqui proposto, compartilha-se sugestão legislativa, que deveria estar positivada como regra geral, proposta por Bruno Redondo e Márcio Manoel Maidame:

Na falta de bens livres do executado para penhora, as regras de impenhorabilidade poderão ser parcialmente afastadas pelo magistrado no caso concreto, por meio de decisão adequadamente fundamentada, para permitir a penhora de parte dos bens protegidos, mantendo-se como impenhorável a estrita parcela do patrimônio do executado que configure o mínimo essencial à sua sobrevivência digna³⁴³.

A legislação brasileira fornece exemplos de dispositivos legais que poderiam ser copiados para todas as outras regras de impenhorabilidade, tanto as previstas no CPC, quanto na legislação extravagante. O próprio CPC utiliza-se em alguns pontos de técnica que permite ao juiz, à luz do caso concreto, compatibilizar a proteção do interesse do credor com os direitos do devedor em matéria de impenhorabilidade. Trata-se do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, os quais devem seguir, contudo, o dever de fundamentação imposto pelo art. 489, §1º, II e §2º do CPC,

diante do caso concreto: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 383-384; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 377-378; DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 813-814; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165-168; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 159; CÂMARA, Alexandre de Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. *In: Arruda Alvim [et al] (Coord.). Execução civil e temas afins – do CPC/73 ao Novo CPC: estudos em homenagem a Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 17-18. Tratando especificamente do bem de família: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 423.

³⁴³ MAIDAME, Márcio Manoel; REDONDO, Bruno Garcia. Penhora da remuneração do executado e do imóvel residencial de elevado valor: uma ode ao seu cabimento independentemente da natureza do crédito. *In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014, p. 119.

impondo ao magistrado o dever de explicitar, adequadamente, como aqueles conceitos se aplicam ao caso concreto³⁴⁴.

Assim, quando o CPC estabelece no seu art. 833, II, a impenhorabilidade dos móveis, pertences e utilidades que guarnecem a residência do executado, *salvo os de elevado valor* ou os que *ultrapassem as necessidades comuns* correspondentes a um *médio padrão de vida*, está deixando a cargo do juiz, a partir do caso concreto, avaliar a extensão dos conceitos para determinar se um bem é expropriável ou não. Do mesmo modo pode-se citar o art. 833, III, ao utilizar as expressões *bem de elevado valor* e *pertences de uso pessoal*. A Lei 8.009/90 traz, por seu trunco, hipótese semelhante ao excluir da impenhorabilidade legal os *adornos suntuosos* (art. 2º, *caput*).

No Código Civil brasileiro também é possível encontrar exemplos de conceitos indeterminados que permitem o ajustamento patrimonial judicial a fim de possibilitar a garantia do melhor interesse das partes envolvidas. Além do já citado art. 548, pelo qual é nula a doação de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador, o Código Civil traz em seu art. 928³⁴⁵, regra na qual admite a ponderação dos direitos em jogo, de modo a potencializar o direito do credor ao mesmo tempo em que garante um patrimônio mínimo que instrumentalize a dignidade humana do devedor. Reza o referido dispositivo que o “incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, estando a regra de ponderação e relativização em seu parágrafo único, ao dispor que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”³⁴⁶. Desse modo, o valor indenizatório deve ser fixado pelo juiz do

³⁴⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 155.

³⁴⁵ Utilizando-se também desse mesmo exemplo legal para reforçar a tese da relativização da impenhorabilidade: REDONDO, Bruno Garcia; MAIDAME, Márcio Manoel. Penhora da remuneração do executado e do imóvel residencial de elevado valor: uma ode ao seu cabimento independentemente da natureza do crédito. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 116. Cumpre observar que a ideia esposada nesse trabalho diverge em poucos pontos específicos com a ideia dos citados autores, com destaque ao fato de que os mesmos entendem se tratar a propriedade do credor de um direito fundamental, *verbis*: “observa-se, então, que garantindo o núcleo destes princípios mais fundamentais, admite-se a sua restrição exatamente para preservar aqueles outros direitos fundamentais que vivem em tensão com estes – como é tipicamente o caso da propriedade do credor, perante as garantias do devedor, em especial a impenhorabilidade”.

³⁴⁶ Maria Helena Diniz sustenta que a norma “[...] traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, Como consequência, também

caso concreto com equidade, de forma a não privar o incapaz e os seus dependentes do mínimo para que vivam com dignidade.

Eis, pois, algumas sugestões que poderiam ser adotadas pelo legislador processual, em face da realidade brasileira, quanto às regras da impenhorabilidade, de forma a permitir, no caso concreto, o recebimento do bem da vida a que faz jus o exequente, ao mesmo tempo em que se garanta reserva de patrimônio ou titularidades suficientes ao executado que lhe permita sobreviver com dignidade.

os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade” (*Código Civil anotado*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p 693).

4. TUTELA EXPROPRIATÓRIA E IMPENHORABILIDADE

4.1. Previsão legal da tutela judicial expropriatória no ordenamento jurídico pátrio

O procedimento comum de execução por quantia contra devedor solvente pode ser didaticamente separado em 4 fases, conforme lição de Marcelo Abelha³⁴⁷: a) a primeira, postulatória, em que há a triangularização da relação executiva e prazo para adimplemento; b) a segunda, preparatória da expropriação, marcada por diversas regras da penhora e avaliação (arts. 824 *usque* 875 do CPC); c) a terceira, expropriatória, marcada pelos dispositivos de adjudicação e alienação judicial, primordialmente (arts. 876 *usque* 903 do CPC) e; d) a quarta, a de satisfação do crédito exequendo (arts. 904 *usque* 909 do CPC).

Pode-se dizer, portanto, que os atos de expropriação propriamente dos bens ou valores do executado correspondem a terceira e penúltima etapa do procedimento executivo para pagamento de quantia certa contra devedor solvente. Adiante-se que não será objeto de análise neste trabalho a execução contra devedor insolvente ou execução universal, pois o quadro ora exposto busca tão somente estabelecer breves parâmetros gerais que possibilitem a compreensão da dinâmica da execução para pagamento de quantia certa em relação às regras da responsabilidade patrimonial e das impenhorabilidades legais.

Ressalvadas algumas diferenças entre o cumprimento de sentença (título executivo judicial) e a execução autônoma (título executivo extrajudicial) encontradas na fase postulatória – como o fato de ser um processo autônomo ou incidental, os prazos, as defesas, as provas e a extensão da atividade cognitiva judicial –, pode-se considerar que, superada tal fase, há um verdadeiro procedimento comum do processo de execução por expropriação³⁴⁸ (ou para pagamento de quantia certa).

³⁴⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 231.

³⁴⁸ Entretanto, Araken de Assis informa que, apesar do direito pátrio não diferir o procedimento expropriativo consoante o objeto da penhora, sendo o rito único independentemente de a penhora recair sobre bens móveis ou imóveis, há, no entanto, “procedimentos expropriativos especiais, a exemplo da execução hipotecária (Lei 5.741/71) e a execução de crédito inscrito na dívida ativa da Fazenda Pública

Estabelece o art. 824 do CPC que a execução por quantia certa se realiza pela expropriação de bens do executado. Por sua vez, o art. 825 do referido diploma reza que a expropriação consiste em adjudicação (inciso I), alienação (inciso II) ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens (inciso III). Em suma, o que caracteriza a expropriação judicial é a sua finalidade de transferir bens ou valores do patrimônio do executado (responsável) para o patrimônio do exequente, nos limites do crédito exequendo.

José Miguel Garcia Medina³⁴⁹ leciona que a execução para recebimento de quantia em dinheiro pode se manifestar por duas formas de expropriação: *simples* ou *por conversão de bens em dinheiro*. No primeiro caso, realizada a penhora e o depósito, seguir-se-á, desde logo, a entrega de dinheiro ao exequente. Já na expropriação por conversão de bens em dinheiro, não havendo adjudicação, seguir-se-á a alienação do bem penhorado ou a administração do bem que deverá gerar os frutos ou rendimentos penhorados, sendo este procedimento muito mais complexo, demorado e dispendioso.

Ainda, ressaltando a importância que toma a execução para pagamento de quantia, Araken de Assis afirma que estas superam, e muito, as execuções de obrigações de índole diversa, o que se justifica pelo próprio catálogo dos títulos extrajudiciais (art. 784 do CPC), pelo conteúdo das sentenças de procedência condenatórias e no fato das partes transformarem prestações de natureza distinta em dinheiro, formulando pedido de prestação pecuniária na demanda condenatória³⁵⁰.

Nota-se, como ponto comum à execução para pagamento de quantia, a necessidade de se proceder com a penhora como pré-requisito para que haja a expropriação de um bem ou valor. Vale dizer, sem que haja penhora sobre um patrimônio, em regra, não se obterá a satisfação da execução para pagamento de quantia. Logo, imprescindível que o referido patrimônio não esteja albergado por qualquer das hipóteses de impenhorabilidades legais.

(Lei 6.830/80)" (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 932-933).

³⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 340.

³⁵⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 931-932.

4.2. Execução por expropriação e responsabilidade patrimonial

4.2.1. Noções gerais e função da responsabilidade patrimonial

A responsabilidade patrimonial caracteriza-se pela sujeitabilidade do patrimônio do responsável obrigacional às medidas executivas destinadas à realização do direito material reconhecido, ou seja, trata-se de uma garantia imposta pela lei ao credor no caso de não realização da prestação devida, como destacado por Michele Giorgianni³⁵¹.

Não se pretende aqui adentrar no longo e tormentoso debate histórico a respeito da natureza do instituto³⁵², o qual demandaria estudo próprio³⁵³. Interessa-nos compreender a responsabilidade patrimonial tal como se apresenta hodiernamente, após a superação da ideia de responsabilidade pessoal (ou corporal) do indivíduo³⁵⁴, assumindo o caráter de garantia comum da execução de obrigação de pagar quantia, em virtude de seu feitiço de sujeição do patrimônio do responsável pelas dívidas por ele assumidas³⁵⁵.

³⁵¹ Define o autor que a responsabilidade patrimonial é “quello strumento esecutivo, predisposto dall’ordinamento per l’ipotesi di inadempimento del debitore [...]” (GIORGIANNI, Michele. *L’inadempimento*. 3ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 12). Ainda neste ponto, o jurista italiano faz a diferenciação entre a responsabilidade patrimonial e a tutela dos direitos reais, na medida em que esta representaria a garantia do titular da coisa (objeto da repercussão) em recuperá-la, bem como evita-la das atividades indevidas de outras pessoas e impedir atos que perturbam o exercício do direito sobre a coisa. E acrescenta: “così, le azioni di tutela della proprietà sono dirette a recuperare la cosa da chiunque la possiede o detirne illegittimamente (azione di rivendicazione: art. 948) ovvero a far dichiarare l’inesistenza di diritto altrui sulla cosa e conseguentemente ottenere la cessazione di turbative o molestie del terzo [...], ovvero a ristabilire gli esatti confini tra due fondi [...]” (GIORGIANNI, Michele. *L’inadempimento*. 3ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 15)

³⁵² A respeito das teorias da responsabilidade patrimonial, confira-se por todos: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 83-123.

³⁵³ A natureza jurídica da impenhorabilidade e sua relação com a natureza jurídica da responsabilidade patrimonial será objeto de estudo do tópico 5.1, infra.

³⁵⁴ Conforme explicado no tópico 2.1.2.3, supra, a fase da responsabilidade pessoal foi marcada pela repercussão do inadimplemento sobre o corpo do devedor, o qual respondia com seu próprio corpo e sua própria vida pelas dívidas inadimplidas.

³⁵⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 70-72; Confira a respeito: MAZZEI, Rodrigo Reis; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 831 a 869 do CPC-15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1183-1237, 2015.

Com efeito, a teoria da responsabilidade patrimonial que rege a execução e cuja essência está estampada no art. 789 do CPC propõe que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Por meio dessa teoria, que, como aponta José Carlos Van C. A. Santos³⁵⁶, foi inicialmente desenvolvida pelo jurista alemão Alois Brinz, entende-se que a responsabilidade do devedor implica um estado de potencial sujeição de seu patrimônio à execução, razão pela qual a regra vigente faz com que todo o patrimônio do devedor fique, *a priori*, sujeito aos atos destinados à satisfação do credor³⁵⁷.

Nessa linha, já se pode concluir que a responsabilidade patrimonial significa um estado de sujeição do patrimônio do responsável à execução por expropriação. O relacionamento íntimo entre impenhorabilidade e responsabilidade patrimonial, que justifica o estudo do instituto, decorre do fato de que a primeira é uma limitação político-legislativa da segunda³⁵⁸, conforme será visto no tópico 4.4, *infra*.

Nesse contexto, a parte final do art. 789 do CPC ressalva a previsão de exceções à regra geral da responsabilidade patrimonial, pois, como nos lembra Cândido R. Dinamarco, há “óbices que os princípios e a própria vida antepõem à plenitude da tutela jurisdicional executiva”³⁵⁹. Esses óbices são encontrados exatamente nos arts. 833 e 834 do CPC e na Lei 8.009/90 ao estabelecerem hipóteses de bens que, nada obstante integrem o patrimônio do devedor, ficam à margem da execução, sem responder pelas obrigações do seu titular.

³⁵⁶ SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. A “exceção da exceção” quanto à responsabilidade patrimonial do fiador: a penhorabilidade do bem de família. *Revista dos Tribunais*, vol. 931, p. 345-376, mai. 2013.

³⁵⁷ Em relação ao direito italiano, Canelutti destaca que “los bienes que pertenecen al deudor están sujetos a la expropiación, no ya en beneficio de uno, sino en beneficio de todos los acreedores, por eso los bienes del deudor son la garantía de sus acreedores” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. Vol. II*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, p. 577).

³⁵⁸ Conforme José Miguel Garcia Medina: “No plano objetivo, a responsabilidade patrimonial é restringida pelas regras que estabelecem a impenhorabilidade de alguns bens” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65).

³⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil. Vol. IV*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60. Na mesma linha, Enrico Tullio Liebman lembra que, de fato, “por motivos vários, de ordem jurídica e humanitária, a lei exclui da responsabilidade alguns dos bens do executado e esta é a consequência de a lei declará-los impenhoráveis”. (*Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 102).

Com efeito, percebe-se que essa sujeitabilidade patrimonial atua como instituto de caráter instrumental voltado a garantir que a atividade jurisdicional orientada à afetação e à expropriação de bens do patrimônio do devedor seja possível, concretizando-se seu papel de garantidora do inadimplemento obrigacional. Eis o caráter instrumental da responsabilidade patrimonial, verdadeiro direito potestativo do credor em submeter o patrimônio do responsável ao adimplemento da obrigação³⁶⁰.

4.2.2. Conceito de obrigação, débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*)

Em clássica definição da doutrina brasileira trazida por Miguel Reale, *obrigação* é relação jurídica (relação jurídica obrigacional)³⁶¹ constituída a partir de quatro elementos essenciais: o sujeito ativo; o sujeito passivo; o vínculo de atributividade; e o objeto³⁶². Interessa para o presente estudo entender que, ainda na esteira da doutrina do eminente civilista paulista, esse vínculo de atributividade é o que impõe entre os sujeitos da relação jurídica, um em face do outro, direito e deveres, concedendo, aos mesmos, poderes de pretender e exigir algo, e deveres correlativos aos poderes³⁶³.

Para Orlando Gomes³⁶⁴, débito (dever) e crédito (direito à prestação) formam, nesse contexto, o conteúdo da relação jurídica obrigacional, o que não se confundiria com a própria prestação (objeto desta relação). Em suma, em breve esforço sintético,

³⁶⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 73. Vale esclarecer que o citado autor entende se tratar a responsabilidade patrimonial de norma secundária (perinorma ou sanção), que, por isso mesmo, depende da existência de uma norma primária (endonorma ou prestação de uma obrigação), incidindo apenas quando ocorre o fato jurídico do inadimplementada obrigação ou do dever legal.

³⁶¹ Miguel Reale atribui a qualificação de jurídica a uma relação social que tenha uma correspondência em norma jurídica, numa estrutura normativa, ou seja, porquanto inserida na estrutura de norma jurídica, de modo que corresponda “esse vínculo a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 215-216).

³⁶² *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 218.

³⁶³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 218.

³⁶⁴ *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 165.

caracteriza-se a obrigação por ser uma relação jurídica vinculativa entre credor e devedor que tem por objeto uma prestação de dar, fazer ou não-fazer.

No final do século XIX, entretanto, desenvolveu-se na Alemanha uma teoria que decompunha na estrutura obrigacional dois vínculos distintos: a dívida ou débito (*schuld*), correspondente ao dever de prestar, e a responsabilidade (*haftung*), correspondente à sujeição dos bens do responsável à satisfação do débito em caso de inadimplemento³⁶⁵.

Essa diferenciação entre os institutos do débito (*schuld*) e da responsabilidade (*haftung*) influenciou a criação de diversas teorias a respeito da responsabilidade patrimonial, inclusive no Brasil. A compreensão de tal distinção entre os institutos é imprescindível para perceber que nem sempre o devedor estará na condição de titular do patrimônio responsável pelo inadimplemento. Com efeito, há hipóteses de débito sem responsabilidade e de responsabilidade sem débito.

No primeiro caso, pode-se citar o exemplo daqueles que possuem obrigação de pagar dívida de jogo³⁶⁶ (obrigação natural) e da execução contra a fazenda pública³⁶⁷, bem como o caso dos bens do executado considerados impenhoráveis. No caso da responsabilidade sem débito o leque de situações é vasto. São exemplos mais comuns os fiadores (art. 818 do CC³⁶⁸) e os avalistas (art. 897 do CC³⁶⁹), mas ainda é possível citar o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos (art. 932, III, do CC) e os donos de hotéis, pelos seus hóspedes (art. 932, IV, do CC).

Assim é possível explicar, ao menos juridicamente, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de

³⁶⁵ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87.

³⁶⁶ Código Civil, art. 814, *caput*: “As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”.

³⁶⁷ O rito processual da execução de obrigação de pagar quantia contra a fazenda pública tem caráter especial. Devido a esse procedimento jurídico próprio, a fazenda pública, apesar de devedora, não terá seus bens penhorados, pois o pagamento, em regra, ocorre de forma cronológica e somente por intermédio de precatórios e requisições de pequeno valor (RPV).

³⁶⁸ “Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

³⁶⁹ “Art. 897. O pagamento de título de crédito, que contenha obrigação de pagar soma determinada, pode ser garantido por aval”. “Parágrafo único. É vedado o aval parcial”.

locação, apesar da flagrante e incompreensível discriminação que a hipótese carrega (vide tópico 6.4.3.6, *infra*). Ademais, vale ressaltar que as regras de impenhorabilidades – e também suas exceções – atingem indistintamente qualquer sujeito responsável patrimonialmente pelo inadimplemento obrigacional, desde que, logicamente, se enquadre dentro das respectivas hipóteses legais e extensivas do benefício.

É de se notar, por fim, a imprecisão terminológica da legislação quando, no art. 789 do CPC, utiliza-se do termo *devedor* para se referir a todo e qualquer *responsável* que terá o seu patrimônio utilizado para suportar o inadimplemento de uma obrigação de pagar quantia³⁷⁰. Isso porque, como visto, “patrimonialmente responsável é o sujeito sobre cujos bens pode recair esta específica modalidade de sanção executiva, seja ele o obrigado ou não”³⁷¹.

4.2.3. A tutela das obrigações de pagar quantia certa e as impenhorabilidades

O Código de Processo Civil estabelece procedimentos executivos específicos de acordo com cada tipo de obrigação oriunda do direito material. Assim, para o pagamento de quantia o procedimento será o de *expropriação*; para as obrigações de fazer ou não-fazer, o de *transformação*; e, finalmente, para a entrega de coisa, o *desapossamento*³⁷².

Por sua vez, estabelece o art. 824 do CPC que “a execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais”. Restou claro, na linha do que fora exposto no tópico supra, que a responsabilidade

³⁷⁰ Tal equívoco não passou despercebido por Marcelo Abelha Rodrigues: “Não é correto, portanto, o dispositivo legal quando usa o termo *devedor* (terminologia do sujeito da relação obrigacional) em vez de *responsável*. É o responsável, seja ele *devedor* ou não, que suportará os atos de expropriação para garantir o inadimplemento da obrigação ao qual seu patrimônio está vinculado” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85).

³⁷¹ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68-69.

³⁷² Conforme lição trazida por Marcelo Abelha (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37).

patrimonial, inclusive nas regras atinentes à impenhorabilidade, diz respeito à execução por expropriação³⁷³.

Logo, como anota Ovídio A. Baptista da Silva, nas obrigações de fazer ou não fazer o objeto da execução será um *facere*, respondendo os bens do executado apenas de forma indireta pelos custos que a realização do fazer haja acarretado³⁷⁴. Na mesma linha, Araken de Assis discorre que “o princípio da responsabilidade patrimonial declara a sujeição dos bens do devedor à excussão para obter uma soma de dinheiro. Não regula, por natural decorrência, a realização de outras obrigações [...]”³⁷⁵, ainda que, em certo ponto, o mesmo autor faça a ressalva de admiti-la excepcionalmente em algumas obrigações para entrega de coisa.

Recorde-se, entretanto, que há hipóteses em que a frustração de uma obrigação específica, seja pelo inadimplemento reiterado ou pela impossibilidade fática do seu cumprimento (v.g., obrigações de fazer infungíveis e personalíssimas), pode gerar o direito à perdas e danos e, por conseguinte, dar ensejo ao início de uma execução para pagamento de quantia. Mas, ainda nesses casos, estaremos falando em uma execução por expropriação, mesmo que de forma posterior ao acontecimento do fato jurídico ou ao início de um processo de conhecimento.

De todo modo, fica a lição de que a responsabilidade patrimonial e as regras de impenhorabilidade não abrangem todo o fenômeno executivo, pois, além das medidas coercitivas, também estão excluídas de seu âmbito as execuções de obrigações específicas, que se dão por sub-rogação, por meio do desapossamento e da transformação³⁷⁶.

³⁷³ Há forte doutrina, contudo, que entende que a responsabilidade patrimonial incide também nas execuções para entrega de coisa. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p 356; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 301. Contudo, convergimos para a mesma posição adotada por Thiago Siqueira, para quem nem sempre o desapossamento levará à afetação do patrimônio do sujeito executado, pois, em raros casos, apesar de poder haver transferência de propriedade, esta ocorre por vicissitudes do direito material em disputa, como consequência de uma alteração da posse, e não em decorrência da técnica executiva (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 69-71).

³⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. II. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 49.

³⁷⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 301.

³⁷⁶ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 69.

4.3. Penhora

Para que um patrimônio responda pelo inadimplemento obrigacional do devedor, ele deverá estar sujeito à sanção executiva (responsabilidade patrimonial), ou seja, disponível a sofrer afetação pela penhora. Assim, o itinerário procedimental exige que primeiro se “pinçe” do patrimônio do responsável qual (ou quais) o(s) bem(ns) suportará(ão) a expropriação, para depois avaliá-lo(s)³⁷⁷.

Segundo Liebman “a penhora é o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente”³⁷⁸. No mesmo sentido, Pontes de Miranda entende a penhora como sendo “o ato específico da intromissão do Estado na esfera jurídica do executado quando a execução precisa de expropriação de eficácia do poder de dispor”³⁷⁹.

A penhora é ato inicial da expropriação forçada³⁸⁰, possuindo natureza de ato executivo³⁸¹, já que é marcada pela coercibilidade estatal e possui objetivo tipicamente executivo, qual seja, individualizar o bem para a expropriação, incidindo sobre ele a responsabilidade executiva³⁸². Essa afetação processual do patrimônio, sujeitando o bem aos órgãos da execução, com o propósito de satisfazer uma obrigação pecuniária inadimplida, não retira do executado o poder de disposição dos bens, mesmo

³⁷⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 170.

³⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 124.

³⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 160.

³⁸⁰ Nesse sentido: Satta e Punzi (SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 13ª ed. Padova: Cedam, 2000, p. 604), para os quais, apesar de a penhora se caracterizar como ato inicial no processo por expropriação, “[...] rimane oscuro [...] il momento iniziale dell’esecuzione in forma specifica, dove non c’è pignoramento”. Ainda, sustentando a ideia de ato inicial: MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 98.

³⁸¹ Considerando a penhora como ato executivo: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 62; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 99.

³⁸² Em linhas gerais, destaca Crisanto Mandrioli que “la funzione del pignoramento consiste nel vincolare determinati beni del debitore alla soddisfazione del credito per il quale il creditore precedente agisce, nonché alla soddisfazione dei crediti per i quali altri creditori siano successivamente intervenuti nel processo esecutivo” (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Vol. III. Torino: Giappichelli, 1975, p. 50).

enquanto penhorados, gerando a consequência, para quem os adquirir, de ser obrigado a suportar os efeitos da execução³⁸³.

Com efeito, a penhora é um ato de afetação, de destinação, enquanto a alienação se configura ato de desapropriação e o pagamento ato de satisfação. Utiliza-se o termo *afetação*³⁸⁴ em detrimento de outros, como *apreensão* ou *subtração*, pois entende-se que a penhora é ato jurídico complexo, formado por dois outros atos: apreensão e depósito, os quais podem – ou não – se dar em um mesmo momento. Nesse sentido, Marcelo Abelha esclarece que a penhora “é um ato que se corporifica pela realização de dois atos processuais sequenciais: (1º) a apreensão do bem e (2º) o seu depósito, como determina o artigo 839 do CPC numa redação clara, mas normalmente esquecida pelos operadores do direito”³⁸⁵.

Portanto, a penhora importa na individualização, apreensão e depósito de bens ou valores do executado responsável, que ficam à disposição judicial, com o objetivo de subtraí-los e sujeitá-los à expropriação. Dentre os principais efeitos da penhora, aponta-se³⁸⁶: a) a garantia do crédito exequendo; b) a individualização dos bens que suportarão os meios executivos; c) a geração de direito de preferência em favor do exequente; d) a ineficácia dos atos de alienação ou oneração dos bens penhorados; e) a eventual retirada do bem penhorado da posse direta do executado.

Por sua vez, além dos limites naturais, tais como a impossibilidade fática ou real de penhora de bens fora do comércio ou inanimados (como o ar, a alma, os planetas e seus satélites e os sentimentos), e políticos, representado pelas impenhorabilidades

³⁸³ REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 36. No mesmo sentido, Crisanto Mandrioli (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile. Vol. III*. Torino: Giappichelli, 1975, p. 50): “Si tratta di un vincolo giuridico che investe le cose con riguardo al loro valore di scambio e che, perciò, di regola, non impedisce al debitore di disporre materialmente delle cose pignorate e di servirsene [...]”.

³⁸⁴ Da mesma forma, Bruno Garcia Redondo e Mário Lojo priorizam o termo afetação pelo fato “de melhor traduzir a ideia de imposição de ônus a um determinado bem, para que seja valorizado o vínculo de caráter público processual dela decorrente” (*Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 36). Também, preferindo o referido vernáculo, Humberto Theodoro Junior (*Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, p. 358); Araken de Assis (*Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 203). Em sentido contrário, José Carlos Barbosa Moreira (*O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 237).

³⁸⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O momento de realização da penhora online dos ativos financeiros do executado*. Out. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246666,81042-O+momento+de+realizacao+da+penhora+online+dos+ativos+financeiros+do>>. Acesso em 24 de setembro de 2018.

³⁸⁶ REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 45-61

previstas na legislação ordinária e na Constituição Federal, a penhora encontra ainda outras limitações. Isso porque a execução por quantia certa só poderá atingir o patrimônio do responsável até onde seja necessário para a satisfação do crédito exequendo e apenas enquanto tal agressão representar alguma utilidade prática para se garantir a satisfação da execução.

Dessa forma, Humberto Theodoro Jr.³⁸⁷ aponta que a penhora subordina-se, em qualquer caso, a dois limites: a) deve atingir apenas os bens que bastem à satisfação do valor atualizado monetariamente do crédito exequendo, com seus acessórios: juros, custas e honorários advocatícios (arts. 831 e 874 do CPC); e b) não deve ser realizada, nem mantida, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 836, *caput*, do CPC). Não pode, em suma, a penhora ser nem *excessiva*, nem *inútil*³⁸⁸.

4.4. Impenhorabilidade

4.4.1. Impenhorabilidade como limitação política à responsabilidade patrimonial e à expropriação de bens

Inicialmente, cumpre antecipar que o presente tópico se restringirá a delimitação do conceito de impenhorabilidade e das classificações que a mesma recebe na doutrina. Demais pontos de debate, como previsão legal, regime jurídico, impenhorabilidades em espécie, ampliações, exceções e exegese adequada, serão objeto de estudo em tópicos próprios e serão apresentados no decorrer do trabalho, conforme indicações previstas no sumário do estudo.

A execução por expropriação encontra limites intrínsecos e extrínsecos que impedem ou dificultam a sua realização. Os primeiros estão relacionados a toda e qualquer obrigação de pagar quantia, inelegíveis por natureza, enquanto os segundos dizem

³⁸⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 371-372.

³⁸⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 372.

respeito às opções políticas e culturais elegidas em determinada sociedade e tempo. Diz-se limite material, natural ou intrínseco a impossibilidade de se penhorar bens fora do comércio, tais como a alma, o ar e os planetas ou ainda aqueles que já se esgotaram, seja por consumo ou por características intrínsecas próprias. Por sua vez, limites políticos ou extrínsecos são aqueles elegíveis por determinada sociedade por meio do seu Poder Legislativo, as chamadas impenhorabilidades.

Nessa senda, Cândido Rangel Dinamarco esclarece que

As normas que estabelecem as impenhorabilidades constituem *limitações políticas* à execução forçada; integram-se no quadro do *devido processo legal*, que é um sistema democrático de limitações ao exercício do poder estatal, na medida em que proíbem o juiz de exercer atos de constrição sobre esses bens indispensáveis. De fundo ainda mais acentuadamente político é a impenhorabilidade dos recursos públicos recebidos por partidos políticos³⁸⁹.

Conforme exposto no tópico 4.4.3, a impenhorabilidade de um bem pode derivar de uma série de leis esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o Código Civil, o Código de Processo Civil ou a legislação extravagante, a exemplo da Lei nº 8.009/90, a mais expressiva delas. Também é possível se retirar regra de impenhorabilidade diretamente do texto constitucional, tal como aquela que prevê a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família (art. 5º, XXVI da CF/88).

Costuma-se apontar como fundamento para as impenhorabilidades a preservação *do mínimo patrimonial indispensável à existência condigna do obrigado*³⁹⁰, *do núcleo patrimonial essencial do indivíduo*³⁹¹ e, sobretudo, *da dignidade humana*³⁹², por meio da garantia da manutenção de um patrimônio mínimo que lhe permita a sobrevivência digna (*beneficium competentiae*).

³⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

³⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

³⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 373.

³⁹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 118.

Contundo, como firmado, a pretensão de esgotar as razões da existência de tais regras apresenta-se inócua, apesar de ser possível apontar argumentos específicos para a fundamentação imediata de algumas hipóteses. Desta feita, alguns bens são considerados impenhoráveis por causa do que representam para o seu proprietário, e em confrontação com o interesse do credor, são inatingíveis, ora por servirem de moradia ao devedor (bem de família) ou membros de sua família, ora por serem seu instrumento de trabalho, ora por terem natureza alimentar ou mesmo para a proteção de interesses exclusivamente morais³⁹³.

A doutrina tradicional costuma classificar as impenhorabilidades em duas grandes espécies: as impenhorabilidades absolutas e as relativas³⁹⁴⁻³⁹⁵. Para outros, entretanto, haveria algumas subdivisões necessárias capazes de representar os efeitos que delas poderiam decorrer³⁹⁶.

Não nos parece mais, entretanto, que a classificação tradicional tenha resistido a mudança propalada pelo CPC-15. O alto grau de imperatividade da expressão que integrava o *caput* do art. 649 do CPC-73 (“são *absolutamente* impenhoráveis”) remetia à ideia de que, em hipótese alguma, aquelas regras poderiam ser flexibilizadas, tratando-se sempre de matérias de ordem pública, cognoscíveis e apreciáveis em qualquer momento e instância. Ainda que não tenha explicitamente se manifestado a respeito, tal como o fez no §2º do art. 833, o legislador do CPC-15 parece ter se

³⁹³ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 46.

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 373 e ss; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 120.

³⁹⁵ Os bens considerados absolutamente impenhoráveis eram aqueles dispostos no rol do art. 649 do CPC-73, equivalente ao art. 833 do CPC-15. Sobre eles não se admitia a relativização da impenhorabilidade por considerados absolutamente indispensáveis para a sobrevivência digna do executado. Já os bens relativamente impenhoráveis eram aqueles contidos no art. 650 do CPC-73, atual 834 do CPC-15. Dizem respeito aos bens que admitiriam uma penhora subsidiária, ou seja, não se tratariam verdadeiramente de bens impenhoráveis, mas de bens que se sujeitam a responsabilidade patrimonial se outros não existirem para esse desiderato, tal como afirma Marcelo Abelha (*Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 120-121). Pelo mesmo motivo, José Miguel Garcia Medina adotou a terminologia de bens de “penhorabilidade excepcional” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 419).

³⁹⁶ Assim, Leonardo Greco (*O processo de execução – V. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13) propõe uma divisão das impenhorabilidades em: *intrínseca, voluntária, instrumental e residual*. Araken de Assis, apesar de adotar a classificação tradicional entre impenhorabilidades absoletas e relativas, esmiúça o campo de estudo ao estabelecer uma subsvisão daquelas entre impenhorabilidades materiais e processuais (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 328).

atentado para a possibilidade de flexibilização das hipóteses descritas no rol do referido dispositivo ao não repetir a expressão “absolutamente” no seu *caput*, tal como utilizada no código anterior.

Comentando sobre a exclusão do termo “absolutamente” do rol de bens impenhoráveis do Código de Processo Civil, Alexandre Gois de Victor menciona que “a exclusão não foi feita por acaso, de modo que o texto do *caput* do art. 833 do CPC/2015 desta maneira, e inclusive, parece ter encontrado maior compatibilidade com as exceções contidas em seus parágrafos 3º, 4º e 5º [sic]”, de modo que para alguns casos “será possível promover-se a penhora de bens a que aludem os incisos daquele mesmo artigo”³⁹⁷. Tal regra interpretativa, a respeito, também deve ser levada para as hipóteses de impenhorabilidades trazidas pela Lei 8.009/90.

4.4.2. Impenhorabilidade ou inexpropriabilidade de bens?

Direito é linguagem e só existe por e mediante ela³⁹⁸. Palavras, por sua vez, são signos linguísticos que não carregam conteúdo intrínseco ao seu significado³⁹⁹ e, por isso, não ditam a essência de coisa alguma, já que as coisas em si mesmas são objeto de observação e descrição, mas não se autodefinem⁴⁰⁰. Tal premissa se aplica também ao direito positivo, visto que o legislador, por vezes, se expressa imperfeito e deixa de reproduzir com fidelidade a ideia que originalmente pretendia transmitir, vindo

³⁹⁷ VICTOR, Alexandre Gois de. Art. 833. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1098.

³⁹⁸ Cf., CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 90.

³⁹⁹ *Significado* é a representação individualizada do suporte físico (parte material do signo como aparece para o sujeito), ou seja, é o dado real para o qual a palavra aponta.

⁴⁰⁰ Desde a concepção do chamado *Giro Linguístico (linguistic turn)*, movimento filosófico de grande relevância gerado a partir do início do século XX, caminhamos para a ideia de que o conhecimento humano é fruto da linguagem e, portanto, os limites do nosso conhecimento estariam limitados à própria linguagem, conforme preconizou Wittgenstein (Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus* [1921]. Trad. José Arthur Gianotti. São Paulo: Editora Nacional, 1968; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas* [1953]. Trad. Marcos G. Montagnoli. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996). Por sua vez, a palavra é suporte físico do signo, sendo este artificial, pois remonta uma relação arbitrária entre um significado e uma significação, conforme concepção adotada por Edmund Husserl e seguida no Brasil por expoentes da filosofia da linguagem, a exemplo de Paulo de Barros Carvalho (*Direito tributário, linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, pg. 34).

a dizer por vezes *menos*, por vezes *mais* do que o pretendido⁴⁰¹ (*minus dixit quam voluit, plus dixit quam volu*).

Logo, o *nomen juris* não dita, necessariamente, o conteúdo e a essência de um ato, de um fato ou de um instituto jurídico, senão simplesmente o denomina. Em nosso campo de análise, não se deve confundir os conceitos de *impenhorabilidade* com o de *inexpropriabilidade*⁴⁰², apesar da impenhorabilidade trazer a ideia de que o bem é *inexpropriável* judicialmente. Tampouco deve se confundir impenhorabilidade com *inalienabilidade*.

Expropriar é retirar de alguém a propriedade ou a posse de determinado bem ou direito e, dentro do processo judicial, consiste em ato de império estatal ao qual sujeita o executado à privação de seu patrimônio (responsabilidade patrimonial) mediante atos de execução por sub-rogação. Na execução por quantia certa, a expropriação se dará por meio de alguma das seguintes formas: adjudicação, alienação de bem penhorado ou apropriação de frutos e rendimentos de empresas ou estabelecimentos e de outros bens, conforme estabelecido nos art. 825 e 904 do CPC. *Alienar* é a ação de transferir para outrem o domínio de coisa ou gozo de direito que lhe pertence, seja por venda, por troca ou por doação, bem como transferir ou ceder um direito para terceiro. Pode se dar voluntariamente (extrajudicialmente) ou forçadamente, caso em que será realizada por processo judicial que respeite o devido processo legal, por ato de império estatal.

Quando se adentra no campo das impenhorabilidades, estar-se a imbuir na seara das limitações políticas da responsabilidade patrimonial do executado, tornando imunes “à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis” (art. 789 c/c art. 832). A princípio é intuitivo imaginar que a redação trazida pelo legislador do art. 833 do Código de Processo Civil e da Lei nº. 8.009/90 refere-se à *impenhorabilidade* como sinônimo da impossibilidade de se efetivar a penhora de tais bens. Contudo, o próprio legislador dá a entender que tal não é o escopo processual e material de tais

⁴⁰¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Da interpretação das leis. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LVII, 1962, p. 149.

⁴⁰² Assim como se apresenta inócuo atribuir denominação de *agravo* ao recurso que impugna uma sentença, visto que este é definido unicamente pelo seu conteúdo, também não se mostra semanticamente correto tratar os conceitos de *impenhorabilidade*, *inexpropriabilidade* e *inalienabilidade* como sinônimos.

normas, visto que franqueia ao executado a possibilidade de alegar a “impenhorabilidade” do bem *somente após sua constrição*.

Fosse o bem realmente impenhorável, não deveria o legislador permitir sua desconstituição ou a formulação de alegação de penhora incorreta somente após a constrição, conforme dispõe os arts. 525, IV e §11, 674, 702, §§ 1º e 5º, 854, I e §3º e 917, II e §1º, todos do CPC, visto que nesse ponto já estaria o bem afetado⁴⁰³ ou constrito (penhorado), incorrendo no risco de, inclusive, operar-se a preclusão de sua alegação⁴⁰⁴. O escopo legislativo é, em verdade, fazer com que aquele bem alijado da responsabilidade patrimonial e, portanto, da execução por quantia certa, *não seja levado à expropriação* por motivos de ordem jurídica, política ou humanitária.

Conforme salientado por Liebman, a exclusão da reponsabilidade patrimonial de alguns bens do executado “é a consequência de a lei declará-los impenhoráveis, pois é claro que o que a lei visa com tal disposição não é simplesmente vedar que sejam penhorados e sim excluí-los da sujeição à execução”⁴⁰⁵. Compartilha do mesmo entendimento Cândido Rangel Dinamarco, para quem dizer que um bem é *impenhorável* é transmitir a ideia de que “o bem não pode ser retirado ao patrimônio do devedor, o que significa que ele não só é excluído da possibilidade de ser penhorado, mas, acima de tudo, de ser expropriado”⁴⁰⁶.

Veja-se que o entendimento doutrinário predominante é de que a penhora sequer retira a faculdade de alienação do bem pelo executado, mas torna essa alienação ineficaz perante o exequente⁴⁰⁷. A penhora, apesar de possuir natureza processual, gera também efeitos materiais, sendo o principal deles a ineficácia da alienação do bem penhorado - e não sua indisponibilidade. *Dizer que um bem é legalmente*

⁴⁰³ Conforme exposto no tópico 4.3, supra: utiliza-se o termo *afetação* em detrimento de outros como *apreensão* ou *subtração* pois entende-se que a penhora é ato jurídico complexo, formado por dois outros atos: *apreensão* e *depósito*, os quais podem – ou não – se dar em um mesmo momento.

⁴⁰⁴ Sobre a possibilidade ou não de preclusão sobre a alegação de impenhorabilidade, ver tópico 5.2, abaixo, especificamente o ponto 5.2.2.

⁴⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 102.

⁴⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

⁴⁰⁷ Nesse sentido, cf. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: RT, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de Processo civil. Execução*. São Paulo: RT, 2007; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006; SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. O regime jurídico das impenhorabilidades. Um estudo sobre sua natureza jurídica material e processual. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 239, 2015, p. 121-136.

*impenhorável significa dizer que o mesmo se encontra fora do rol dos bens sujeitos à responsabilidade patrimonial sendo, portanto, inexpropriável.*⁴⁰⁸

Ainda, vale a máxima de que todo bem inalienável é também impenhorável⁴⁰⁹; mas a recíproca não se faz verdadeira⁴¹⁰. Dizer que um bem é legalmente impenhorável, portanto, não significa tolher do executado a ampla disposição do bem (alienabilidade), à exceção, por óbvio, daqueles considerados inalienáveis (art. 833, I) como os bens públicos, desde que não desafetados⁴¹¹, as terras indígenas e aqueles dotados de tal limitação por força de cláusula de inalienabilidade⁴¹².

Nesse consectário, impenhorabilidade não se confunde com inexpropriabilidade, tampouco com inalienabilidade e, por isso, bens considerados impenhoráveis – com poucas exceções – podem ser alienados, estando incluídos dentro do espectro da autonomia da vontade e do poder de disponibilidade do executado, mas não poderão ser expropriados judicialmente. Esses sofrerão, contudo, efeitos processuais (garantia do crédito exequendo, individualização dos bens que suportarão a execução e geração de direito de preferência em favor do exequente) e materiais (ineficácia dos atos de alienação ou oneração dos bens penhorados e eventual retirada do bem penhorado da posse direta do executado)⁴¹³ se efetivada a penhora e for alegada a impenhorabilidade dos bens em momento processual oportuno.

⁴⁰⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 118.

⁴⁰⁹ Pontes de Miranda, a propósito, estende a noção de inalienabilidade à impenhorabilidade. Para o autor, nem todos os bens impenhoráveis são inalienáveis, mas todos os bens inalienáveis são impenhoráveis (*Tratado de Direito privado: Direito das coisas, ações imobiliárias, perda da propriedade imobiliária*. Tomo XIV. Atualizado por GUEDES, Jefferson Carús; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 179).

⁴¹⁰ Cf. ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 326; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 118; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 53.

⁴¹¹ Ressalta-se a possibilidade de alienação de bens públicos dominicais, nos termos do art. 101 do Código Civil, pelas formas de contratação adotadas pelo direito privado ou público, desde que, necessária e obrigatoriamente, os bens estejam desafetados e que haja interesse público na alienação.

⁴¹² Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1986, *passim*.

⁴¹³ A respeito, cf. Bruno Garcia Redondo e Mário Lojo (*Penhora*. São Paulo: Método, 2007, *passim*).

4.4.3. Cotejo histórico: Avanço ou retrocesso da inexpropriabilidade pela impenhorabilidade no ordenamento jurídico brasileiro?

Ressalvadas as observações feitas no tópico 2.1.2 acerca da metodologia do estudo histórico na Ciência do Direito⁴¹⁴, o presente tópico visa demonstrar, sob o viés histórico e ideológico, que a mudança dos valores culturais que se espalharam sob o regime jurídico brasileiro no curso dos últimos séculos atingiu também o regime jurídico das impenhorabilidades e, por conseguinte, dos bens e direitos alcançados pela responsabilidade patrimonial.

Conforme pondera Araken de Assis, a simples indicação das fontes formais do direito processual civil brasileiro, nessa sucessão temporal, nada esclareceria quanto ao seu conteúdo⁴¹⁵. Dito isto, e diante do corte metodológico aqui proposto, escolheu-se como linha mestra de pesquisa as impenhorabilidades processuais, acompanhando as suas vicissitudes perante as fontes formais em cada interregno, sob o cotejo das respectivas semelhanças e contrastes. É fácil perceber que a benesse da impenhorabilidade que recaia sobre alguns bens e titularidades, antes considerados primordiais para a garantia do mínimo existencial do indivíduo e para salvaguarda da dignidade humana, se trazida aos valores atuais, poderá ser considerada absolutamente supérflua ou desnecessária.

É exemplo dessa mudança axiológica o curioso rol de impenhorabilidades contido no primeiro Código de Processo Civil da República, o CPC de 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939). O referido diploma defendia a impenhorabilidade do *anel nupcial*⁴¹⁶ (ou de noivado) e dos *retratos de família*, considerados absolutamente impenhoráveis por razões de solidariedade social, bem como de *uma vaca de leite* ou de animais

⁴¹⁴ Conforme assevera Ovídio A. Baptista “a dramática distância entre direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre direito e História entremostam-se em toda sua crueza quando se percebe que a doutrina limita-se a auto-reproduzir-se quase mecanicamente, sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo dos séculos passados.” (*Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 199).

⁴¹⁵ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

⁴¹⁶ Inclusive os de alto valor, salvo se adquiridos por fraude à execução (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Vol VI. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 225)

domésticos⁴¹⁷ necessários à alimentação ou trabalho do executado, também impenhoráveis por razões de solidariedade social ou cumprimento social do dever de trabalhar⁴¹⁸.

É mais do que pujante a necessidade de revermos nosso rol legal de impenhorabilidades, o qual ainda traz traços de antigos valores supremos de segurança e propriedade forjados sob o pressuposto de que a neutralidade da lei seria arcabouço interpretativo suficiente para garantir a igualdade de todos, e que o direito *de* (e não *à*) propriedade seria a base imprescindível para a vida humana digna.

Razões não há para se pôr em xeque a noção de que o direito, seja como manifestação de espírito ou como objeto de estudo científico, é expressão cultural originária ou, quando menos, influenciada pelas ideologias comunitárias dominantes. Contudo, a democracia moderna não deixa de repousar em uma concepção individualista da sociedade⁴¹⁹, em que os valores de liberdade são fundamentais para o alcance do progresso.

Ronald Dworkin explica que a liberdade inclui o direito de usar e dispor da propriedade que é legalmente sua, exceto de maneiras que o Estado-juiz, por meio do devido processo legal, possa legitimamente restringir⁴²⁰. O governo então, mediante o Estado-juiz e as leis nacionais, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida (e dos seus bens) algo de valioso⁴²¹, inclusive respondendo com seus bens, desde que perfeitamente ciente e não vulnerável.

⁴¹⁷ Pontes de Miranda trabalha sob a hipótese de que o juiz da causa poderia eventualmente considerar alguns desses animais como sendo de luxo ou de recreio no caso concreto e, assim procedendo, poderia autorizar sua penhora: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Vol VI. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 225.

⁴¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol III. 4ª ed, São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 281.

⁴¹⁹ DURO, Cristiano. *Execução e democracia – A tutela executiva no processo constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 123.

⁴²⁰ No original: “The most we can say here is that your liberty includes the right to use property that is rightfully yours, except in ways your government can rightfully restrict. That proposition is not as anodyne as it sounds when it is integrated into the right general theory of justice. The opportunity-cost justification of equality of resources I defended assumes a very wide latitude of alienable ownership and control, and so does the second principle of dignity, which asks us to take responsibility for our own lives”. (DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 375).

⁴²¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 2.

Nesse âmbito de valoração cultural histórica, como sustentar hodiernamente, por exemplo, a possibilidade de penhora de vencimentos, salários e remunerações somente se superiores a 50 salários mínimos; ou, ainda, convalidar a impenhorabilidade de um imóvel residencial avaliado em milhões de reais? Tais arquétipos dessoam dos valores compartilhados pela atual sociedade de massa que busca, com a liquidez que lhe é própria, a efetividade das relações social e negociais por meio do exercício pleno da liberdade de progredir individualmente e, por conseguinte, como um todo. No que se refere as impenhorabilidades legais, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei 8.009/90 herdaram, em alguns pontos, valores vetustos, de uma fase autonomista e conceitual (científica) do direito processual civil, conforme se passa a expor.

Durante o período do Brasil colonial, regencial e também durante o início do Império, as normas que regiam a atuação do processo no Brasil⁴²² se baseavam nas regras contidas nas ordenações do Reino de Portugal. Dessa forma, o Brasil herdou de Portugal as normas processuais das Ordenações Afonsinas (a partir do ano de 1456), Manuelinas (a partir de 1521) e Filipinas (a partir de 1603). Interessa-nos apenas o breve estudo desta última, em função de seu longo período de vigência.

A partir de 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas que, em seu livro III, disciplinava o processo civil, escrito, baseado nos princípios da iniciativa da parte e do dispositivo, com forte acentuação privatística. Trazia no título LXXXVI, 23 e 24, o rol de bens em que não poderia ser feita penhora, incluindo dentre eles as mulheres (23, 6), os cavalos e bois de arado (considerados necessários ao labor), e as armas e vestimentas. Havia, ademais, a possibilidade de se penhorar tudo aquilo que não fosse considerado necessário ao devedor – critério de absoluta subjetividade por parte do julgador - quando não houvesse outros bens penhoráveis, bem como a alternativa de constrição desses bens ou da própria pessoa do devedor, até que se pagasse a dívida.

⁴²² Até a outorga da Constituição de 1824 não havia ainda um Estado soberano e unificado brasileiro, tampouco um sistema constitucional baseado na divisão do poder de Estado em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si, tal como atualmente.

A título histórico, conforme anota Pereira e Souza⁴²³, antes da lei lusitana de 21.10.1763 era possível a penhora da terça parte do soldo dos militares, o que representou, à época, uma verdadeira mitigação da impenhorabilidade da remuneração. Após a edição da referida lei deu-se o caráter absoluto na impenhorabilidade em razão da insegurança jurídica gerada⁴²⁴.

Em 25 de novembro de 1850, a partir da implementação de um código voltado especialmente para o Direito Comercial, entrou em vigor o Regulamento 737, considerado o primeiro código processual nacional⁴²⁵ e que se destinava a regular especificamente o processamento das causas comerciais. O Regulamento trazia em seu art. 525 a previsão de que o executado que escondesse os bens para não serem penhorados, ou deixasse de possuí-los por dolo, seria preso por, no máximo, um ano, até que procedesse com a entrega dos mesmos ou o seu equivalente.

Disponha o seu art. 529 sobre os bens considerados absolutamente impenhoráveis⁴²⁶ e o seu art. 530 sobre os bens de penhora subsidiária⁴²⁷, ou seja, penhoráveis apenas na falta dos primeiros. O art. 529 ditava que não poderiam ser *absolutamente*

⁴²³ PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. 4ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional, tomo III, 1834, § CCCII, nota 799, p. 37.

⁴²⁴ Anotação trazida por Bruno G. Redondo e Mário Vitor Lojo ao se referir, historicamente, à Manoel de Almeida e Souza de Lobão (REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 100).

⁴²⁵ Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, “o Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado ‘um atestado de falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado’; e foi elogiado como ‘o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América’. Na realidade, examinando serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto de vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e à simplicidade do procedimento” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER. Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 118).

⁴²⁶ Art. 529. Não podem ser absolutamente penhorados os bens seguintes: § 1º Os bens inalienáveis; § 2º Os ordenados e vencimentos dos Magistrados e Empregados Públicos; § 3º Os soldos e vencimentos dos Militares; § 4º As soldadas da gente de mar, e salarios dos guardas-livros, feitores, caixeiros e operarios; § 5º Os equipamentos dos Militares; § 6º Os utensilios e ferramentas dos mestres e officiaes de officios mechanicos, que forem indispensaveis ás suas occupações ordinarias; § 7º Os materiais necessarios para as obras; § 8º As pensões, tenças e monte pios, inclusive o dos Servidores do Estado; § 9º As sagradas Imagens e ornamentos de altar, salva a disposição do Artigo seguinte § 1º; § 10. Os fundos sociaes pelas dividas particulares do socio (Art. 292 Codigo); § 11. O que for indispensavel para a cama, vestuario do executado e de sua familia, não sendo precioso; § 12. As provisões de comida que se acharem na casa do executado.

⁴²⁷ Art. 530. São sujeitos á penhora não havendo absolutamente outros bens: § 1º As sagradas Imagens e ornamentos do altar se forem de grande valor; § 2º O vestuario que os Empregados Públicos usão no exercicio das suas funções; § 3º Os livros dos Juizes, Professores, Advogados e Estudantes; § 4º As machinas e instrumentos destinados ao ensino, pratica ou exercicio das artes liberaes e das sciencias; § 5º Os fructos e rendimentos dos bens inalienáveis; § 6º Os fundos liquidos que o executado possuir na Companhia ou Sociedade commercial a que pertencer.

penhoráveis os ordenados e vencimentos dos magistrados e empregados públicos, os soldos e vencimentos dos militares e as soldadas da gente de mar, os salários dos guardas-livros, feitores, caixeiros e operários, além das pensões, tenças e montepios, inclusive o dos servidores do Estado.

O Regulamento 737 apresentou significativa importância sobre o processo brasileiro vez que veio a vigorar até após a instituição da República, influenciando sobre os códigos processuais dos Estados-membros⁴²⁸. Contudo, apesar do avanço no trato da disciplina processual, persistia flagrante a omissão referente aos procedimentos envolvendo questões de natureza civil, fato que ainda dava azo a aplicação do livro III das Ordenações Filipinas, situação incômoda para um país já independente.

Em 1871, o Governo Imperial incumbiu ao conselheiro Antônio Joaquim Ribas o dever de compilar as diversas alterações das Ordenações (teses legislativas, trechos das Ordenações e leis extravagantes), a fim de criar um conjunto com toda a legislação relativa ao processo civil, de forma a regularizar e uniformizar a praxe judiciária. Em 1876, por força da Resolução de Consulta Imperial de 28 de dezembro daquele ano, passou a ter força de lei a Consolidação das Leis do Processo Civil de autoria de Ribas que, como confessado pelo próprio autor⁴²⁹, não se limitou a mera compilação das disposições processuais vigentes, avançando em comentários pessoais sobre as matérias tratadas.

Disponha seu art. 1.277 sobre os bens absolutamente impenhoráveis⁴³⁰. Tal como se observa na atual legislação ordinária, regra geral, buscou-se proteger os bens

⁴²⁸ PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 60.

⁴²⁹ “Pareceu-me, porém, que ainda mais útil se tornaria este trabalho, se eu desenvolvesse essas theses legislativas, por sua natureza sucintas, em Commentarios mais ou menos extensos, segundo a importância da matéria (...)” (*Consolidação das leis do processo civil comentada pelo conselheiro dr. Antônio Joaquim ribas. Volume segundo*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879).

⁴³⁰ “Art. 1277. Não podem ser absolutamente penhorados: §1º - Os bens inalienáveis; salvo se a dívida houver sido contrahida pelo instituidor do vinculado. §2º - Os vencimentos dos militares. §3º - Os dos outros funcionários e empregados públicos. §4º - As soldadas de gente do mar e os salários dos guardas-livros, feitores, caixeiros e operários em serviço publico. §5º - Os salários dos actores dramáticos e, em geral, os ainda não vencidos dos artífices e operários. §6º - Os bens de patrimônio dos clérigos durante a sua vida, e, em geral, os destinados para alimentos. §7º - As tenças, pensões e monte-pios, inclusive o dos servidores do Estado. §8º - As imagens sagradas e ornamentos do altar, salvo a disposição do artigo seguinte §2º. §9º - Os vestidos que os executados e as pessoas de suas famílias tiverem em seus corpos, não sendo de grande valor. §10 – Os materiaes e ferramentas necessários para as obras. §11 – Os bens dotaes, salvo nos casos expressos em direito. §12 – Os bens castrenses e quase castrenses, pelas dividas dos pais. §13 – As embarcações destinadas à navegação do alto mar, salvo as disposições dos arts. 479 a 483 do código comercial. §14 – Os teares dos fabricantes de sedas. §15

inalienáveis, os bens públicos, as rendas pecuniárias destinadas ao sustento pessoal e familiar (salários, montepios, vencimentos, soldos, entre outros), os instrumentos necessários ao trabalho e as vestimentas pessoais que os devedores carregavam, desde que não consideradas de alto padrão. Também se protegeu a boa-fé e o dever de cooperação entre os sujeitos e para com o julgador, punindo eventuais tentativas de fraude à execução (art. 1.277, § 15 da Consolidação de Ribas) pela conversão de bens penhoráveis em impenhoráveis. Entretanto, percebe-se que a impenhorabilidade era benesse concedida a determinados sujeitos também em função de sua posição ou labor desenvolvido socialmente, de forma que a não incidência da responsabilidade patrimonial, em muitos casos, acompanhava não o bem ou o direito objeto de eventual expropriação, mas derivava de razões eminentemente subjetivas (pessoais)⁴³¹.

Interessante notar que o art. 1.788 da Consolidação de Ribas trazia um regime de penhorabilidade subsidiária, ou seja, permitida somente à falta de outros bens passíveis de expropriação, semelhante ao que ocorre atualmente com os bens considerados “relativamente” impenhoráveis (art. 834 do CPC). Também era permitida a feitura de negócio processual de renúncia à impenhorabilidade, conforme disposto no art. 1279⁴³² daquela consolidação.

Com a instituição da República, editou-se o Decreto 763, de 19 de setembro de 1890, pelo qual houve a unificação do processo civil brasileiro sob o regulamento 737, que passou a reger também as causas cíveis⁴³³. Com o advento da Constituição de 1891 a competência para legislar sobre direito processual foi distribuída, tornando-se concorrente entre a União e os estados-membros. Logo, passou-se a se ter uma legislação federal que tratava de processo concomitantemente a códigos de processo em cada um dos estados da federação, com especial destaque para os códigos de São Paulo e da Bahia. A reunificação da legislação processual, fixando a competência

– As apólices da dívida nacional; excepto convindo o executado, ou se este dolosamente converteu nelas os seus bens, para não pagar. §16 – Os bens do Estado, das provincias e município.

⁴³¹ Nota-se que alguns poucos indivíduos, em razão de suas profissões ou exercício social, gozavam da proteção da impenhorabilidade sobre suas verbas alimentícias, como os militares, funcionários públicos, marinheiros, clérigos e atores dramáticos.

⁴³² “Art. 1279. As machinas, instrumentos, animaes, e escravos maiores de 12 ou 14 annos, segundo os sexos, que forem effectiva e immediatamente empregados em trabalho de industria extractiva, agricola ou fabril não podem nas execuções ser desmembrados, ou separados dos predios, ou uns dos outros, salvo por convenção especial do devedor e credor”.

⁴³³ A respeito, conferir por todos: PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, Primeira Parte.

privativa da União para legislar sobre direito processual, só veio a ocorrer com a Constituição de 1934 (art. 5º, nº XIX, letra “a”).

Com a competência privativa da União para legislar sobre processo, ressaltam Cintra, Dinamarco e Grinover, tornou-se necessária a preparação de um novo Código de Processo Civil, tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa⁴³⁴. Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939), em 1º de março de 1940, o processo civil e comercial em todo o território brasileiro passou a ser regido por aquele diploma, salvo os feitos por ele não regulados que constituíam objeto de lei especial, conforme preconizava seu art. 1º.

Entretanto, a parte especial do Código, que tratava das matérias atinentes à impenhorabilidade, mostrava-se anacrônica, ora demasiadamente fiel ao velho processo lusitano, ora totalmente assistemática⁴³⁵. Eis porque, com distinta razão, Humberto Theodoro Junior afirma que “dois espíritos coabitavam o Código, formando uma parte geral impregnada de ideias novas, enquanto as que tratavam dos procedimentos especiais, dos recursos e da execução se ressentiam de um execrável ranço medieval”⁴³⁶. O CPC-1939 trazia em seu art. 942 o rol de bens considerados *absolutamente* impenhoráveis, mais extenso e pormenorizado que o atual⁴³⁷, enquanto o art. 943 definia os bens considerados relativamente impenhoráveis.

⁴³⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER. Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119-120.

⁴³⁵ BERMUDEZ, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, n. 7, p. 35-36.

⁴³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

⁴³⁷ Assim enunciava, conforme redação original: “art. 942 - Não poderão absolutamente ser penhorados: I – os bens inalienáveis por força de lei; II – as provisões de comida e combustíveis necessários à manutenção do executado e de sua família durante um mês; III – o anel nupcial e os retratos de família; IV – uma vaca de leite e outros animais domésticos, à escolha do devedor, necessários à sua alimentação ou a suas atividades, em número que o juiz fixará de acordo com as circunstâncias; V – os objetos de uso doméstico, quando evidente que o produto da venda dos mesmos será ínfimo em relação ao valor de aquisição; VI – os socorros em dinheiro ou em natureza, concedidos ao executado por ocasião de calamidade pública; VII – os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação; VIII – as pensões, tenças e montepios percebidos dos cofres públicos, de estabelecimento de previdência, ou provenientes da liberalidade de teceiro, e destinados ao sustento do executado ou da família; IX – os livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; X – o prédio rural lançado para efeitos fiscais por valor inferior ou igual a dois contos de réis (2:000\$0), desde que o devedor nele tenha a sua morada e o cultive com o trabalho próprio ou da família; XI – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas;

Referido diploma processual trouxe notável evolução legislativa ao introduzir exceção à impenhorabilidade dos proventos vencimentais. Assim, dispôs em seu art. 942, VII e VIII, exceção referente aos débitos de natureza alimentar ao declarar que não poderiam ser absolutamente penhoráveis os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, *salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos*, quando o executado houver sido condenado a essa prestação, bem como as pensões, tenças e montepios percebidos dos cofres públicos, de estabelecimento de previdência, ou provenientes da liberalidade de terceiro, e *destinados ao sustento do executado ou da família*.

De igual modo, de forma inédita, houve a previsão de que as provisões de comida e combustíveis necessários à manutenção do executado e de sua família, *indistintamente considerados*, durante um mês seriam consideradas impenhoráveis (art. 942, II, do CPC-1939), bem como o indispensável para a cama e vestuário (art. 942, XV, do CPC-1939). Contudo, aquele código processual ainda mantinha a injusta distinção da impenhorabilidade de provimentos vencimentais baseada em critério subjetivo (aqui entendido como referente à pessoa), ou seja, não assentado exclusivamente na proteção de bens e valores indistintamente considerados essenciais para uma vida digna, mas, sim, em razão do exercício de determinados cargos e posições do indivíduo, em detrimento ao verdadeiro objetivo de proteção à dignidade humana (conforme art. 942, VII e VIII, do CPC-1939)⁴³⁸.

Foi somente com o Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/73) que a impenhorabilidade de salários e vencimentos atingiu um conceito amplo, passando a englobar todas as formas de haveres, seja de natureza pública ou privada, percebidas para fins de sobrevivência por parte de qualquer executado, com a ressalva de que a

XII - os fundos sociais, pelas dívidas particulares do sócio, não compreendendo a isenção os lucros líquidos verificados em balanço; XIII - separadamente, os móveis, o material fixo e rodante das estradas de ferro, e os edifícios, maquinismos, animais e acessórios de estabelecimentos de indústria extrativa, fabril, agrícola outras, indispensáveis ao seu funcionamento; XIV - seguro de vida; XV - o indispensável para a cama e vestuário do executado, ou de sua família, bem como os utensílios de cozinha.

⁴³⁸ No ano de 1967 foi editado o Decreto-lei nº167/67 que em seu art.69 tratava da impenhorabilidade dos bens objeto de penhor ou hipoteca constituído pela cédula de crédito rural na execução de outras dívidas: “Art 69. Os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural não serão penhorados, arrestados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro empenhador ou hipotecante, cumprindo ao emitente ou ao terceiro empenhador ou hipotecante denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão”.

benesse cederia frente a débitos de natureza alimentar (art. 649, IV, fine). Contudo, a redação original do art. 649 do CPC-73 ainda deixava transparecer resquícios de um apego demasiado e desnecessário à propriedade de cunho afetivo e de provisões que não mais se coadunavam com a realidade social, tais como o anel nupcial, os retratos de família e os mantimentos de alimento e de combustível necessários à manutenção do devedor e de sua família durante um mês, quase todos sem cunho econômico relevante.

É inegável, por outro lado, que o diploma trouxe novos ares ao direito processual brasileiro, representando verdadeiro avanço e atualização legislativa. Tal qual faziam os diplomas europeus, consagrou a tríplice divisão do processo civil em “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar”⁴³⁹ e abarcou outras importantes modificações, com especial destaque para a execução por quantia certa contra devedor solvente, em contraposição à execução contra devedor insolvente (insolvência civil), além da disciplina própria e sistemática das medidas cautelares específicas e das medidas atípicas (inominadas).

Muitas alterações foram realizadas durante a vigência do código de 1973 buscando, em regra, à simplificação dos atos e dos procedimentos em geral para uma maior agilidade da prestação do serviço jurisdicional. No que tange às impenhorabilidades, algumas das mais importantes alterações sofridas foram: a) a Lei 7.513/86, que acrescentou o inciso X ao art. 649 para fins de prever a impenhorabilidade do imóvel rural, até um módulo, desde que este fosse o único de que dispusesse o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário⁴⁴⁰; b) a Lei

⁴³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19-20.

⁴⁴⁰ Tal inciso, contudo, perdeu importância com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e a entrada em vigor da Lei 8.009/90. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXVI, passou a prever que a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva. A Lei 8.009/90 em seu art. 4º, par. 2º, dispõe que “quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural”. Contudo, é importante distinguir os dois institutos, que protegem a pequena propriedade rural e o bem de família rural, respectivamente. Conforme assentou o ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do REsp 1.591.298/RJ, “o fundamento que orienta a impenhorabilidade do bem de família (rural) não se confunde com aquele que norteia a da pequena propriedade rural, ainda que ambos sejam corolários do princípio maior da dignidade da pessoa humana, sob a vertente da garantia do patrimônio mínimo. O primeiro destina-se a garantir o direito fundamental à moradia; o segundo visa assegurar o direito, também fundamental, de acesso aos meios geradores de renda, no caso, o imóvel rural, de onde a família do trabalhador rural, por meio do labor agrícola, obtém seu sustento” (STJ, REsp 1.591.298/RJ, rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 04.11.2017).

11.382/2006, cuja redação modificou profundamente os art. 649 e 650 do CPC-73, mantendo, contudo, a classificação entre os bens *absolutamente e relativamente* (subsidiariamente) impenhoráveis, restando apenas a redação do inciso I do art. 649 inalterada pela reforma. Em virtude de sua importância para o tema, referida lei merecerá análise mais detalhada adiante; c) a Lei 11.694/2008, que acrescentou o inciso XI ao art. 649 para prever a impenhorabilidade dos recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da Lei 9.096/95⁴⁴¹, por partido político⁴⁴².

Conforme exposto, a Lei 11.382/2006 trouxe profundas modificações na disciplina das impenhorabilidades no Código de Processo Civil de 1973, alterando profundamente a redação do art. 649⁴⁴³ que trazia as hipóteses de impenhorabilidade ditas absolutas. Aboliu previsões desnecessárias, defasadas e redundantes, tais como aquela dos equipamentos dos militares (que já estariam abrangidos pela proteção do primeiro inciso, dada a impenhorabilidade dos bens públicos) e do anel nupcial e retratos de família (sem cunho econômico). Retificou a redação de dispositivos que caíram em

⁴⁴¹ Arelado a esse dispositivo se encontra a regra do art. 854, §9º: “Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei”. Trata-se da Lei nº 9.096/95 que, em seu art. 15-A, atribuiu a responsabilidade civil com exclusividade ao órgão interno do partido que houver descumprido a obrigação, violado o direito ou causado dano pela prática de ato ilícito. Isso porque embora o partido político seja uma unidade (PJ), para efeito de responsabilidade, a lei o fracionou entre os vários órgãos que atuam em seu nome.

⁴⁴² Conforme esclarece Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 404), se a quantia recebida pelos partidos políticos é proveniente de recursos públicos do fundo partidário torna-se impenhorável pelo simples fato de ser, no plano técnico-processual, uma projeção da intangibilidade dos recursos do próprio ente de direito público que os transfere (art. 100 da CF/1988 e art. 910 do CPC).

⁴⁴³ A nova redação ficou assim redigida: “Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político. § 1º - A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. § 2º - O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

desuso e previam menos do que objetivavam, a exemplo das provisões de alimento e de combustível reserváveis durante um mês (bens já incorporados ao parágrafo único do art. 2º da lei 8.009/90 e incluídos na nova redação dada ao inciso II, do art. 649, do CPC-73). Incorporou incisos que continham a previsão de verbas de natureza alimentar em uma redação única, tais como os incisos IV e VII que passaram a integrar o inciso IV (com suas doze hipóteses de impenhorabilidade).

Ainda, a Lei 11.382/2006 instituiu os incisos IX (impenhorabilidade dos “recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”) e X (impenhorabilidade até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, da quantia depositada em caderneta de poupança) ao art. 649, sendo este último inciso aquele com maior impacto no caso concreto⁴⁴⁴, em função, sobretudo, da frequente realização de penhoras online em contas bancárias por meio do convênio do Poder Judiciário com o Banco Central (BacenJud).

Por derradeiro, referida lei acresceu ao referido dispositivo, na forma de parágrafos, as exceções às impenhorabilidades. Pelo parágrafo primeiro do art. 649 nenhum bem seria considerado impenhorável face à cobrança do crédito concedido para sua própria aquisição, o que se mostra perfeitamente compreensível e razoável, pois, caso contrário, estar-se-ia inviabilizando e desestimulando o crédito, os financiamentos do varejo e as relações comerciais entre instituições bancárias e setores atuantes do ramo empresarial. Já o parágrafo segundo trouxe a previsão da não oponibilidade da impenhorabilidade de qualquer verba de natureza alimentar (inciso IV) em face de execução para pagamento de prestação alimentícia. Essa é uma clara opção axiológica do legislador, que buscou priorizar os alimentos como fator indispensável à subsistência do indivíduo⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Sabe-se que, com alguma frequência, os clientes bancários optam pela movimentação de conta poupança no lugar da conta corrente, dada a existência de taxas nestas e inexistência naquelas. Em virtude de tal realidade, buscando garantir a satisfação do direito do credor e coibir atitudes fraudulentas do executado, alguns Tribunais estaduais têm admitido a penhora de valor depositado em conta-poupança do devedor quando, diante da sua movimentação, verifica-se que está sendo utilizada como conta corrente, ou seja, há um desvirtuamento de sua função: TJDF, AI 20150020233296, rel. Ana Maria D. A. Brito, 6ª Turma Cível, j. 11.11.2015; TJMG, AI 1.0000.16.050477-5/000, rel. Des. Domingos Coelho, 12 Câmara Cível, j. 13.06.2018.

⁴⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 409.

Fato ocorrido à época e que gerou grande repercussão na doutrina jurídica nacional⁴⁴⁶ foi o veto presidencial ao que seria o §3º do art. 649 e o parágrafo único do art. 650, ambos do CPC-73. Em sua redação original, o PL n. 4.497/05 (que deu origem à Lei n. 11.382/2006) passaria a permitir a penhora de até 40% do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, após o desconto do imposto de renda, da contribuição previdenciária e dos outros descontos compulsórios. O projeto se inspirava no Código de Processo Civil lusitano em vigor à época⁴⁴⁷, o qual, contudo, permitia a ponderação judicial no caso concreto, conforme seu art. 824, n.º. 4 e 5. Pelo PL n. 4.497/05 também haveria o acréscimo do parágrafo único ao art. 650, para dispor sobre a possibilidade de “ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade”.

A mensagem da casa civil presidencial trouxe como justificativa para o veto parcial o argumento de que as alterações estavam em contrariedade ao interesse público, *in verbis*:

“O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar (...) A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos (...)”.

⁴⁴⁶ Igualmente criticando o veto à proposta de criação do §3º ao art. 649: REDONDO, Bruno Garcia. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 63, p. 20–28, jun. 2008; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V II. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 315; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/2006. In: COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, p. 480-503, 2007. Marinoni e Arenhart chegam a considerar o veto como inconstitucional, sob o argumento da violação da cláusula de proporcionalidade sob o sentido de vedação da proteção deficiente, visto que restou inviabilizada a proteção adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil, Vol. III. Execução*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 263)

⁴⁴⁷ Código de Processo Civil Português - art. 824º, 1, a): (“Bens parcialmente penhoráveis). 1- São impenhoráveis: a) dois terços dos vencimentos, salários ou prestações de natureza semelhante, auferidos pelo executado; (...)”

É realmente intrigante e, de certa forma, paradoxal, o fato de a mensagem considerar a proposta razoável e, ao mesmo tempo, impô-la o veto. Deveras, não há se coadunar com a rasa e frágil argumentação da tradição jurídica brasileira. Primeiro porque a função legislativa impinge ao Congresso Nacional a feitura das leis, de modo que os debates devem ocorrer em função da ordinariedade do processo legislativo, sob a batuta da legitimidade de seus membros. Segundo porque as normas de processo estão fadadas a conviver (e padecer) com uma historicidade que lhes é ínsita. Não há outro caminho. A mera tradição não pode ser empecilho à evolução sistemática. Aliás, como se verá adiante, a possibilidade de penhora de parte dos vencimentos do executado e do bem de família suntuoso, reservando quantia suficiente para garantir a dignidade do devedor, já era realidade em diversos países de tradição da *civil law*.

No espaço de tempo entre a entrada em vigor do CPC-39 e as reformas ao CPC-73, levadas a cabo pela Lei 11.382/2006, houve a edição de algumas leis que também atinaram à matéria das impenhorabilidades. Dentre as mais relevantes, incluem-se: a) o Decreto-lei nº167/67 que, como linhas antes se acentuou, em seu art. 69 trata da impenhorabilidade dos bens objeto de penhor ou hipoteca constituídos pela cédula de crédito rural na execução de outras dívidas, cumprindo ao emitente ou ao terceiro empenhador ou hipotecante denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão; b) a Lei 8.009/90 (lei do bem de família), que será tema de estudo próprio no tópico 6.; c) a Lei 8.036/90 que prevê, em seu art. 2º, §2º, a impenhorabilidade absoluta⁴⁴⁸ das contas do FGTS vinculadas em nome dos trabalhadores; e d) o Código Civil (Lei 10.406/2002). Ainda, a CF/88 reafirmou a impenhorabilidade do crédito devido pela Fazenda Pública⁴⁴⁹ (art. 100 da CF/88) e

⁴⁴⁸ Já se afirmou a não existência de direitos absolutos, vez que qualquer direito fundamental pode ceder em face de outro direito fundamental, já que são passíveis de restrições recíprocas e encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição. Nesse sentido, decidiu o STJ em diferentes oportunidades que a impenhorabilidade constante do art. 2º, §2º, da Lei 8.036/90, deve ser mitigada quando para satisfazer crédito de natureza alimentar antes a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à vida: STJ, AgRg no REsp 1.427.836/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 24.04.2014; STJ, AgRg no RMS 34.440/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 17.11.2011.

⁴⁴⁹ A própria Constituição Federal prevê que essa impenhorabilidade cede, excepcionalmente, nas hipóteses em que “a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito” permite-se o sequestro da quantia respectiva.

trouxe a impenhorabilidade da pequena propriedade rural por débitos decorrentes de sua atividade produtiva, desde que trabalhada pela família (art. 5º XXVI da CF/88).

O Código Civil de 2002 representou importante instrumento jurídico apto a influenciar decisivamente nos efeitos da responsabilidade patrimonial, acrescentando e/ou ratificando outras hipóteses de impenhorabilidades, ainda que relativas, não previstas no Código de Processo Civil. Eis as principais hipóteses: a) a inalienabilidade⁴⁵⁰ (impenhorabilidade absoluta) decorrente de convenção das partes (art. 1.911 do CC); b) a inalienabilidade do usufruto⁴⁵¹ (art. 1.393 do CC); c) o bem de família convencional (arts. 1.717 a 1.722 do CC); d) o direito à meação, na vigência do regime matrimonial (art. 1.682 do CC); e) a coisa consignada, enquanto não pago integralmente o preço (art. 536 do CC); f) os bens públicos (art. 100 do CC); e g) a impenhorabilidade relativa do direito a alimentos e dos respectivos créditos⁴⁵² (art. 1.707 do CC). Há, ainda, quem afirme se tratar a previsão do art. 1.331, §1º do CC/2002 (inalienabilidade da vaga de garagem para pessoas estranhas ao condomínio quando não haja expressa autorização condominial) de nova hipótese de impenhorabilidade criada a partir da Lei 12.607/2012⁴⁵³.

Mais recentemente, no dia 18 de março de 2016, entrou em vigor o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). O diploma representou, simultaneamente, uma verdadeira inovação legislativa em certos pontos⁴⁵⁴, tais como aqueles que atinam ao

⁴⁵⁰ A inalienabilidade do bem não impede, entretanto, a penhora de seus frutos e rendimentos (art. 834 do CPC). Também vindo como possível a penhora de frutos e rendimentos de bens inalienáveis: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 418. O STJ tem admitido o cancelamento da cláusula de inalienabilidade prevista no art. 1.911 do CC/2002 quando “a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses” (STJ, REsp 1.422.946/MG, rel. p/ acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., Dje 05.02.2015).

⁴⁵¹ O usufruto é inalienável, mas vemos como possível a penhora de seus frutos e rendimentos (art. 834 do CPC).

⁴⁵² Contudo, conforme Araken de Assis, “a remuneração do devedor haurida de relação de emprego ou estatutária e que constitui alimento em sentido estrito, por força do art. 100, §1º, da CF/1988, comporta penhora para realizar o crédito também alimentar do credor” (*Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 330).

⁴⁵³ A respeito, ver: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Ponderações acerca da nova redação do § 1.º do art. 1.331 do Código Civil: uma nova hipótese de impenhorabilidade? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 220, p. 355-373, jun. 2013.

⁴⁵⁴ Inovação estas que não necessariamente representam evolução. A novidade não está imune às críticas e deve ser tratada com o mesmo cuidado e atenção que se dá a algo que ainda não se conhece e se procura criar afinidades. Com precisas ressalvas, Lênio Streck já alertava, ainda nos primeiros meses de vigência, que o CPC acabou por criar um sistema de precedentes “à brasileira” (ou jabuticaba – se referindo à fruta endêmica brasileira), artificial, de certo tom não democrático: “no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura

sistema de precedentes e ao de “julgamento em bloco” de demandas repetitivas, e uma estagnação em outros. A execução parece ter sido um desses pontos excluídos da assoalhada vanguarda, recebendo pouca ou menor atenção do legislador. Se se olhar mais atentamente à matéria das impenhorabilidades, em uma leitura perfunctória, pode-se chegar a pensar que houve um mero decalque do que já existia no código superado⁴⁵⁵. Pior, como afirma Marcelo Abelha, “muitas vezes esse ‘recorta e cola’ já tinha sido feito pelo Código de 1973 em relação ao CPC de 1939, o que acaba por ocasionar uma inusitada situação de termos no CPC de 2015 alguns artigos cujos textos que (sic) são mera reprodução literal do CPC de 1939”⁴⁵⁶.

É fato, reconheça-se, que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações com relação a matéria das impenhorabilidades, algumas das quais, todavia, merecem ser festejadas com certa discrição, já que escondem uma acovardada propensão a defesa intransigente e pretensiosa da propriedade.

Primeiramente, o Código de Processo Civil de 2015 tratou de eliminar da redação do *caput* do seu art. 833 o advérbio *absolutamente*, que esteve presente em todos os códigos antecedentes e na legislação do império ao se referir ao rol de bens impenhoráveis. A supressão do referido advérbio veio em boa hora: a) primeiro, porque não há se falar em direito absoluto à impenhorabilidade⁴⁵⁷; b) segundo, porque o código parece ter encontrado maior sistematização e compatibilidade entre seus

democrática que o precedente à *brasileira* não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem — e isso é uma jaboticaba — dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões” (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em 15 de março de 2019.

⁴⁵⁵ A repetição das redações dos incisos não passou despercebida pela doutrina. Alexandre Gois de Victor observa que “não fosse por um mínimo acréscimo de um ou outro artigo definido, bem como em razão da inversão de uma ou outra oração, todos os enunciados normativos contidos nos incisos I ao XI, do art. 833 do CPC/2015, seriam idênticos aos textos hospedados pelos incisos I ao XI do art. 649 do CPC/73 (...)”. (VICTOR, Alexandre Gois de. Art. 833. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1098).

⁴⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, XIII.

⁴⁵⁷ Na mesma linha de pensamento, Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas comentam que “a alteração supra denunciada também tem caráter didático para afastar a noção de *direito absoluto*, não mais admitida no direito pátrio, e que é, inclusive, repudiada expressamente pelo art. 187 do CC/2002. Não se pode considerar lícito o exercício de direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, premissa esta que se aplica também no âmbito da impenhorabilidade”. (MAZZEI, Rodrigo Reis; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 831 a 869 do CPC-15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.182).

dispositivos, de modo a coadunar o *caput* do art. 833 com as exceções previstas em seus parágrafos⁴⁵⁸. Apesar da mudança trazida pelo novo Código processual, a doutrina tradicionalmente⁴⁵⁹ mantém a distinção semântica entre os bens considerados absolutamente impenhoráveis e aqueles relativamente (secundariamente ou subsidiariamente) impenhoráveis.

Houve também o acréscimo de mais um inciso (o inciso XII) ao rol dos bens impenhoráveis, mantendo-se, quanto aos demais, idêntico conteúdo, com poucas correções de sintaxe. Pelo novo inciso XII são considerados impenhoráveis “os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra”⁴⁶⁰. A novidade visa proteger o denominado *patrimônio de afetação* que a Lei 4.591/64 (alterada pela Lei 10.931/2004) declara não se comunicar com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador⁴⁶¹.

Sem dúvida o avanço mais significativo diz respeito a quebra do dogma da impenhorabilidade absoluta das verbas de natureza alimentar. Se no ano de 2006 não se conseguiu a aprovação do projeto de lei que flexibilizava abstratamente a penhora das remunerações do executado, vetada pela assessoria jurídica da Presidência da República, conforme visto, o atual Código de Processo Civil veio a quebrar, ainda que de modo folclórico, essa intangibilidade. Os parágrafos 1º e 2º do art. 833 são a materialização do caráter não absoluto das regras de impenhorabilidade.

⁴⁵⁸ Comentando sobre a exclusão do termo “absolutamente” do rol de bens impenhoráveis do Código de Processo Civil, Alexandre Gois de Victor menciona que “a exclusão não foi feita por acaso, de modo que o texto do *caput* do art. 833 do CPC/2015 desta maneira, e inclusive, parece ter encontrado maior compatibilidade com as exceções contidas em seus parágrafos 3º, 4º e 5º [sic], para as quais, nalguns casos, será possível promover-se a penhora de bens a que aludem os incisos daquele mesmo artigo” (VICTOR, Alexandre Gois de. Art. 833. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1098).

⁴⁵⁹ Conservando o advérbio “absolutamente” para classificar os bens impenhoráveis: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. V. 7ª ed.* Salvador: JusPodivm, 2017; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017.

⁴⁶⁰ No caso de penhora de edifícios em construção, é preciso observar o disposto no § 3º do art. 862 do CPC: “Em relação aos edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária, a penhora somente poderá recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador”.

⁴⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – V. III*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 481.

Com efeito, o § 1º do art. 649 do CPC-73 estabelecia que a impenhorabilidade não seria oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. A nova redação do §1º do art. 833 do CPC estabelece que, além dos créditos relativos a aquisição do bem, não será possível opor a impenhorabilidade “à execução de dívida *relativa* ao próprio bem”. É dizer, a impenhorabilidade não poderá ser mais alegada em face de qualquer crédito exequendo que diga respeito ao bem, a exemplo das taxas condominiais e do IPTU, e não mais somente em relação ao crédito atinente à aquisição do bem (*e.g.*, financiamento para compra). É interessante notar, nesse ponto, que o Código de Processo Civil dialoga com a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, IV da Lei 8.009/90, deixando mais clara a preocupação com a sistematização do ordenamento jurídico pátrio.

Em relação ao §2º do art. 833 do CPC, nota-se que, em sua primeira parte, houve parcial reprodução do §2º do art. 649 do CPC-73. De igual maneira, a impenhorabilidade do inciso IV (os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários...) não é oponível no caso de penhora para pagamento de *prestação alimentícia*, acrescendo-se a tal hipótese excepcional aquela do inciso X (a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos). Outra inovação se deu no tocante a origem da prestação alimentícia, a qual passou a ser prescindível para a penhorabilidade de importes remuneratórios do executado, de modo que para qualquer das suas espécies não se pode opor a impenhorabilidade, a exemplo daquela decorrente da indenização por ato ilícito (art. 533, §1º) e dos honorários advocatícios contratuais ou sucumbenciais⁴⁶²⁻⁴⁶³.

A maior novidade, entretanto, ficou por conta da parte final do §2º do art. 833. O dispositivo tornou penhorável toda a quantia dos vencimentos do executado que exceder 50 salários mínimos mensais, independente da natureza do crédito exequendo. Entretanto, apesar do claro avanço em relação ao diploma predecessor, não parece ter sido a opção legislativa mais acertada a fixação abstrata de alçada rígida, com limites quantitativos, para a (im)penhorabilidade da remuneração do devedor. Em um país de dimensões continentais, com acentuados contrastes sócio-econômicos, pretender o texto da lei realizar prognósticos do que seria o mínimo

⁴⁶² VICTOR, Alexandre Gois de. Art. 833. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1110.

⁴⁶³ Vide: STJ, AgRg no AREsp 311.093/SP, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 05.02.2015.

essencial da subsistência de cada executado (e também de cada exequente) é propiciar um verdadeiro tiroteio no escuro, sob a presunção do poderio legislativo em prever as vicissitudes individuais. *A realidade é muito mais complexa e rica do que se pode descrever.*

O texto legal deveria manter a linha seguida pelo § 2º do art. 833 quando da penhora de dinheiro do executado (inc. IV ou X do art. 833) em sede de execução de alimentos, não fixando, pois, patamares inflexíveis (mínimo e máximo) da remuneração ou da caderneta de poupança que podem ser objeto da constrição, relegando tal fixação a cargo do juiz no caso concreto, à luz da proporcionalidade, razoabilidade e em respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos⁴⁶⁴ do exequente e do executado. Tal modificação poderia vir acompanhada da utilização de *conceitos jurídicos indeterminados*, tal como aqueles previstos no inciso II do art. 833. Os direitos em jogo podem demonstrar que a fixação abstratada e *ex ante* de valores e percentuais pela lei poderá representar graves afrontas não só aos direitos fundamentais do credor, mas também aqueles do devedor.

Conforme já se sustentou, excepcionalmente e respeitando os deveres de motivação (art. 489, §§1º e 2º), o caso concreto poderá exigir que se atinja quantia remuneratória abaixo da monta de 50 salários mínimos mensais quando tal ato se mostrar fundamental para a garantia da dignidade humana do credor em face daquela do devedor⁴⁶⁵. Nesse sentido, interessante observação na doutrina é feita por Thiago Ferreira Siqueira ao descrever a hipótese de *ampliação* da proteção outorgada aos vencimentos do devedor quando, de forma excepcional e à luz do caso concreto, “a medida seja imprescindível para a preservação de sua dignidade e de sua família, e que, por outro lado, não impeça a satisfação de algum direito fundamental do

⁴⁶⁴ É o que escreve Bruno Redondo: “Melhor teria sido o texto da lei não prever valores, percentuais etc., deixando a critério do juiz, a luz do caso concreto, quantificar o mínimo essencial a subsistência digna do executado, patamar a partir do qual se tornam plenamente penhoráveis os seus ganhos. Afinal, a impenhorabilidade não pode chegar ao extremo de frustrar a efetividade da tutela jurisdicional” (REDONDO, Bruno Garcia. Art. 833. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim Wambier [et al.] (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1927).

⁴⁶⁵ Marcelo Lima Guerra expõe que “o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva – não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva” (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103-104).

credor”⁴⁶⁶. O autor cita o exemplo de um devedor que precise arcar com os custos de tratamento médico de um familiar que supere os cinquenta salários mínimos mensais, estando, no outro polo da demanda, um exequente que goze de boa condição financeira e que o crédito a ser por ele recebido não seja imprescindível para a satisfação de suas necessidades básicas.

Por seu turno, o §3º do art. 833 do CPC consagra nova regra de exceção à impenhorabilidade, sem correspondente no CPC-73. Trata-se de hipótese inclusiva e, a um só tempo, restritiva de impenhorabilidade. Aduz serem impenhoráveis, além dos livros, máquinas, ferramentas, utensílios, instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado (inciso V), também os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural (inclusão), *exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária* (exclusão). A regra, *mutatis mutandi*, se coaduna com aquela trazida pelo §1º do art. 833 e pela primeira parte do §2º do mesmo dispositivo, razão pela qual merecem leitura conjunta, valendo as mesmas ressalvas feitas anteriormente.

Outra interessante inovação do CPC, e que atinge indiretamente a (im)penhorabilidade de bens, foi a inserção de um parágrafo único ao art. 805 (art. 620 do CPC-73), o qual passou a dispor que “ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”. Trata-se do já aclamado princípio da menor onerosidade possível ou do menor sacrifício possível, repaginado e com novas vestes.

A partir da edição do CPC-15, cumpre ao executado que eventualmente alegue a maior “gravosidade” da medida executiva indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados⁴⁶⁷, atuando, pois, de forma cooperativa ao processo. Deixando de oferecer o executado um meio menos oneroso e mais eficiente para a satisfação do crédito exequendo, terá aquele

⁴⁶⁶ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

⁴⁶⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 63.

que suportar as medidas já realizadas para a satisfação deste, visto que a atividade executiva é sempre forçada.

Houve, portanto, uma verdadeira inversão processual (*ex lege*) estática do ônus da prova de demonstração do menor sacrifício do ato executivo, se comparada à mesma regra do CPC-73. É dizer, não é mais incumbência do credor a demonstração de se tratar aquele ato executivo do menos oneroso ao executado. Referido ônus trazido pelo código anterior representava uma verdadeira tormenta – injusta - para o credor, que, no âmbito das partes, era quem menos detinha a possibilidade e os meios de conseguir provar que o devedor sofria desvantagem desproporcional. A situação do executado era, por sua vez, extremamente favorável, pois lhe bastava alegar que o ato executivo lhe trazia excesso de aflição para que o ônus de demonstrar a adequação e a necessidade da medida passasse a ser do credor.

Tal inovação, portanto, merece todos os elogios possíveis. É o que comenta Cássio Scapinella Bueno, para quem a regra “é louvável porque, ao depositar nas mãos do executado a iniciativa nela prevista, evitará requerimentos despídos de seriedade, iniciativa que se encontra em plena harmonia com a indicação dos atos atentatórios à dignidade da justiça feita pelo art. 774”⁴⁶⁸ e, mais genericamente, ao próprio princípio da boa-fé objetiva a que se refere o art. 5º do CPC.

A execução, quando singular, se desenvolve no melhor interesse do exequente. O executado precisa saber que, em regra, vai entrar na execução por quantia para “perder” patrimônio, pois essa a mesma busca justamente expropria-lo (seus bens, na verdade), exceto quando não possua patrimônio econômico algum⁴⁶⁹.

Contudo, isso não significa afastar ou mitigar os direitos fundamentais do executado e a proteção à sua dignidade humana. Todo ato executivo deve ter como plano de fundo a razoabilidade e a proporcionalidade em sentido amplo, imiscuindo-se na imprescindibilidade de se escolher aquele mais eficaz e menos oneroso ao devedor. Já se falou que os atos executivos devem seguir sempre a regra da proporcionalidade,

⁴⁶⁸ BUENO, Cássio Scapinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 495.

⁴⁶⁹ Marcelo Abelha anota com precisão: “É natural que [o devedor] saia da execução com um patrimônio menor do que possui, pois a execução é justamente para *desapossá-lo, expropria-lo ou constrange-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa*. Não há execução civil que não traga uma redução patrimonial ao executado (...)” (*Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 39).

sob o critério da necessidade, de modo que a execução civil deva se realizar pelo meio menos gravoso ao executado, quando disponível mais de um meio igualmente efetivo para tanto, isto é, evitando-se os meios dispensáveis ou que ultrapassem o limite do indispensável (art. 805, *caput*).

Há ainda no CPC aquelas hipóteses de impenhorabilidade que não estão previstas nos arts. 833 e 834. Exemplos dessas impenhorabilidades se encontram: a) no capital constituído para assegurar a indenização de ato ilícito (art. 533, §1º); b) nos bens cujo produto na alienação será absorvido pelas custas do processo (art. 836, *caput*); e c) no credor que, por direito de retenção, deverá primeiro executar a coisa em seu poder, para só depois penhorar outros bens (art. 793).

Por todo o visto, não nos aparenta que o legislador do CPC-15 tenha procedido da melhor maneira em sua tentativa de propiciar efetividade à execução por quantia. Isso porque, ao invés de propiciar um alargamento da responsabilidade patrimonial nas hipóteses de fraude à execução e desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, o que se percebeu foi justamente uma maior limitação àquela, sobretudo por meio da previsão de novas hipóteses de impenhorabilidades. Não há se falar, a respeito, que a relativização legal da impenhorabilidade dos salários e vencimentos trazida pelo §2º do art. 833 do CPC surtirá grandes efeitos práticos, pois, em um país com mais de 60 milhões de cidadãos inadimplentes e devedores e que ostenta rendimento domiciliar *per capita* médio de R\$1.373 no ano de 2018⁴⁷⁰, torna-se quase mero exercício hipotético penhorar vencimentos somente superiores a 50 salários mínimos.

Nesse sentido, é curioso notar que, mesmo em vigor há pouco tempo, parte significativa dos projetos de lei em curso⁴⁷¹ visam restringir a tutela executiva

⁴⁷⁰ Conforme aponta o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

⁴⁷¹ Como exemplos mais sintomáticos: PL 2197/2015, de autoria da deputada Gorete Pereira - PR/CE, que visa a alterar o artigo 854 do CPC, para estabelecer que o bloqueio na penhora *online* deverá se limitar a 10% do valor da execução; PL 6333/2016 de autoria do deputado Carlos Bezerra - PMDB/MT, que busca acrescenta o inciso XIII ao art. 833 e modificar o inciso I do art. 835, ambos do CPC, para estabelecer a impenhorabilidade dos valores depositados em plano de previdência privada; o PL 5675/2016 de autoria do deputado Marcio Alvino - PR/SP, que dispõe sobre a impenhorabilidade de bens de hospitais filantrópicos e Santas Casas de Misericórdia; o PL 2386/2015, de autoria do deputado Pastor Franklin - PTdoB/MG, que busca acrescentar dispositivo a Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990, para dispor sobre a irrenunciabilidade do direito a impenhorabilidade do bem de família; PL 10223/2018, de autoria do deputado José Rocha - PR/BA, para alterar o artigo 833 e seu inciso XI do CPC, a fim de tornar impenhorável os recursos públicos do fundo especial de financiamento de campanha recebidos por partido político; PL 10130/2018, de autoria do deputado Flavinho - PSC/SP, que busca alterar o

expropriatória no Código de Processo Civil de 2015, sobretudo introduzindo novas hipóteses de impenhorabilidade (não bastasse nosso rol já bastante extenso), apesar de aquele ser um dos diplomas jurídicos mais generosos na matéria⁴⁷² em âmbito internacional. Ao que se afigura, alguns legisladores brasileiros possuem verdadeira aversão a ampliação do alcance da responsabilidade patrimonial, sobretudo quando a matéria é afeta à penhora online e à penhorabilidade do bem de família.

Passa-se, adiante, ao estudo do trato das impenhorabilidades legais em ordenamentos jurídicos estrangeiros de países com tradição e origem similares ao brasileiro.

4.4.4. Impenhorabilidade no Direito Estrangeiro

Como ponto de inflexão ao tópico antecedente, traz-se adiante um brevíssimo estudo sobre legislação comparada em matéria de impenhorabilidade processual. Não se olvida que a simples *legislação comparada* não possui, para o hermeneuta, o mesmo valor que o estudo do *Direito Comparado* propicia. Nas palavras de Carlos Maximiliano “este é uma ciência completa; aquela, uma síntese, nem sempre compreensível de plano; apenas propicia a ilusão, aparência de cultura, em vez de uma sólida base de conhecimentos, pois só fornece as palavras, não o espírito das normas compulsórias”⁴⁷³.

A legislação comparada aqui trazida visa apenas servir como um campo aberto para discussões e críticas, a fim de instigar o leitor a penetrar no objeto de estudo e atingir a essência do fenômeno para compreendê-lo por meio da escolha de uma

inciso VII do caput do art. 3º da Lei nº 8.009/90 para excepcionar da penhorabilidade de bem de família decorrente de fiança concedida em contrato de locação, o fiador quando mulher provedora do sustento de entidade familiar.

⁴⁷² A restrição à tutela executiva e a ampliação do rol de impenhorabilidades previsto no CPC são objetos do alerta negativo feito por André Vasconcelos Roque (*Mais reformas legislativas no novo CPC? A execução sob ataque*. <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/mas-reformas-legislativas-no-novo-cpc-%E2%80%A8a-execucao-sob-ataque-18072016>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

⁴⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 (e-book), p. 132.

metodologia própria para o seu estudo⁴⁷⁴, por sua livre conveniência e desejo. Não se busca e tampouco há a pretensão de se adentrar, portanto, no estudo do Direito Comparado como ciência própria. A finalidade buscada é a de propiciar uma visão mais ampla de como a legislação de outros países de tradição jurídica romano-germânica tratam a matéria das impenhorabilidades em seu ordenamento, a fim de possibilitar uma reflexão apriorística que, eventualmente, possa levar a uma avaliação da viabilidade de adaptação ou reforma da legislação processual pátria⁴⁷⁵.

Dessa forma, como corte metodológico, a presente análise se restringirá apenas a legislação utilizada por países de tradição da *civil law* que, além de possuírem relevante e extenso estudo sobre o direito processual por parte de sua doutrina, exercem forte influência no direito processual civil brasileiro, em especial no tocante às regras da impenhorabilidade de bens e direitos. Não há, pois, finalidade alguma de esgotamento do tema.

4.4.4.1. Itália

Na Itália a *espropriazione forzata* é disciplinada pelos arts. 483 *usque* 604 do *Codice di Procedura Civile (CPC)* e por meio dos arts. 2.910 a 2.929 do Código Civil. Conforme anota Andrea Proto Pisani, o art. 2.910 do Código Civil estabelece que “a expropriação do bem do devedor, ou excepcionalmente de terceiro, ocorre segundo as regras estabelecidas pelo código de processo civil”⁴⁷⁶. A expropriação forçada varia de acordo com o tipo de bem a ser penhorado (divisível ou indivisível, móvel ou imóvel) e conforme sua titularidade (bem pertencente ao devedor ou a terceiros), havendo regras autônomas a disciplinar sua efetivação nas diversas espécies de execução

⁴⁷⁴ “Dizer aprioristicamente que o procedimento deva ser este ou aquele não se mostra como uma postura científica. Somente no processo de elaboração teórica, e em face do objeto de conhecimento, é que será possível a definição sobre o(s) método(s) mais indicado(s)” (OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, jan./dez., 1984, p. 168).

⁴⁷⁵ “(...) un académico no puede ser bien considerado cuando no realiza estúdios comparados, por lo menos como um médio para compreender su próprio sistema” (GIDI, Antonio. Enseñando derecho procesal civil comparado. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Dpj, 2005, p. 471).

⁴⁷⁶ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 704 – Tradução livre.

específica, apesar da existência de um corpo comum atinentes a todas elas (arts. 483 a 512 do CPC italiano).

A impenhorabilidade é dividida segundo o Código de Processo Civil italiano em: a) bens absolutamente impenhoráveis (art. 514 do CPC); b) relativamente impenhoráveis (art. 515 do CPC); e c) bens penhoráveis na presença de circunstâncias particulares de tempo (art. 516 do CPC). Esclarece Salvatore Satta que a distinção entre impenhorabilidade absoluta e relativa é apenas aparente, pois essa última é essencialmente uma mera variação da penhorabilidade de certos bens⁴⁷⁷ com destinações específicas.

A noção de impenhorabilidade absoluta a que se refere o art. 514 do CPC é consequência direta da própria natureza de alguns bens móveis que, por expressa disposição de lei, escapam à função da garantia patrimonial disposta pelo artigo 2.740 do Código Civil⁴⁷⁸. Por outro lado, Mandrioli e Carrata elencam como critério fundamental para a impenhorabilidade absoluta a manutenção do mínimo existencial indispensável à vida (por exemplo, a cama), ao sustento (v.g., os alimentos e combustível durante um mês para manutenção do devedor e sua família) e aos valores morais (v.g., o anel de casamento, os objetos sagrados, etc)⁴⁷⁹.

O art. 514 do *Codice di Procedura Civile* revela a preocupação do legislador em garantir um mínimo necessário à sobrevivência do devedor, preservando os meios pelos quais o mesmo obtém o seu sustento. Em regra, são impenhoráveis os bens e objetos presentes comumente em uma residência, indispensáveis para garantir a moradia digna do devedor e de sua família, exceto quando possuírem valor econômico significativo.

São também impenhoráveis as decorações, cartas, registros e escritos gerais de família, bem como os manuscritos, a menos que façam parte de uma coleção; os animais afetuosos ou de companhia (pets), mantidos na casa do devedor ou em outros

⁴⁷⁷ SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 13ª ed. Padova: Cedam, 2000, p. 643.

⁴⁷⁸ “Art. 2740 - Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”.

⁴⁷⁹ “(...) indispensabilità mínima per la vita (ad es., il letto), per il sostentamento (ad es., commestibili e combustibili per um mese di sostentamento del debitore e dela sua famiglia), per il valore moral (ad es., l'anello nuziale, le cose sacre, ecc)” – Tradução livre (MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. *Corso di diritto processuale civile*. Vol. III. Torino: Giappichelli, 2015, p. 72-73).

locais que lhe pertencam, sem fins produtivos, alimentares ou comerciais; e os animais utilizados para fins terapêuticos ou de assistência do devedor, cônjuge, coabitantes ou filhos, a exemplo de um cão-guia.

O art. 515 do CPC italiano trata dos bens relativamente impenhoráveis, ou seja, bens que podem ser penhorados de acordo com certos limites e condições, sobretudo aqueles relacionados ao trabalho do devedor. Dispõe o sobredito artigo que, na ausência de outros bens penhoráveis, as coisas que o devedor mantém em uma propriedade ou terreno para o serviço ou cultivo do mesmo poderão ser penhoradas separadamente da propriedade. Para evitar casos estapafúrdios que inviabilizem a utilização do bem principal⁴⁸⁰, a requerimento do devedor, o juiz poderá excluir da penhora as coisas que são imprescindíveis para a manutenção dos serviços na propriedade ou também permitir seu uso com as devidas precauções para sua conservação.

O mesmo dispositivo legal estabelece, ademais, que são impenhoráveis os instrumentos, os objetos e os livros indispensáveis ao exercício da profissão, da arte ou do comércio do devedor, exceto quando presumível que o valor de venda dos demais bens encontrados pelo oficial de justiça ou indicados pelo devedor não se mostrar suficiente para a satisfação do crédito, circunstância em que será permitida a penhora de até um quinto desses bens⁴⁸¹.

Além das impenhorabilidades previstas nos artigos acima indicados, o CPC italiano traz a hipótese da impenhorabilidade relativa das remunerações (*impignorabilità dei crediti*) do executado. Estabelece o art. 545 que são impenhoráveis os créditos alimentares⁴⁸² (à exceção da cobrança de crédito também de natureza alimentar e sempre com autorização do juiz da execução), bem como doações ou assistências

⁴⁸⁰ Giuseppe Tarzia utiliza como exemplo o caso julgado pela Corte de Cassação italiana de uma penhora que havia atingido partes comuns de um edifício (elevadores, saídas e escadas) de um vasto condomínio, e até partes de apartamentos individuais (a entrada e partes do corredor e salas). Para o autor tais frações do imóvel devem ser consideradas completamente inseparáveis das unidades em que se encontram. Houve, portanto, flagrante abuso no processo executivo traduzido na violação da regra de “adequação para o propósito”, que deve levar impenhorabilidade de partes de um único bem imóvel. (TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, nº 2, p. 329-350, 2002).

⁴⁸¹ O limite acima referido não se aplica à sociedades empresariais devedoras.

⁴⁸² “I crediti alimentari sono quelli dovuti ex lege, non quelli convenzionali, a meno che non si tratti di una liquidazione dei primi” (SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 13ª ed. Padova: Cedam, 2000, p. 666).

destinadas ao sustento de pessoas consideradas pobres, em maternidade, acometidas por doenças, ou destinados à realização de funeral ou às instituições de caridade.

Quanto aos vencimentos, salários ou outras indenizações concernentes à relação de emprego ou de trabalho (inclusive em decorrência de demissões), dispõe o art. 545 que as mesmas podem ser penhoradas por créditos de natureza alimentar, na medida estabelecida pelo pretor ou juiz da causa, mas nunca superior a um quinto. Para os tributos devidos ao Estado, às províncias ou às cidades, a medida da penhorabilidade também será de um quinto, bem como para qualquer outro crédito⁴⁸³. Em caso de concurso simultâneo da cobrança de crédito, a penhora não poderá se estender, em hipótese alguma, além da metade do montante das somas sobreditas.

É notável que o *Codice di Procedura Civile* mostra-se, no que tange às regras de impenhorabilidades, um diploma normativo obsoleto e ultrapassado, contendo diversos dispositivos que não possuem qualquer relevância social ou econômica que possam propiciar a satisfação da execução forçada. Hipóteses como aquelas trazidas pelo art. 516 parecem ter sido esquecidas há muito pelo legislador italiano no corpo do código de processo civil. Não se pode, minimamente, coadunar com a manutenção de figuras de impenhorabilidade absolutamente dispensáveis em um diploma de tamanha relevância para o ordenamento jurídico, tais como aquelas dos anéis de casamento, dos videocassetes, dos frutos não caídos de árvores e até dos bichos-da-seda.

Diferentemente do ordenamento brasileiro, não há na Itália uma legislação específica que institua uma intangibilidade patrimonial semelhante ao que denominamos *bem de família legal*. Há, contudo, instituto semelhante ao nosso “bem de família voluntário”, previsto no art. 1.711 e seguintes do Código Civil brasileiro, mas que não encontra relevante aplicação na praxe italiana. O ordenamento jurídico italiano traz, nessa senda, a figura do instituto do *patrimonio familiare*, hoje *fondo patrimoniale*, regulado pelo Código Civil italiano de 1942, em seus arts. 167 a 171.

⁴⁸³ MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. *Corso di diritto processuale civile*. Vol. III. Torino: Giappichelli, 2015, p. 87.

Em síntese, estabelece o art. 167 do Código Civil italiano que cada um ou ambos os cônjuges, por escritura pública - ou ainda um terceiro, por testamento - podem estabelecer um *fondo patrimoniale*, alocando certos ativos (imóveis ou móveis registrados em repartições públicas específicas) ou instrumentos de crédito, para atender às necessidades da família. A constituição do *fondo patrimoniale* por ato entre os vivos, realizado pelo terceiro, é concluída com a aceitação dos cônjuges. A aceitação poderá ser feita por meio de escritura pública posterior.

O art. 169 do mesmo diploma civilista informa que não havendo cláusula expressa na escritura de constituição do *fondo patrimoniale* dispendo ao contrário, não será possível alienar, hipotecar, penhorar ou, de outro modo, onerar os bens deste fundo, exceto com o consentimento de ambos os cônjuges e, havendo filhos menores, com a autorização do magistrado. Ademais, os frutos dos bens que constituem o *fondo patrimoniale* devem ser empregados para a satisfação das necessidades familiares⁴⁸⁴ (art. 168, 2, do CC italiano).

4.4.4.2. Portugal

O CPC português classifica as ações em 2 espécies: as declarativas⁴⁸⁵ e as executivas (art. 10), à semelhança, *mutadis mutandis*, do que ocorre no CPC brasileiro com os processos de conhecimento (art. 318) e execução (art. 771), respectivamente. Quanto às formas de processo, também aqui o CPC português traz duas categorias: o comum e o especial (art. 546, n.º 1). O processo comum de execução surge no art. 550, cuja redação aponta que o procedimento para pagamento de quantia certa será

⁴⁸⁴ Nos dizeres de Ana Marta Cattoni Zilveti (*Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 141) “considera-se, portanto, como necessidades familiares, não só exigências primárias de sobrevivência, mas também as exigências que os cônjuges consideram como relevantes para o direcionamento da vida em comum”, tais como tratamento médico, formação profissional e divertimentos.

⁴⁸⁵ A nomenclatura do processo civil português não deve ser confundida com aquela do processo civil brasileiro. No direito português, a ação chamada *declarativa* diz respeito a um rito de cognição análogo ao processo de conhecimento do CPC brasileiro, e não faz semelhança com a ação dita *declaratória* em nossa doutrina, que busca obter a declaração da existência ou inexistência de um direito ou fato. A esta última, o direito processual português chama de *ação de simples apreciação*, podendo ser positiva ou negativa.

ordinário (nº 3) ou sumário (nº 2º). As ações sob forma especial se encontram distribuídas tanto pelo CPC português, quanto em leis especiais esparsas⁴⁸⁶.

O mesmo diploma processual divide as impenhorabilidades em 3 espécies: a) bens absoluta ou totalmente impenhoráveis (art. 736º); b) bens relativamente impenhoráveis (art. 737º); e c) bens parcialmente penhoráveis (art. 738º). Interessante notar que no direito português a penhora de imóvel gera, em regra, a perda do poder de gozo pelo devedor, passando este ao tribunal, sob a guarda de um depositário que deverá tomar posse do bem⁴⁸⁷ (art. 757º)⁴⁸⁸.

A impenhorabilidade absoluta trazida no art. 736º determina os bens que, independentemente da dívida em questão, não podem ser penhorados⁴⁸⁹. Diferentemente do Brasil, Portugal incorporou em seu ordenamento jurídico a previsão de tornar como absolutamente impenhoráveis os túmulos (*ius sepulchri*) e os animais de companhia (ou *pets*). É o que dispõe o art. 736º, “e” e “g”, do Código de Processo Civil português, respectivamente. No Brasil, a doutrina não admite a penhora do direito à sepultura (e os seus corolários *direitos a sepultar e a manter sepultado*) ou da própria sepultura (coisa ou jazigo), havendo divergência, contudo, em relação aos bens de elevado valor que guarnecem o sepulcro (construções funerárias erigidas sob ou sobre o terreno concedido para a sepultura)⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ Exemplo é a revisão de sentença estrangeira (art. 978 do CPC) e o procedimento especial de despejo (art. 15 da Lei n.º 6/2006 que trata do Regime do Arrendamento Urbano).

⁴⁸⁷ Para aprofundamento, ver: FREITAS, José Lebre de. *A Acção Executiva depois da reforma da reforma*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 210-216.

⁴⁸⁸ O depositário deverá tomar posse efetiva do imóvel (art. 757º), exceto quando (art. 756º, 1 e 2): a) o bem penhorado constituir a casa de habitação efetiva do executado, caso em que é este o depositário; b) o bem estar arrendado, caso em que é depositário o arrendatário; c) o bem ser objeto de direito de retenção, em consequência de incumprimento contratual judicialmente verificado, caso em que é depositário o retentor; e estando o mesmo prédio arrendado a mais de uma pessoa.

⁴⁸⁹ “Art. 736º. Bens absoluta ou totalmente impenhoráveis: São absolutamente impenhoráveis, além dos bens isentos de penhora por disposição especial: a) As coisas ou direitos inalienáveis; b) Os bens do domínio público do Estado e das restantes pessoas coletivas públicas; c) Os objetos cuja apreensão seja ofensiva dos bons costumes ou careça de justificação económica, pelo seu diminuto valor venal; d) Os objetos especialmente destinados ao exercício de culto público; e) Os túmulos; f) Os instrumentos e os objetos indispensáveis aos deficientes e ao tratamento de doentes; g) Os animais de companhia”.

⁴⁹⁰ Reconhecendo a impenhorabilidade do direito à sepultura (*ius sepulchri*) e da sepultura, mas admitindo a penhora, excepcional, do jazigo não ocupado em cemitério particular, do sepulcro na execução do crédito relativo à sua aquisição ou construção e dos seus adornos de elevado valor: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 849-851. Assim se manifestam os autores: “O jazigo não-ocupado em cemitério particular pode, porém, ser penhorado, principalmente na execução do crédito relativo à sua aquisição. Trata-se de bem comercializável, de algum valor económico e que, por não estar ocupado, poderia ser penhorado sem ofensa à dignidade humana nem ao respeito aos mortos. O *sepulcro* é impenhorável, pois se incorpora

Os bens relativamente impenhoráveis são aqueles que podem ser objeto de penhora quando verificadas determinadas circunstâncias, destacadamente o fato do próprio executado os indicar à penhora (art. 737º, 2, “a”) ou se a dívida em causa se origina da aquisição ou do custo da reparação do próprio bem (art. 737º, 2, “b”). Engloba, além dos “bens do Estado e das restantes pessoas coletivas públicas, de entidades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de pessoas coletivas de utilidade pública, que se encontrem especialmente afetados à realização de fins de utilidade pública”, os instrumentos de trabalho e todos os objetos que sejam essenciais para a continuidade do mesmo, bem como aqueles que assegurem as condições de vida do executado e da sua família, a exemplo de qualquer economia doméstica que se encontre na moradia efetiva do executado⁴⁹¹.

Na relação dos bens parcialmente penhoráveis estão aqueles que só poderão ter parcela de sua qualidade ou quantidade penhorada. Incluem-se nessa hipótese a complexa (im)penhorabilidade parcial dos salários auferidos pelo executado, bem como das prestações pagas a título de seguro ou de aposentadoria⁴⁹². No tocante às verbas remuneratórias do executado, o art. 738º, 1, do CPC português estabelece que são impenhoráveis dois terços da parte líquida dos “vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza”, de forma a que este mesmo valor garanta a subsistência do executado.

Fixou-se como regra de impenhorabilidade o montante equivalente a um salário mínimo, quando o executado não aufera outros vencimentos ou rendimentos, sendo esse valor calculado sobre o salário líquido (art. 738º, 3). Ademais, há também um limite máximo para impenhorabilidade prescrita no n.º 1 do art. 738º, equivalente ao

à sepultura ocupada pelo corpo do defunto. Poderá ser penhorado, porém, na execução do crédito relativo à sua aquisição ou construção, bem como se de elevado valor (gárgulas de ouro que protegem o pórtico de um mausoléu, por exemplo)”. Reconhecendo a impenhorabilidade absoluta e completa do *jus sepulchri*: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 344-345. O STJ já admitiu a penhora dos jazigos vagos em execução movida em face da empresa administradora do cemitério (STJ, REsp 1.252.651-SP, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ªT., j. 29.04.2014).

⁴⁹¹ A respeito, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que “para efeito de impenhorabilidade, o conceito de ‘bens imprescindíveis à economia doméstica’ deverá aferir-se perante as condições sociais económicas médias, sendo o padrão de dignidade ou de necessidades essenciais evolutivo” (TRL, Processo 1030/10.0TJLSB-C.L1-7, rel. Maria João Areias, data do acórdão 16.11.2010).

⁴⁹² Há regras próprias, com alguma pouca diferenciação, para a penhora de rendimentos auferidos no âmbito das atividades especificamente previstas na tabela a que se refere o artigo 151.º do Código do IRS (comumente designados profissionais liberais: arquitetos, juristas, médicos, etc). Estas regras são trazidas pelo art. 738º, 8 do CPC português.

montante de três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão. Excetuou-se deste regime todas as situações nas quais o crédito exequendo seja alimentício, “caso em que é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo” português (art. 738º, 4).

Anote-se ainda que, nos termos do n.º 6 do art. 738.º, ponderando a natureza e montante do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, excepcionalmente e a requerimento daquele, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não inferior a um ano, isentá-los de penhora. O legislador, ao incorporar um parâmetro quantitativo de proporcionalidade, associando-lhe um critério qualitativo aberto (natureza do crédito exequendo), permitiu a abertura de certo juízo de adequação legal ao magistrado para que, no caso concreto, melhor possa compatibilizar o direito fundamental do exequente à tutela adequada, tempestiva e efetiva com o direito à vida digna do executado e de sua família, direitos esses que poderão ceder na medida do necessário em face daquele da parte *ex adversa* (e vice-versa).

Apesar do retorno à possibilidade de penhora da terça parte da remuneração do executado em Portugal, ainda assim não se revela recomendável à nossa realidade brasileira essa mesma estipulação em *alçadas fixas*, tal como fez o CPC português. Como explicado alhures, guardando o Brasil dimensões continentais, com diferenças socioeconômicas significantes entre as diversas regiões e cidades do país, mais efetivo seria conceder ao magistrado do caso concreto a necessária margem de adequação vinculada - não total “liberdade”, tampouco arbitrariedade - para que concretize a norma abstrata, observando os direitos fundamentais do exequente e executado, sob os critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.

Há em Portugal instituto em franco desuso, quase esquecido, denominado *casal de família*, o qual permitia a instituição de inalienabilidade e indivisibilidade de uma casa residencial e das respectivas dependências necessárias ao ofício de qualquer dos residentes integrantes do núcleo familiar. Apesar da pouca utilização, como nos lembra Ana Maria Zilveti, ainda se encontra em vigor o Decreto 18.551/30 que o

instituiu⁴⁹³. Entretanto, por sua absoluta irrelevância na realidade dos fóruns portugueses, não será objeto de estudo.

Cumpre-nos, para efeitos do presente trabalho, salientar que após a alteração legislativa promovida pela Lei 13/2016, de 23 de maio, a autoridade tributária portuguesa perdeu o direito de penhorar a casa de morada de família. É dizer, para efeitos de processo de execução fiscal a residência do contribuinte e de sua família passou a ser um bem impenhorável, conforme art. 244º, 2, do Código de Procedimento e de Processo Tributário. Ressalva é feita no art. 244º, 3, do mesmo diploma legislativo, aos “imóveis cujo valor tributável se enquadre, no momento da penhora, na taxa máxima prevista para a aquisição de prédio urbano ou de fração autónoma de prédio urbano destinado exclusivamente a habitação própria e permanente, em sede de imposto sobre as transmissões onerosas de imóveis”.

Tal impenhorabilidade, entretanto, opera-se tão somente quanto às penhoras das execuções fiscais, pelo que, em relação aos demais processos executivos instaurados por credores privados, a casa de morada de família continua a ser um bem penhorável. Nos dizeres de António Graça Moura “ainda que o imóvel penhorado seja a casa de morada de família, a execução seguirá o seu curso, percorrendo-se nela todas as fases processuais até à que haja lugar à venda ou adjudicação e pagamento ao exequente”⁴⁹⁴.

4.4.4.3. Espanha

⁴⁹³ ZILVETI, Ana Marta Cattani. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 138.

⁴⁹⁴ MOURA, António Graça. Sobreendividamento familiar, hipoteca sobre a casa de morada de família e pacto comissório. In: *Revista jurídica portugalense*, nº 22, p. 4-22, 2017. Disponível em <<https://revistas.rcaap.pt/juridica/issue/view/818>>. Acesso em 05 de março de 2019. O autor ressalva, ademais, que o legislador envidou meios para proteger a morada de família: “Não quer isto dizer que não existam em absoluto mecanismos no contexto da acção executiva que evidenciem alguma preocupação com a salvaguarda do património familiar: por exemplo, o artigo 842.º do CPC, que consagra o denominado direito de remição a favor de certos membros da família pela ordem depois indicada no artigo 845.º, dispõe que “ao cônjuge que não esteja separado judicialmente de pessoas e bens e aos descendentes ou ascendentes do executado é reconhecido o direito de remir todos os bens adjudicados ou vendidos, ou parte deles, pelo preço por que tiver sido feita a adjudicação ou a venda”; tal direito prevalece sobre eventuais direitos de preferência que possam existir (cfr. o artigo 844.º do CPC)”.

A legislação processual civil espanhola em vigor é denominada *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ley n. 1/2000) e dispõe sobre a *ejecución forzosa, de los títulos ejecutivos* (v. Livro III) *de las sentencias y demás títulos ejecutivos*, a partir do seu art. 517. A *ejecución* se faz mediante provocação (arts. 549 e 550, LEC) e submete-se a juízo primário de admissibilidade (arts. 551 e 552, LEC). Assim como a execução civil brasileira, a espanhola é eminentemente patrimonial, ou seja, não cogita punição corporal e prevê a imposição de *astreintes*.

Havendo falta de indicação de bens suficientes pelo executado para saldar o débito, os artigos 590 e 591 da LEC autorizam o magistrado, a requerimento do exequente, a proceder com a investigação da situação patrimonial do devedor mediante a expedição de ofícios a todos os tipos de instituições, públicas ou privadas. A penhora (lá chamada de *embargos*⁴⁹⁵) de bens para satisfação da execução por quantia seguem uma ordem baseada na liquidez, prevista no art. 592, 2 da LEC⁴⁹⁶.

A LEC trata do regime das impenhorabilidades nos seus arts. 605 *usque* 609⁴⁹⁷. Especificamente, os arts. 605 e 606 trazem os bens considerados impenhoráveis (*inembargables*), sendo aqueles de maior destaque: a) os bens inalienáveis; b) acessórios inaproveitáveis sem o principal; c) bens sem conteúdo patrimonial; d) outros expressamente declarados em lei como tal; e) bens que guarnecem a residência do executado e objetos de uso pessoal necessário que possam atender com razoável dignidade sua subsistência⁴⁹⁸; f) bens necessários para exercício da

⁴⁹⁵ Citando Carreras, Juan Montero Aroca define *embargos* (penhora) como “aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecucion, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecucion y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en a acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite juridicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes” (MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional – II*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 583-584).

⁴⁹⁶ Eis a ordem legal: “1.º Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase. 2.º Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores. 3.º Joyas y objetos de arte. 4.º Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo. 5.º Intereses, rentas y frutos de toda especie. 6.º Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales. 7.º Bienes inmuebles. 8.º Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas. 9.º Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo”.

⁴⁹⁷ Para outros casos de impenhorabilidade no direito espanhol, derivados do direito material ou por outras normas de direito público, ver por todos: ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 8ª ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008, p. 774-781.

⁴⁹⁸ O art. 606º, 1º, da LEC se utiliza, portanto, da técnica de *conceitos jurídicos indeterminados*.

profissão, quando seu valor não guarde relação com a dívida exequenda; e g) bens usados para cultos de religiões legalmente registradas⁴⁹⁹.

O art. 607 da LEC dispõe sobre a (im)penhorabilidade parcial da remuneração do executado, prevendo que é impenhorável o salário, soldo, pensão, remuneração ou seu equivalente, que não exceda o valor indicado para o salário mínimo. Ensina Manuel Ortells Ramos que se a quantia percebida excede a de um salário mínimo, “o excesso é penhorável segundo uma escala percentual progressiva estabelecida no art. 607, §2º, da LEC. As percentagens podem ser diminuídas em juízo de discricionariedade pelo tribunal em atenção aos encargos familiares que recaiam sobre o executado⁵⁰⁰”, conforme reza o nº 4 do sobredito dispositivo.

A LEC cria um valor impenhorável mínimo a partir do qual o seu excesso torna-se progressivamente penhorável no que exceder de 30%, chegando até 90%, do total recebido, dependendo da faixa em que se verifica o valor total dos vencimentos. Daniel Neves ilustra a situação com o exemplo de um executado que ganha um salário mínimo, o qual terá a garantia de impenhorabilidade absoluta, sendo que um próximo executado que ganhe até dois salários mínimos poderá ter penhorado 30% do valor que supere um salário mínimo, e outro devedor, que receba três salários mínimos, terá com relação ao valor do “segundo” salário mínimo a penhora de 30% e com relação ao “terceiro” salário mínimo, a penhora de 50%⁵⁰¹.

Por fim, estabelece o art. 608 que as disposições referentes ao artigo anterior (penhora de remuneração) não serão aplicáveis quando se tratar de execução de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia, devendo o tribunal fixar o montante que poderá ser apreendido. Observação deve ser feita de que na Espanha não há possibilidade de se afetar imóveis como “bem de família”, tal qual no Brasil.

⁴⁹⁹ Síntese e tradução encontrada em: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito Processual Civil Espanhol*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, p. 71-112, 2010.

⁵⁰⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 8ª ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008, p. 780 - Tradução livre.

⁵⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/2006. In: COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, p. 480-503, 2007.

4.4.4.4. Argentina

A impenhorabilidade de bens e direitos está prevista no ordenamento jurídico argentino espalhada entre diversas leis ordinárias esparsas. Dentre as mais relevantes inserem-se o *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (CPCCN), o Código Civil argentino e a *Ley 14.394/1954*. Há, ainda, outras leis que tratam da matéria, tais como a Lei 24.028, art. 13, 2º, que prescreve a impenhorabilidade da indenização resultante de acidente de trabalho e a Lei 22.232, art. 35, que dispõe sobre a impenhorabilidade dos imóveis gravados em favor do Banco Hipotecário Nacional.

Ensina Lino Enrique Palacio que os bens públicos e privados da Nação são impenhoráveis e, portanto, não podem ser executados: os primeiros como resultado das prescrições contidas nos arts. 2337 e 2340 do Código Civil argentino, e os segundos, por causa da natureza declarativa das sentenças proferidas contra aquela⁵⁰² (Lei 3.952, art. 7º). Também são impenhoráveis os bens públicos das províncias (art. 2.340 do Código Civil argentino) e das municipalidades, salvo quando são considerados como bens privados, mesmo quando provenientes do pagamento de impostos (exceção aos bens considerados imprescindíveis para satisfazer impostergáveis necessidades públicas)⁵⁰³.

Estabelece o art. 219 do CPCCN que serão impenhoráveis (*inembargables*): 1) o leito comum do devedor, de sua esposa e filhos, as roupas e móveis de uso indispensável, e os instrumentos necessários para a profissão, arte ou ofício que exerça; 2) os

⁵⁰² *Manual de derecho procesal civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 669.

⁵⁰³ ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 669. No mesmo sentido, ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Vol. V. Buenos Aires: Ediar, 1962, p. 56-57: “Los bienes públicos de las provincias tampoco son enajenables (cód. civ., arto 2340) y, por consiguiente, se hallan substraídos a la acción de los acreedores. Pero no ocurre lo mismo con los bienes privados, que pueden ser embargados aunque provengan de impuestos, salvo que se hallen afectados a un servicio público o que sean indispensables a su desenvolvimiento normal, porque se trata de entidades de existencia necesaria a las que no puede privarse de los elementos indispensables a su vida y desarrollo, correspondiendo a la justicia resolver en cada caso y con el criterio de las circunstancias, qué rentas o recursos pueden ser embargados y en qué medida”.

túmulos, a menos que o crédito corresponda ao preço de sua venda, construção ou fornecimento de materiais; e 3) os demais bens isentos de penhora por lei.

Em relação às verbas remuneratórias e alimentícias do executado, a Lei 14.443, em seu art. 1º, mantém a impenhorabilidade de uma quantia mínima de recebíveis que poderá, entretanto, ser relativizada quando em face de execução de crédito alimentício, desde que fixadas dentro de um mínimo que possibilite a subsistência do alimentante. O art. 2º⁵⁰⁴ da referida lei estabelece expressamente a possibilidade de penhora gradativa, no limite máximo de 20%, do valor dos rendimentos que excederem o valor estritamente necessário para a subsistência do executado, devendo o magistrado se atentar às circunstâncias do caso *sub judice* para fundamentar sua decisão⁵⁰⁵.

A *Ley 14.394/1954* regula o bem de família no direito argentino. Em síntese, reza o art. 34 da referida lei que qualquer pessoa poderá constituir em bem de família um imóvel urbano ou rural de sua propriedade cujo valor não exceda as necessidades de sustento e moradia de sua família. Entretanto, a constituição do bem de família só produz efeitos a partir do seu registo no correspondente “Registo Predial argentino”.

O art. 38 da *Ley 14.394/1954* estabelece que o bem de família não estará sujeito a execução ou penhora por dívidas após seu registo como tal, mesmo em caso de insolvência ou falência, exceto para as obrigações decorrentes dos impostos ou taxas relacionadas ao próprio bem, constituídos de acordo com o disposto no art. 37⁵⁰⁶, ou créditos para construção ou benfeitorias introduzidas no mesmo.

⁵⁰⁴ “Artículo 2º - Los salarios, sueldos, jubilaciones y pensiones que excedan de un mil pesos mensuales, sólo podrán embargarse en la proporción que establece la siguiente escala, aun en el caso de que se compruebe transferencia o constitución de derechos por su valor íntegro: a) Más de 1.000 y hasta 2.000 pesos el 5 por ciento del importe mensual; b) Más de 2.000 y hasta 3.000 pesos el 10 por ciento del importe mensual; c) Más de 3.000 y hasta 5.000 pesos el 15 por ciento del importe mensual; d) Más de 5.000 pesos hasta el 20 por ciento del importe mensual”.

⁵⁰⁵ Conforme Lino Enrique Palacio (*Manual de derecho procesal civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 669): “En materia de sueldos, salarios, jubilaciones y pensiones rige la ley 14.443, cuyo art. 1º excluye del embargo los salarios, sueldos, jubilaciones y pensiones que no excedan de determinada cantidad, con la salvedad de las costas por alimentos y litisexpensas, que deben ser fijadas dentro de un mínimo que permita la subsistencia del alimentante. En el caso de los sueldos, jubilaciones y pensiones que excedan de aquella suma, el embargo podrá efectuarse, de acuerdo con el art. 2º de dicha ley, hasta llegar a un porcentaje del 20% sobre el importe mensual percibido”. O autor faz a ressalva das sutis diferenças existentes entre a impenhorabilidade dos rendimentos da Lei 14.443 e aqueles percebidos por empregados e funcionários da Administração Pública.

⁵⁰⁶ “ARTICULO 37. – El ‘bien de familia’ no podrá ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare

Os frutos produzidos pelo bem serão penhoráveis, desde que não sejam indispensáveis para satisfazer as necessidades da família (art. 39, *Ley 14.394/1954*). Diferentemente do que vem entendendo a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, na Argentina, por expressa determinação legal, o proprietário ou a sua família serão obrigados a habitar a propriedade ou a explorar por sua conta o bem ou a indústria nela existente, desenvolvendo algum tipo de negócio comercial ou industrial (art. 41, *Ley 14.394/1954*), salvo exceções temporárias e devidamente justificadas apreciadas pela autoridade executiva. Ademais, há o limite de que apenas uma propriedade familiar poderá ser constituída como bem de família (art. 45, *Ley 14.394/1954*).

Ainda, duas curiosidades acerca da instituição do bem da família na Argentina: 1) a *Ley 14.394/1954* demonstra salutar preocupação com o custo dos procedimentos para sua instituição (arts. 46, 47 e 48), de forma que determinam que sejam gratuitos e limitam os honorários de profissionais eventualmente contratados para assessoramento. Nesse sentido, também mínima os custos associados ao bem de família ao estabelecer a isenção do imposto de transmissão *causa mortis*, desde que o bem não seja desconstituído nos cinco anos seguintes à transmissão⁵⁰⁷ (art. 40); 2) a *Ley 14.394/1954* deixou a cargo das províncias a faculdade de regulamentar o valor do imóvel passível de ser registrado como bem de família.

Por derradeiro, lembra-nos Ana Marta Cattani⁵⁰⁸ que em 1957 houve a introdução do art. 14-bis na Constituição Argentina, o qual dispõe em sua parte final que “em especial, a lei estabelecerá: (...) a proteção integral da família; a defesa do bem de família; a compensação econômica familiar e o acesso a uma moradia digna”.

o fuese incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediere causa grave o manifiesta utilidad para la familia”.

⁵⁰⁷ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 145.

⁵⁰⁸ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 142.

5. IMPENHORABILIDADE E PROCESSO

5.1. Impenhorabilidade: regra de direito processual ou material?

Celeuma tanto doutrinária quanto jurisprudencial tem se travado a respeito da natureza jurídica das regras de impenhorabilidade, se pertencentes ao direito material ou atinentes ao direito processual. O cerne da questão está em saber se como instituto do direito processual poderia sua aplicabilidade ser imediata, tal como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça ao desfazer penhoras anteriormente efetuadas⁵⁰⁹, bem como se se justificaria a aplicação da interpretação dada pelos tribunais para considerá-la como questão de ordem pública processual e, conseqüentemente, dar fundamentação unicamente processual à sua cognição a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Sem ter a pretensão de aprofundamento na intensa e incansável discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica da responsabilidade patrimonial – se pertencente ao direito processual, ao direito material ou, ainda, se se trata de instituto *bifronte* ou *híbrido* – as linhas seguintes buscarão trazer uma abordagem mais pragmática acerca da natureza das regras de impenhorabilidade.

É certo que a lei exclui diversos bens do devedor da responsabilidade patrimonial por variadas razões⁵¹⁰. José Lebre de Freitas, ao tratar dos fundamentos da impenhorabilidade decorrente da lei, assevera que “a impenhorabilidade não resulta apenas da indisponibilidade (objectiva ou subjectiva) de certos bens ou de convenções negociais que especificamente a estipulem”, mas, também “da consideração de certos interesses gerais, de interesses vitais do executado ou de interesse de terceiro que o sistema entende deverem-se sobrepor aos do credor exequente”⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Súmula 205/STJ: “A Lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência”.

⁵¹⁰ “Sob a roupagem da impenhorabilidade abarca-se não somente a impossibilidade da penhora por razões processuais, mas acaba se protegendo interesses das mais diferentes tonalidades” (SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. O regime jurídico das impenhorabilidades. Um estudo sobre sua natureza jurídica material e processual. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 239, 2015, p. 125).

⁵¹¹ FREITAS, José Lebre de. *A Acção Executiva depois da reforma da reforma*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 218.

Incluem-se, nessa lista, as impenhorabilidades decorrentes da exigência do direito material, tais como a relativa aos bens inalienáveis, bem como as decorrentes da absoluta impossibilidade fática de sua realização, como aquela que se almeja aos bens fora do comércio⁵¹² (e.g., direitos da personalidade, o ar, as águas dos mares, os satélites naturais, a alma, entre outros), sendo, nesta última hipótese, o estudo sobre impenhorabilidade uma questão estritamente processual (dever de não praticar atos inúteis).

A impenhorabilidade constitui a faceta negativa da penhora⁵¹³, de modo que, tal como tratada na nossa legislação, são considerados bens não sujeitos à penhora e, portanto, excluídos da própria execução. Assim, como manifestação da doutrina italiana, a impenhorabilidade *costituisce una eccezione al principio secondo cui il debitore risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni. Leggi especial e código individuano infatti alcune categorie di beni che non possono formare oggetto di espropriazione*⁵¹⁴.

A legislação pátria não faz qualquer diferenciação sobre o regime de impenhorabilidade, de modo que cabe à doutrina e à jurisprudência o papel classificatório e de agrupamento do instituto.

As normas de direito, tradicionalmente⁵¹⁵, podem ser divididas em dois momentos distintos: um de criação de direitos subjetivos (material) e outro de proteção destes direitos (processual)⁵¹⁶. Nessa senda, vê-se que *direito material* e *direito processual* atuam com escopos, geralmente, distintos. Enquanto o direito material busca a criação de direitos subjetivos, deveres e faculdades, o direito processual se ocupa de garantir, por meio do exercício da jurisdição pelo Estado, que a norma material (substancial) seja compulsoriamente atuada, mesmo quando não haja a cooperação (crise de

⁵¹² À impenhorabilidade resultante dos bens inalienáveis e dos fora do comércio, Leonardo Greco denomina “impenhorabilidade intrínseca”, ou seja, aquela inderrogável pela vontade do devedor (O processo de execução – V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13).

⁵¹³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo X*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 171.

⁵¹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Vol. II: Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 377.

⁵¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 49.

⁵¹⁶ A respeito, para estudo com mais aprofundamento, cf. texto de Cândido Rangel Dinamarco que trata das ideias e argumentos trazidos pelos defensores das correntes *dualista* e *monista*: “Direito e Processo”. *Fundamentos do processo civil moderno*. T 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69-70.

adimplemento) da parte de quem é devida⁵¹⁷. Eis, nesse último ponto, o caráter instrumental do direito processual, voltado à atuação quando a norma substancial, preexistente ao processo, não for espontaneamente cumprida.

Em qualquer caso, não se nega que tanto a penhora quanto a impenhorabilidade possuem elementos que tangenciam tanto o direito material quanto o direito processual. Cândido Rangel Dinamarco, a respeito, afirma que a responsabilidade patrimonial, apesar de instituto francamente *processual*, se aproximaria significativamente, entretanto, das situações de direito material sobre as quais visa atuar, ao ponto de classificá-la como instituto de *direito processual material*⁵¹⁸. De maneira similar, Thiago Ferreira Siqueira entende que a responsabilidade patrimonial, apesar de pertencer ao direito processual, se trata de instituto que sofre, a um só tempo, (i) intensa influência das normas de direito material e (ii) repercute em situações exteriores ao processo⁵¹⁹.

Em sentido contrário, entendendo tratar-se a responsabilidade patrimonial, *ontologicamente*, de instituto do direito material, Marcelo Abelha assevera que a mesma se refere a “um direito potestativo do credor, instrumental e garantidor de dívidas contra o inadimplemento do devedor e que nasce junto com qualquer obrigação”⁵²⁰, mas apenas incide quando acontece o *inadimplemento*.

Na lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon, as regras de impenhorabilidades são tratadas como normas pertencentes ao direito material público, isto é, normas contidas no Código de Processo Civil que pertencem ao direito material, mas dizem respeito

⁵¹⁷ “Il diritto sostanziale è un insieme di norme dirette a risolvere conflitti tra interessi contrapposti, determinando quelli prevalenti, attraverso la previsione di poteri, doveri e facoltà. Il diritto processuale, invece, è un insieme di norme che disciplinano quei meccanismi, ovvero i processi, diretti a garantire che la norma sostanziale sia attuata anche in caso di mancata cooperazione spontanea da parte di chi vi è tenuto. Da ciò si deduce che il diritto processuale ha carattere strumentale, nel senso che interviene solo quando la norma sostanziale non sia stata spontaneamente attuata” (PROTO PISANI, Andrea. *Lezione di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 4).

⁵¹⁸ *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 46 e ss. Tal posição é veementemente rechaçada por Flávio Luiz Yarshell (*Curso de direito processual civil*. Vol I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 40-41) e, em menor grau, Thiago Siqueira (*A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117).

⁵¹⁹ *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

⁵²⁰ *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 79. Ainda, na doutrina, é possível encontrar entendimento similar, a exemplo de José Frederico Marques, para quem a responsabilidade obrigacional (do devedor) é elemento do direito material, o que não se confunde com o que o autor denomina *responsabilidade instrumental* ou executória (*Instituições de direito processual civil*. Vol V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 79-80).

diretamente ao direito processual⁵²¹. Na mesma toada, o posicionamento de Trícia Navarro Xavier, para quem a impenhorabilidade (do bem de família) pertence ao direito substancial, e apesar de a jurisprudência ter passado a qualificá-la “como questões de ordem pública, permitindo que o magistrado a conheça de ofício [...] não tem o condão de transformar a natureza jurídica dessas matérias, que continuam sendo de direito substancial”⁵²².

Há autores, contudo, que entendem que as regras de impenhorabilidade carregam tanto características de direito material, quanto de direito processual. Tal é o entendimento esposado por Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon Vargas que, sem negar que a matriz da responsabilidade patrimonial decorre de uma obrigação, tendo, pois, natureza material, sustentam a natureza híbrida (bifronte) do instituto, com a afirmativa de que a responsabilidade patrimonial implica estado de sujeição do patrimônio à expropriação executiva, ou seja, projeta a situação para uma relação processual (tutela executiva/execução)⁵²³. Assim, para tais autores, mesmo com cargas desiguais, a responsabilidade patrimonial tem facetas de direito material e de direito processual, não sendo por acaso que o tema é tratado simultaneamente pelo Direito Civil (art. 391, CC/02) e pelo CPC (art. 789)⁵²⁴.

Sem descer à minudência da natureza da responsabilidade patrimonial, parece-nos que as regras de impenhorabilidade, apesar de só fazerem sentido se trazidas ao âmbito processual, podem deitar raízes também na esfera constitucional e na lei material⁵²⁵. Isso não significa dizer, todavia, que as regras que estabelecem limitações

⁵²¹ *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 146 e nota 489.

⁵²² *Ordem Pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 209.

⁵²³ MAZZEI, Rodrigo Reis; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 831 a 869 do CPC-15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.184.

⁵²⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 831 a 869 do CPC-15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.184. Rodrigo Mazzei e Fernanda Tartuce fazem alusão a uma situação bifronte, diante das consequências materiais e processuais dos dispositivos que regulam a responsabilidade patrimonial (MAZZEI, Rodrigo; TARTUCE, Fernanda. Inventário e Partilha no CPC/15: Pontos de Destaque na Relação entre os Direitos Material e Processual. In: *Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre [coord.]. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 443).

⁵²⁵ É o que asseveram Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas: “Com efeito, é no direito material, de raiz constitucional, que se encontra a definição do universo de bens penhoráveis. É o que ocorre, em exemplo, em relação à impossibilidade de penhora do bem de família instituído nos arts. 1.711 a 1.722 do CC/2002, assim como em relação aos bens que tiverem adentrado o patrimônio do executado [*sic*] liberalidade de terceiro, com cláusula de inalienabilidade que serão, por essa razão, incomunicáveis e impenhoráveis (art. 1.911 do CC/2002)” (Breves notas sobre a dignidade da pessoa humana e a função

à responsabilidade patrimonial, quando na relação jurídica processual, deixam de pertencer ao âmbito do processo, mas apenas que podem estar previstas e contidas em diploma eminentemente material, sendo tratadas pela doutrina, nesse caso, como dispositivo *heterotópico*⁵²⁶.

São, por exemplo, normas que decorrem de previsão constitucional⁵²⁷ ou do direito material⁵²⁸ e que repercutem diretamente na impossibilidade de penhora (*rectius*: expropriação): a) os bens que se encontram fora do comércio (inalienáveis) e, portanto, de modo algum podem sofrer penhora, tais quais os bens públicos (art. 833, I, IX e XI); b) os bens doados ou alienados com cláusula de inalienabilidade (art. 833, I do CPC e art. 1.911, *caput*, do CC); c) o capital constituído para assegurar a indenização de ato ilícito (art. 533, §1º, do CPC); d) o bem de família voluntário (art. 1.711 do CC); e) os bens gravados na cédula de crédito rural (art. 69 do Dec. – lei 167/67); e f) o direito de crédito decorrente de alimentos (art. 1.707 do CC).

social da propriedade como bases de compreensão das regras de impenhorabilidade do Código de Processo Civil de 2015. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LXIV, n. 466, ago. 2016, p. 72). De outro modo, entendendo pertencerem as regras de impenhorabilidade exclusivamente ao direito processual, mas podendo, em determinadas circunstâncias, serem originadas por meio da criação de óbices à expropriação pela lei material: ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 326.

⁵²⁶ Entendendo tratar-se a responsabilidade patrimonial de instituto *bifronte*, Rodrigo Mazzei diferencia os dispositivos *bifrontes* dos chamados *heterotópicos*: “A expressão norma heterotópica é uma combinação do grego *héteros*, que transmite a ideia de diverso, outro, diferente, desigual, com o também grego *topikòs*, relativo a lugar. Da decomposição ultimada, tem-se que deve ser considerada como regra heterotópica a norma que está deslocada, ou seja, está em diferente (*héteros*) lugar (*topikòs*). Isso significa que quando o diploma legal for de índole material – como é o caso do Código Civil – e constar um dispositivo de caráter eminentemente processual, este terá natureza heterotópica, já que difere na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, deslocado. Todavia, nem sempre há uma transparência tão clara quanto à carga que é impregnada no dispositivo, sendo possível lhe extrair (simultaneamente) efeitos materiais e processuais. Neste tipo de norma o deslocamento não é total, já que há no seu núcleo um caráter híbrido que permite, ao menos em parte, a localização do dispositivo naquele diploma específico. A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual), chamamos de normas *bifrontes*” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Algumas notas sobre o (‘dispensável’) art. 232 do Código Civil. *In: Revista Forense*. V. 105, n. 406, nov./dez. 2009, p. 3-4, nota 10).

⁵²⁷ “art. 5º (...) III – a pequena propriedade rural, assim, definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

⁵²⁸ Às impenhorabilidades a seguir referidas, Araken de Assis denomina “impenhorabilidade material absoluta” e “impenhorabilidade material relativa”, a depender da ocasião de o bem poder ou não, em qualquer caso, ser submetido à excussão judicial (*Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 328-331).

De fato, no direito brasileiro, a restrição da penhora pode ocorrer por regras constantes em diplomas que apresentam *carga híbrida*⁵²⁹, de direito material e de direito processual simultaneamente, e ainda fora da alcunha da impenhorabilidade, tal como ocorre com a execução de quantia certa em face da Fazenda Pública (art. 100 da CF/1988)⁵³⁰. Contudo, apesar de tal proteção ocorrer no âmbito do direito material, somente quando se adentra na relação jurídica processual, vale dizer, somente quando se busca a atuação estatal por meio da execução forçada, há de se falar em impenhorabilidade e limitação à atividade expropriatória do Estado. *Por isso, dizer-se que as regras de impenhorabilidade são regras atinentes ao direito processual só faz sentido dentro dessa mesma relação jurídica processual.*

Ao tratar, especificamente, das regras de limitação à responsabilidade patrimonial, estudo que aqui nos interessa a pormenor, Fredie Didier Jr e Paula Sarno Braga destacam que, ao impedir a penhora sobre determinado bem, a regra jurídica funciona como de direito processual, visto que “as regras que estabelecem limitações à responsabilidade patrimonial, impedindo que determinados bens sirvam à garantia da obrigação, são (...) regras processuais, pois servem de controle ao exercício da função jurisdicional executiva”⁵³¹. Tal entendimento nos parece correto, visto que são as regras processuais que regulam a forma dos atos jurídicos e a forma de atuação dos poderes dentro da relação jurídica processual.

Se a responsabilidade patrimonial é justamente o *direito* potestativo de submeter o patrimônio do devedor (ou outro garantidor) ao adimplemento da obrigação⁵³², ou seja,

⁵²⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no Projeto de Código de Processo Civil. *In: Revista de processo*. V. 39, n. 228, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173-174.

⁵³⁰ Essa é a ideia defendida por Adalmo Oliveira dos Santos Junior, para quem enquanto a exclusão de determinados bens como objeto da execução (proteção patrimonial) ocorre no plano do direito material, a impenhorabilidade opera no plano do direito processual (O regime jurídico das impenhorabilidades. Um estudo sobre sua natureza jurídica material e processual. *In: Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 239, 2015, p. 8) O autor, contudo, vai além, destacando que a natureza da impenhorabilidade decorre de seu fundamento, no que vale a leitura do seguinte excerto: “A impenhorabilidade é a face negativa da penhora e será de natureza de direito processual somente quando seu fundamento for no próprio direito processual. É o caso por exemplo de impenhorabilidade pela imprestabilidade do bem para expropriação judicial. Noutra senda, quando o bem é impedido de ser alienado judicialmente por disposição legal ou constitucional a impenhorabilidade é mera consequência da sua não sujeição à execução judicial” (O regime jurídico das impenhorabilidades..., p. 8).

⁵³¹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. *In: Scientia Iuris*. V. 13. Londrina: UEL, 2009, p. 204.

⁵³² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73.

à expropriação executiva, então, esta funciona como norma de direito material, posto que resulta em fatos jurídicos que têm por eficácia a criação e a regulação de direitos e deveres e de pretensões e obrigações entre os sujeitos envolvidos, estabelecendo, desde o nascimento da relação obrigacional, a responsabilidade sobre o patrimônio do devedor. Já a impenhorabilidade, como limitação política à atuação do Estado sobre o patrimônio e sobre a responsabilidade patrimonial do executado, excluindo-se determinados bens do devedor à expropriação judicial, opera-se exclusivamente no plano processual. É dizer, na síntese trazida por Adalmo Oliveira dos Santos Junior, que “o fato de ser ou não penhorável é um dado do direito processual. (Já) O fato de estar ou não sujeito a responder pela obrigação é um dado do direito material conectado à responsabilidade patrimonial”⁵³³.

5.2. Impenhorabilidade: há sentido na discussão da ordem pública?

Majoritariamente, a doutrina nacional tende a considerar as regras sobre impenhorabilidades como sendo matéria de ordem pública⁵³⁴, portanto, alegáveis e cognoscíveis a qualquer momento e em qualquer instância. No mesmo sentido, tem se posicionado a jurisprudência dos Tribunais Superiores⁵³⁵ sob o pálio de que “a

⁵³³ SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. *A responsabilidade patrimonial e sua natureza de direito material*. 2016. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, p. 123.

⁵³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381-382; REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007. p. 82; Pontes de Miranda refere-se ao *beneficium competentiae* como sendo matéria de “direito público” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. T. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 133); MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 166; VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, *passim*. Interessante notar que Cândido Rangel Dinamarco e Márcio Manoel Maidame, nas obras supra referenciadas, apesar de reconhecerem as regras de impenhorabilidades como sendo de “ordem pública”, admitem a sua disposição e renúncia. José Roberto dos Santos Bedaque (Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 366, nota 33) entende tratar-se a impenhorabilidade do bem de família como sendo matéria de ordem pública, podendo ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício. Nesse mesmo sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 147, nota 493.

⁵³⁵ Aponta a jurisprudência do STJ, com pacificidade, como sendo matérias de ordem pública, nos âmbitos materiais (substanciais) e processuais, as seguintes questões: “a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social

impenhorabilidade absoluta de bens é norma cogente, que contém princípio de ordem pública, cabendo ao magistrado, *ex officio*, resguardar o comando”⁵³⁶.

A *ordem pública* não é conceito unívoco e aplicável igualmente, com os mesmos desdobramentos, a todos os ramos do direito em que é utilizada. Decerto, a ordem pública se verifica sobre distintos vieses, em diferentes disciplinas jurídicas onde em cada uma o conceito e as consequências do reconhecimento da matéria podem variar significativamente⁵³⁷. Já se apontou, inclusive, que a expressão “ordem pública” careceria de significado, sendo conceito vago e impreciso, deixando o direito positivo de se preocupar em rotular normas como sendo ou não pertencentes a esse quadro⁵³⁸.

Para o trato das regras atinentes à impenhorabilidade a discussão em torno da temática *ordem pública* apresenta-se válida, sobretudo, em razão da sua utilização ampla pela jurisprudência dos tribunais pátrios como fundamento para o conhecimento ou não da disciplina a qualquer tempo e grau de jurisdição, bem como para justificar a (im)possibilidade de disposição ou renúncia pelas partes das referidas regras. Afinal, como observado entre nós por Judith Martins Costa, o papel da doutrina é construtivo e progressivo, sendo suas atribuições imediatas a de esclarecer os modelos jurídicos, elaborar conceitos, orientar sua aplicação e criar modelos doutrinários⁵³⁹, ganhando especial relevância a partir da aproximação da cultura de

da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81); juízo de admissibilidade dos recursos” (STJ, AgRg no REsp 841942/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 13.05.2008) – Os dispositivos citados do Código de Processo Civil fazem referência ao diploma anterior (CPC-73).

⁵³⁶ STJ, REsp 1.189.848/DF, rel. Min. Mauro Campell Marques, 2ª T., j. 21.20.2010; STJ, AgRg no AREsp 223196/RS, rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 16.10.2012.

⁵³⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5-6.

⁵³⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. 2008. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 129.

⁵³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26. É também o alerta crítico feito por Humberto Ávila sobre o desprestígio vivido pela doutrina, para quem “cessou de ser seguida porque parou, em parte, de ser necessária à aplicação do Direito e de orientar tanto os operadores quanto os destinatários” (Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. *Conversa sobre a interpretação no direito. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale*. Cadernos para Debates, n. 4. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, set. 2010, p. 146). Sobre o assunto, ver também: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

observância dos precedentes e da influência crítica que deve exercer sobre a atividade judicante.

A nomenclatura “matéria de ordem pública”, apesar de não abarcada pelo Código de Processo Civil, é constantemente utilizada pela doutrina e jurisprudência para se referir às questões que ultrapassam os limites do interesse particular do litigante e atingem interesse *predominantemente* público - afinal, todo interesse processual é, tangencialmente, interesse público.

Para Cândido Rangel Dinamarco, uma norma processual somente é de ordem pública quando transcende “a esfera de interesses das partes conflitantes, disciplinando relações que os envolvam, mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao interesse público”⁵⁴⁰. Com efeito, conforme esclarece Trícia Navarro, as questões de ordem pública são aquelas cujo interesse público⁵⁴¹ envolvido é elevado a ponto de justificar uma intervenção corretiva do juiz⁵⁴², de modo que, no processo, busque assegurar o controle de garantias constitucionais e processuais para o alcance da tutela adequada, tempestiva e efetiva, sem se olvidar da segurança jurídica.

Todavia, a despeito de seu caráter de direito público, as normas processuais não são todas consideradas de natureza pública – no sentido de que sua aplicação e observância interessam integralmente ao Estado e à sociedade – daí por que nem todas as normas processuais assumem um caráter de ordem pública⁵⁴³. No que atine

⁵⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69. Também para Giuseppe Chiovenda as normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas, “seja porque, por vezes, a lei pode ter em vista o interesse individual, como no caso em que a derrogação de tais normas se afigure como a renúncia a um benefício, seja porque a lei pode, outras vezes, ter em conta o conhecimento, pelas partes, das circunstâncias concretas d lide para deixa-las regular alguns pontos na relação processual” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 99).

⁵⁴¹ “Em linhas gerais, pode-se dizer que enquanto a ordem pública é um estado de coisas a ser perseguido, por meio da observância dos valores e das técnicas que pairam sobre o sistema jurídico pátrio, o interesse público possui natureza normativa e está relacionado ao proveito coletivo ou geral” (*Ordem Pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 121)

⁵⁴² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 118.

⁵⁴³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9-10. Cândido Rangel Dinamarco afirma, na mesma esteira de pensamento, que não é possível traçar conceitos rígidos ou critérios apriorísticos para se distinguir normas que são ou não de ordem pública. Para o autor um critério geral para se definir uma norma processual como sendo de ordem pública seria o fato de a mesma ser destinada a assegurar o correto exercício da jurisdição, como expressão do poder estatal, sem a tenção centrada primordialmente nos interesses das partes conflitantes (*Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69).

às regras de impenhorabilidade, torna-se muito difícil atribuir a estas normas, não obstante sua inegável relevância social, as características típicas que se costuma conferir às questões de ordem pública de direito processual que são, em apertada síntese: (i) a possibilidade de exame de ofício, (ii) a ausência de preclusão da matéria e (iii) a possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição⁵⁴⁴.

Primeiro, é de se ressaltar que, à exceção dos incisos I, IX e XI do art. 833, do CPC, todas as demais hipóteses de impenhorabilidade tratam de interesse primordialmente particular, inclusive aquelas previstas na lei do bem de família (Lei 8.009/90), de modo que os bens ali descritos podem ser livremente alienados extrajudicialmente pelo executado, estando, portanto, dentro do seu patrimônio disponível. De outra banda, fossem as regras de impenhorabilidade realmente matéria de ordem pública deveriam ser, por conseguinte, impositivas e indisponíveis⁵⁴⁵, fato que não condiz com a disponibilidade das mesmas⁵⁴⁶, que podem ser, até mesmo, renunciáveis.

Valioso, nesse ponto, o ensinamento de Fredie Didier Jr, Paula Sarno, Leonardo Cunha e Rafael de Oliveira ao afirmarem que a impenhorabilidade é um direito do executado, que pode ser renunciado “se o bem impenhorável for disponível. Se a impenhorabilidade é disponível, não pode ser considerada como regra de ordem pública. Considerar uma regra de ordem pública e, ao mesmo tempo, renunciável é pensamento que contraria a lógica jurídica”⁵⁴⁷.

E, ainda que se defenda que a ordem pública não é incompatível com a disponibilidade sobre certos aspectos do direito, nem com renúncia ou transação⁵⁴⁸, a exemplo de

⁵⁴⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6. A propósito da natureza das questões de ordem pública, o citado autor entende que “o que determina a natureza de ordem pública não é o tipo de matéria tratada pela norma, ou sua hierarquia, mas o seu conteúdo específico, que deve ser comparado aos valores fundamentais da sociedade, em determinado tempo e lugar” (p. 31), posição encampada por nós.

⁵⁴⁵ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 407.

⁵⁴⁶ Conforme explana Guillermo Borda, “uma questão é de ordem pública, quando responde a um interesse geral, coletivo, em oposição às questões de ordem privada, nas que somente se joga um interesse particular. Por isso, as leis de ordem pública são irrenunciáveis, imperativas; pelo contrário, as de ordem privada são renunciáveis, permissivas, conferem aos interessados a possibilidade de se apartar de suas disposições e substituí-las por outras” (*Tratado de derecho civil. Parte general*. 21ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 68).

⁵⁴⁷ *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 816.

⁵⁴⁸ Cf., APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19-20.

grande parte das normas que regem o Direito do Trabalho e aquelas atinentes à atuação da Administração Pública, é de observar que não há verdadeira disponibilidade desses direitos, senão tão somente à expressão financeira ou processual disponível dos mesmos, as quais podem sim ser objeto de transação, desistência e de compromisso, ainda que o direito material seja irrenunciável, bem como com o objetivo de alcançar o melhor interesse público primário⁵⁴⁹.

Para Marcelo Abelha, apesar de afirmar tratar a questão sobre impenhorabilidade de regras de ordem pública, o executado poderia dispor desse benefício admitindo penhora sobre bem tido pela lei por impenhorável⁵⁵⁰. Trata-se, para o autor, de uma escolha legislativa que, de um lado, busca resguardar direitos considerados socialmente relevantes, primordialmente a dignidade do devedor, mas que de outro dizem respeito a matérias essencialmente patrimoniais e, portanto, plenamente disponíveis. No mesmo sentido, a doutrina italiana se posiciona ao afirmar que *impignorabilità non significa tuttavia inalienabilità anche se talvolta l'impegnorabilità del bene dipende però dalla sua non alienabilità sancita dalla legge*⁵⁵¹.

Na linha do que aqui se defende, é interessante notar que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 parece ter se atentado para a correção da expressão “*absoluta*” utilizada no *caput* do art. 649 do CPC/73 ao se referir às impenhorabilidades previstas no citado dispositivo, a qual fora objeto das mais diversas interpretações na vigência daquele anterior diploma. O alto grau de imperatividade da expressão que integrava seu *caput* (“são *absolutamente* impenhoráveis”) remetia à ideia de que, em hipótese alguma, aquelas regras poderiam ser flexibilizadas, tratando-se sempre de

⁵⁴⁹ Conforme classificação adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o interesse primário é a dimensão pública dos interesses individuais, referindo-se ao plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, ao passo que o interesse secundário é o interesse particular, individual do Estado, enquanto pessoa jurídica autônoma (*Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-66). É o que também defende Cláudio Penedo Madureira ao reconhecer que “a adoção de semelhantes posturas tem por finalidade adequar o agir administrativo aos ditames da legalidade estrita, de modo a induzir a realização do interesse público pelos agentes estatais. Ou seja, a disposição, pelos advogados públicos, sobre direitos e interesses transitariamente defendidos pelo poder público, mas contrários ao Direito pátrio é pressuposto necessário ao atendimento não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” (Fazenda Pública “Sem Juízo”: Notícia de um Inconsciente Coletivo. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 253, mar. 2016, p. 308).

⁵⁵⁰ *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 121.

⁵⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. II: *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 377.

matérias de ordem pública, cognoscíveis e apreciáveis em qualquer momento e instância.

Tal literalidade, por óbvio, não resistiu ao enfrentamento da realidade dos fóruns, sucumbindo diante das particularidades dos casos concretos e da necessidade de salvaguarda do melhor direito fundamental a ser assegurado quando em conflito com outro de mesma hierarquia. Com efeito, há bens que, conquanto integrem o rol do art. 833 do CPC, submetem-se, quando preenchidos determinados requisitos, à regra geral da penhorabilidade. É o que ocorre, a título ilustrativo, com relação à execução de dívida relativa ao próprio bem (art. 833, § 1º) e à remuneração do trabalho humano, quando o suposto caráter absoluto da impenhorabilidade é flexibilizado em se tratando de penhora para pagamento de prestações alimentícias ou às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais (art. 833, § 2º). Também são diversos os julgados do STJ que flexibilizam o alegado caráter absoluto do rol do art. 833 do CPC⁵⁵².

Nesse cenário, o legislador, ao excluir a expressão “*absolutamente*” do *caput* do art. 833 do CPC, deu flexibilidade ao ultrapassado entendimento que via caráter absoluto em todas as hipóteses de impenhorabilidade, fragilizado este que se encontrava quando estendido a quaisquer situações de forma abstrata. *Deveras, o que importa e define se as regras sobre impenhorabilidades podem ou não serem cognoscíveis de ofício ou em qualquer momento e instância ou, ainda, estarem sujeitas ou não à preclusão, não é sua caracterização como atinente à ordem pública, mas sim o interesse tutelado – aqui, eminentemente particular – e a possibilidade ou não de disposição e renúncia da proteção pelo titular desse direito.*

Constitui-se, a bem da verdade, ponto desinteressante o debate – inócuo – a respeito de se tratar as regras de impenhorabilidade de matéria de ordem pública ou não, como se fosse essa caracterização que definisse os contornos das matérias que podem precluir, serem conhecidas *ex officio* ou serem objeto de renúncia e disposição pelas partes⁵⁵³. Insistir nesse debate é apegar-se demasiadamente a um apelo ao

⁵⁵² A par de reconhecer a impenhorabilidade de valores referentes à restituição do imposto de renda depositados em conta corrente, o STJ excepcionou a regra quando a importância em questão entra na esfera de disponibilidade do devedor (STJ, REsp 1.150.738/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., j. 20.05.2010).

⁵⁵³ A respeito, ver os tópicos imediatamente seguintes neste trabalho.

formalismo, de modo que é válida a sempre atual lição preconizada por Cândido Rangel Dinamarco ao atentar que “não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins”⁵⁵⁴.

5.2.1. Possibilidade de o juiz decretar *ex officio* a impenhorabilidade de um bem

Conquanto não se tratar as regras de impenhorabilidade de matéria de ordem pública, sendo passíveis, por isso, de renúncia – à exceção, frise-se, dos bens inalienáveis e públicos -, as mesmas devem ser conhecidas de ofício pelo juiz se identificadas no primeiro momento processual que teria o executado para se manifestar nos autos sobre a matéria. Isso porque *não há de se confundir poder de cognição de ofício com questões de ordem pública*.

Sobre as últimas já se teve a oportunidade da abordagem em momento anterior (vide tópico 5.2). Em relação às questões cognoscíveis de ofício, apesar de frequentemente tangenciarem o interesse público, são criadas, em regra, para atender à política legislativa ou judiciária, não trazendo, impreterivelmente, identidade com o conteúdo das questões ou matérias atinentes à ordem pública processual⁵⁵⁵. Exemplo disso é a iniciativa probatória do juiz que, apesar de aplicável de ofício, não configura em si matéria de ordem pública, visto que a atuação de ofício do juiz nestes casos ocorre por (i) disposições específicas de lei e (ii) por uma interpretação sistemática das suas funções⁵⁵⁶.

As regras de impenhorabilidade, apesar de cognoscíveis de ofício, não são de ordem pública, visto que, na qualificação trazida por Ricardo Aprigliano, não apresentam os elementos que fundamentam essa classificação, os quais são: a) a cogência absoluta, a imperatividade da norma e a existência de interesse público marcante; b) a ausência de preclusão e a possibilidade de serem determinados a qualquer momento, mesmo depois de encerrada a fase instrutória (ou perante os tribunais, por exemplo); c) do

⁵⁵⁴ *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 155.

⁵⁵⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 223.

⁵⁵⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113.

não exercício destes poderes pelo juiz não decorre a possibilidade de conduzir o processo à extinção, como é traço comum quanto às matérias de ordem pública típicas⁵⁵⁷.

Logo, conclui-se que *nem toda questão cognoscível de ofício é matéria de ordem pública*. É de se salientar, contudo, que a doutrina pátria é forte no sentido de reconhecer a possibilidade de se conhecer da matéria de impenhorabilidade de ofício e em qualquer grau de jurisdição⁵⁵⁸.

Tratando-se de matéria atinente à direito disponível da parte, que visa proteger o executado, tem-se que a impenhorabilidade pode ser renunciada, comissiva ou omissivamente, a depender da atuação do devedor no processo. Assim, novamente ressaltada a hipótese dos incisos I, IX e XI do art. 833 do CPC, que reputa impenhorável bem inalienável (indisponível), todas as demais hipóteses cuidam de bens *disponíveis* e, portanto, de interesse predominantemente particular.

Afronta a lógica jurídica considerar que uma matéria tratada como direito disponível possa ser cognoscível de ofício e invalidada unilateralmente pelo juiz. É certo que com o advento do CPC-15 o juiz fica impedido de proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º), bem como com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10). A exegese que se alinha aos ditames da legislação adjetiva indica que a própria inércia da parte em impugnar a penhora, nesses casos, demonstra sua predisposição em renunciar ao benefício, de modo que a atuação corretiva de ofício pelo juiz exclui, por certo, qualquer manifestação da autonomia privada do executado nesse sentido.

Vale dizer, ao juiz é possível conhecer de ofício matéria relativa à impenhorabilidade, desde que o vício seja suscitado na primeira oportunidade que o executado tem para se manifestar sobre a matéria (art. 278, caput) pois, caso contrário, a omissão do

⁵⁵⁷ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113.

⁵⁵⁸ Nesse sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 147, nota 493; REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 82; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1286; DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 670; Márcio Manoel Maidame. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 179-180.

executado deverá ser entendida como renúncia ao benefício da impenhorabilidade, ocorrendo, sequencialmente, o fenômeno da preclusão temporal, o que impossibilita a declaração de invalidade extemporânea da penhora pelo juiz.

Em suma, uma questão ser ou não apreciada de ofício decorre exclusivamente de política legislativa⁵⁵⁹ e não em se classificar a matéria como sendo de ordem pública⁵⁶⁰, não nos parecendo, a respeito, que o legislador pátrio tenha considerado as regras sobre impenhorabilidades como cognoscíveis de ofício a qualquer momento. Não há, sequer, referência legislativa que leve a tal entendimento, tratando, deveras, de mera construção doutrinária e jurisprudencial da qual discordamos.

5.2.2. Há razão na distinção entre preclusão e coisa julgada formal?

Não se pretende, aqui, fazer estudo exaustivo sobre a temática das preclusões. Por se tratar de tema abrangente, complexo e controvertido, o qual demandaria trabalho próprio, limitar-se-ão as seguintes linhas a abordar restritivamente a relação da preclusão com a temática das impenhorabilidades, sobretudo, ante as balizas trazidas pela jurisprudência dos tribunais superiores, ocupando-se o presente, portanto, sobre o aspecto negativo da preclusão e a respectiva influência desta na prática das atividades processuais pelos envolvidos no processo.

Reconhece-se pelo mérito da doutrina de Chiovenda⁵⁶¹ as primeiras linhas distintivas entre o instituto da preclusão e o da coisa julgada, trazendo, a respeito, também as

⁵⁵⁹ “Nesta perspectiva, a cognição sobre questões de ordem pública e a cognição que o magistrado pode realizar por ato espontâneo configuram fenômenos diferentes. Se é fato que as matérias de ordem pública podem ser examinadas de ofício, o inverso não se verifica, ao contrário. Muito poucas das atividades que se realizam de ofício possuem os traços próprios da ordem pública. Ser ou não apreciada de ofício, ao que tudo indica, decorre exclusivamente de política legislativa, eis que a grande variedade destas hipóteses nem sequer apresenta traços comuns, que permitam extrair razões desta classificação” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 115).

⁵⁶⁰ Conforme bem acentuado por Trícia Navarro, “uma matéria que hoje é tratada como direito disponível, pode amanhã passar a integrar o rol de questões cognoscíveis de ofício, o que não terá o condão de transformá-la em uma questão em matéria de ordem pública” (*Ordem Pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 223.)

⁵⁶¹ O conceito de *preclusão* foi primeiro trabalhado por Chiovenda na obra “Cosa Giudicata e Competenza. *Saggi di Diritto Processuale Civile. Vol. II*. Milão: Giuffrè, 1993, p. 417 e ss”. Posteriormente, o referido autor, buscando aclarar os trabalhos pretéritos, retoma o conceito no: Cosa

matrizes distintivas entre estas e os institutos da perempção, da prescrição e da decadência. No escólio da doutrina do célebre jurista italiano, tradicionalmente distingue-se três espécies de preclusão, a saber: temporal, consumativa e lógica⁵⁶². Para o presente estudo, apesar de se reconhecer a existência de correntes que defendem a existência de outras classificações⁵⁶³, considerar-se-á a classificação tríplice chiovendiana, visto que comumente invocada pela jurisprudência pátria.

Nada obstante a clássica definição de preclusão adotada pelo jurista de Piemonte como sendo a “perda de uma faculdade processual”, geradora da impossibilidade de se praticar o ato processual no mesmo processo (com eficácia *endoprocessual*, portanto), é de se anotar que tal concepção já resta há muito superada pela doutrina⁵⁶⁴ e pela jurisprudência⁵⁶⁵, mormente, por considerar o conceito limitado apenas aos atos possíveis de prática pelas *partes*. A situação de irreversibilidade procedimental e de estabilização de situações processuais decorrentes do fenômeno da preclusão se aplica a todos os sujeitos do processo incluindo-se, pois, tanto as partes quanto o *juiz*⁵⁶⁶.

O processo é um desencadear de atos processuais – ou procedimentos - em contraditório⁵⁶⁷. Sendo tal procedimento um caminhar para frente, “a prática dos atos

juzada y preclusión. In: *Ensayos de derecho procesal civil. Vol. III*. Tradução de Santiago Sentis. Buenos Aires: Bosch, 1949, p. 223-227. Por fim, ver também, do mesmo autor: *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 446-464.

⁵⁶² “(...) yo entiendo por preclusión *la perdida, o extinción, o consumación de una facultad procesal* que se sufre por el hecho: a) de no haber observado el orden señalado por la ley a su ejercicio (...) b) o de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra (...) c) o de haber ejercitado ya validamente una vez la facultad (consumación propiamente dicha)” (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa juzgada y preclusión. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Vol. III. Tradução de Santiago Sentis. Buenos Aires: Bosch, 1949, p. 226).

⁵⁶³ Ver, por todos, GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, capítulo 6.

⁵⁶⁴ Na doutrina: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, *passim*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 22-24).

⁵⁶⁵ STJ, AgInt no REsp 1424168/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 13.06.2017; STF, Ap 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012.

⁵⁶⁶ Em julgado histórico da APn 470/MG (caso “mensalão”), o STF, em questão de ordem, afirmou a incidência de preclusão consumativa para o juiz, inclusive para questões de ordem pública. Na oportunidade discutiu-se a incompetência daquela Corte para julgar aqueles que não possuíam foro privilegiado (por prerrogativa de função). Em suma, restou-se decidido que se uma mesma questão já foi objeto de decisão e apreciação pelo juízo, o Judiciário estaria impedido de decidir novamente a respeito do tema, pois a discussão já estaria exaurida naquele ponto.

⁵⁶⁷ “*il <processo> è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare ele loro attività*” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Padua:

processuais traz em si uma irreversibilidade tendencial, ou seja, por princípio, as faculdades e poderes de praticar atos no processo precluem⁵⁶⁸.

Em breves palavras, entende-se por preclusão temporal a perda da faculdade processual motivada pelo decurso do tempo sem a manifestação da parte, sendo exemplo mais comum a previsão contida no art. 223 do CPC. Está diretamente relacionada ao princípio da economia processual⁵⁶⁹, de forma que seu principal objetivo é garantir uma tramitação célere e adequada do processo.

Por seu turno, entende-se por preclusão consumativa a perda da faculdade processual motivada pelo fato de já ter sido validamente exercida aquela conduta específica dentro do processo, sendo os exemplos legais mais comuns aqueles encontrados nos arts. 200, 505 e 507 do CPC⁵⁷⁰. Retira fundamento remoto no brocardo *ne bis in idem* que, no âmbito do processo civil, atua de modo a impedir o desnecessário dispêndio de tempo com a reprodução de atos processuais já praticados no mesmo processo⁵⁷¹.

Decidida a questão acerca da (im)penhorabilidade de um bem no processo e tratando-se de “rejulgamento” de questão decidida *incidenter tantum* em processo anterior, não caberá ação rescisória, somente exercitável contra *decisão* de mérito, isto é, acobertada pela coisa julgada material ou, excepcionalmente, nas hipóteses do art. 966, § 2º do CPC. Nenhum juiz poderá decidir questões já decididas no processo, por força do disposto no art. 505 do CPC (preclusão consumativa).

Por fim, a preclusão lógica é motivada pela incompatibilidade da prática de um ato com o exercício de ato anterior, *i.e*, colhe fundamento da proibição do *venire contra factum proprium*, a exemplo do art. 1000 do CPC. Para evitar o abuso de direitos processuais e proteger a boa-fé, o segundo ato, por mostrar-se incoerente com o

Cedam, 1996, p. 82). Cf. a respeito: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 152.

⁵⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 342.

⁵⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129.

⁵⁷⁰ É possível citar, ademais, ainda sem o escopo precípua de impossibilitar a realização do ato processual do sujeito, os arts. 329, 336, 337 do CPC.

⁵⁷¹ Cf. GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80. Na doutrina: MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 175; CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 261-262.

primeiro, deve ser inadmitido ou invalidado, de modo que a conduta incompatível não produza efeitos⁵⁷².

Defende-se que a preclusão não estaria assentada no valor *justiça*, mas, sim, no de *efetividade*, de modo que é mecanismo utilizado para aceleração do processo a fim de se obter de forma mais célere os resultados almejados por este. Tal é o posicionamento de Liebman⁵⁷³, o qual encontra, contudo, posição divergente na doutrina⁵⁷⁴.

Ocorre que, tradicionalmente, os tribunais pátrios não fazem qualquer distinção entre o instituto jurídico que se forma pela apreciação da matéria de impenhorabilidade dentro do processo. Por vezes, tratam-na como sendo coisa julgada formal, em que pese a maior parte das decisões considerarem se tratar de preclusão (consumativa). Disso resulta uma atecnia pouco trabalhada pela doutrina, desatenta, até então, da observação dos operadores do direito.

Doutrinariamente, costuma-se dividir a coisa julgada em duas espécies: *formal* e *material*. A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença⁵⁷⁵ definitiva ou da decisão que julga mérito na demanda. Por sua vez, a coisa julgada formal é fenômeno tanto da sentença de mérito como da terminativa, também relacionada à imutabilidade da sentença, mas somente aplicável dentro daquela mesma relação jurídica processual⁵⁷⁶. Há, ainda, quem sustente a diferenciação entre *coisa julgada formal* e *preclusão*, alegando que esta tem atuação limitada exclusivamente à impossibilidade específica de recorrer da sentença, sendo a perda dessa faculdade isoladamente considerada (e não de “tudo” o que se passou no

⁵⁷² CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 312.

⁵⁷³ O instituto da preclusão tem a finalidade de “assicurare al processo uno svolgimento spedito e scevro di contraddizioni e di ripiegamenti e di garantire la certezza delle situazioni processual” (*Manuale di diritto processuale civile*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1992, p. 225)

⁵⁷⁴ “(...) se for possível verificar que o reconhecimento da preclusão em determinado caso concreto, além de não favorecer a celeridade do processo, irá proporcionar tutela jurisdicional a quem não tem direito a ela, deverá o juiz afastá-la” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 130.)

⁵⁷⁵ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5ª ed. Milano, Giuffrè, 1992, p. 286 - Todavia, sem se referir às *decisões de mérito*.

⁵⁷⁶ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 313-336, 2007.

processo), enquanto a primeira representaria a imutabilidade do processo (efeitos da sentença⁵⁷⁷) como um todo⁵⁷⁸.

Efetivamente, o que se busca responder e compreender com o debate não é a estéril distinção entre coisa julgada formal e preclusão, mas *se e como* ocorre o fenômeno processual que impede a reapreciação da questão de impenhorabilidade decidida em uma ação cognitiva incidente (embargos), capaz de gerar sua indiscutibilidade no bojo do processo executivo (e vice-versa). A dúvida estaria em saber como uma decisão interlocutória proferida em uma ação autônoma, que não está abarcada pela coisa julgada material (porquanto não veicula mérito), é capaz de gerar a indiscutibilidade da matéria em outro processo, já que tanto a coisa julgada formal quanto a preclusão teriam efeitos apenas *endoprocessuais*, ou seja, dentro do processo em que se deram.

Inicialmente, não vemos como útil, para a aplicação prática do direito, a diferenciação travada entre coisa julgada formal e preclusão. Se a coisa julgada formal é uma estabilidade conferida à decisão que extingue o processo ou parcela dele, impedindo que esta decisão seja modificada dentro de um mesmo processo, tal instituto seria, na verdade, uma preclusão específica, aplicável, pois, à decisão terminativa ou extintiva do processo⁵⁷⁹, razão pela qual também chamada de *preclusão máxima*⁵⁸⁰. É de se indagar se haveria efeitos processuais ou materiais distintos se se falasse que uma decisão interlocutória ou uma sentença terminativa sem análise do mérito precluiu ou foi atingida pela coisa julgada formal.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ Pontes de Miranda já sinalizava a confusão existente entre a força constitutiva da sentença e a eficácia de coisa julgada material, advertindo que não se pode igualar a imutabilidade da decisão com a sua eficácia, em regra *inter partes* e não *erga omnes*, já que a sentença, geralmente, só obriga as pessoas entre as quais foi dada (*Tratado das ações. Tomo I: Ação, classificação e eficácia*. Atualizado por NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 351).

⁵⁷⁸ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108-109.

⁵⁷⁹ CABRAL, Antônio do Passo. A coisa julgada formal faz sentido no sistema do CPC/2015?. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (Coord.). *Grandes temas do novo CPC. Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 144.

⁵⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil. Vol. III*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 298.

⁵⁸¹ Em posição contrária, Maurício Giannico afirma que “se a coisa julgada formal fosse realmente sinônimo de preclusão, a doutrina como um todo seria inclusive obrigada a rever seu posicionamento (...) Basta lembrar que, à exaustão, asseveramos alhures que a *preclusão não incide sobre matéria de ordem pública*. Seria, nesse sentido, uma grande contradição admitir como válida essa premissa e, ao mesmo tempo, dizer que essa impossibilidade de rediscutir matéria de ordem pública (gerada após o trânsito em julgado da sentença) seria oriunda da preclusão” (*A preclusão no direito processual civil*

O sistema do CPC previu que diversas *decisões*, ainda que terminativas sem resolução do mérito, sejam atingidas por *estabilidades* distintas dos consagrados conceitos de preclusão ou de coisa julgada, com evidente repercussão extraprocessual. Exemplos mais comuns encontram-se na fracionabilidade do mérito (art. 356), na estabilidade processual do art. 486, § 1º e na estabilização da tutela antecipada (art. 304). Percebe-se, portanto, que no novo sistema a coisa julgada não pode mais ser considerada a estabilidade processual por excelência⁵⁸².

Afinal, pelo tão só fato de não serem decisões de mérito, ter-se-ia que chegar à conclusão de que as decisões que versem sobre impenhorabilidade, bem como os demais atos processuais daí decorrentes, poderiam ser alteradas e repetidas continuamente pelos litigantes? É evidente que não só as decisões interlocutórias, mas também os atos processuais, devam adquirir algum tipo de estabilidade, ainda que com efeitos extraprocessuais⁵⁸³. Desinteressa averiguar se houve formação de coisa julgada formal, preclusão ou outra estabilidade processual em relação à decisão interlocutória que decide sobre impenhorabilidade dentro dos embargos, visto que, em qualquer dos casos, os efeitos dessa estabilidade são, além de endoprocessual, extraprocessuais, para atingir também o processo executivo, impedindo a reapreciação da matéria naqueles autos. Não se nega, contudo, que as referidas decisões possuem eficácia preclusiva quanto à matéria decidida⁵⁸⁴.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, a sentença de mérito em sede de embargos terá como eficácia principal a desconstituição do ato de penhora de determinado bem, reconhecendo sua invalidade⁵⁸⁵. Logo, para o citado autor, tal provimento jurisdicional

brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110). Ora, como se verá adiante (itens 5.2.2.1, 5.2.2.2 e 5.2.2.3), tal “incompatibilidade” sequer se sustenta, visto que a preclusão pode atingir matéria de ordem pública.

⁵⁸² CABRAL, Antônio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (Coord.). *Grandes temas do novo CPC. Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 28.

⁵⁸³ CABRAL, Antônio do Passo. A coisa julgada formal faz sentido no sistema do CPC/2015?. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (Coord.). *Grandes temas do novo CPC. Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 148-149.

⁵⁸⁴ Para José Carlos Barbosa Moreira “nenhuma decisão deixa de produzir coisa julgada *ao menos em sentido formal*, pois inexistente, no direito dos países ocidentais, *série infinita* de recursos, e, portanto, não há processo que, em dado momento, não se encerre, tornando-se imutáveis, no seu âmbito, as decisões nele proferidas. Ora, essa imutabilidade corresponde, por definição, a coisa julgada formal” (Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. Vol. 6. São Paulo: Revistas dos Tribunais, out. 2011, p. 143).

⁵⁸⁵ *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 148. Na mesma linha, Ricardo Perlingeiro fala em nulidade do ato executivo preparatório quando a realização de penhora ocorre sobre bens inalienáveis ou impenhoráveis, que pode ser decretada tanto em fase de embargos, quanto na própria

tem natureza constitutiva negativa, pois reconhece a irregularidade de um ato processual relacionado ao processo de execução, retirando-lhe a eficácia⁵⁸⁶. A regra, contudo, deve ser vista *cum grano salis*, de modo que a natureza jurídica da sentença de embargos dependa do pedido formulado pelo embargante⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸, o qual pode se resumir à penhora incorreta (impenhorabilidade). Nesse caso, haverá também eficácia mandamental, determinando a liberação da afetação sobre o bem penhorado, e constitutiva negativa, desfazendo o ato executivo viciado.

Mesmo nos processos autônomos incidentes à execução, tais como os embargos do executado e de terceiros, em que se discute a (im)penhorabilidade de um determinado bem, deve se ter em mente que o pedido relativo à matéria será sempre pela (des)constituição da penhora que incidiu naquele objeto e não sobre a qualidade ou natureza jurídica do bem em si – se penhorável ou não. Se a procedência parcial dos embargos não acarretar a extinção do processo executivo, a pronúncia judicial, objeto do pedido, desconstituirá os atos executivos atacados.

Vale dizer, a natureza de (im)penhorabilidade de um bem será o fundamento do pedido ou da decisão em que se discute sobre a possibilidade da restrição judicial desse mesmo bem, e não o mérito propriamente dito. Disso resulta que a procedência dos embargos desconstitui, simplesmente, o ato executivo preparatório, ou seja, desfaz o próprio ato de penhora, tendo, portanto, a eficácia constitutiva negativa da

execução (Processo de execução por quantia certa. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 70).

⁵⁸⁶ No direito italiano, ressaltando a diferença entre oposição à execução e oposição aos atos executivos, Francesco Carnelutti adverte que aquela fundada na alegação de impenhorabilidade dos bens pertence à primeira, sendo a execução, portanto, injusta. Nesse sentido, informa o autor que o procedimento de oposição à execução fundada na impenhorabilidade de bens terá natureza declarativa, positiva ou negativa, sendo, nesse último caso, possível obter provimento de natureza constitutiva: “Adviértase a este respecto que, también cuando verifica la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes, el juez declara, en modo positivo o negativo, ‘el derecho de la parte que insta a proceder a ejecución forzada’ (art. 615), de manera que la mención particular de la oposición ‘que se refiere a la embargabilidad de los bienes’ (art. 615) es al menos superflua ya que no propriamente nociva” (*Instituciones del Proceso Civil. Vol III*. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 144).

⁵⁸⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 468.

⁵⁸⁸ “Temos sustentado que é necessário investigar o conteúdo dos embargos a fim de identificar a natureza da pretensão neles veiculada e, conseqüentemente, seu regime jurídico-processual (...) Os embargos conterão *mera defesa incidental* quando fundados em temas como os referidos nos arts. 803, parágrafo único ou 917, §1º do CPC/2015” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 397).

sentença⁵⁸⁹ a função de desfazimento da constrição e dos atos processuais subsequentes, *ex vi* do art. 281 do CPC.

Disso resulta que não há que se falar na formação de coisa julgada material sobre a questão da impenhorabilidade de um bem, ainda que decidida em processo autônomo para fins de desconstituição da penhora (embargos). Somente haverá coisa julgada material quanto ao objeto do pedido expressamente decidido no dispositivo decorrente da sentença nos embargos à execução (ou de terceiros) e nos seus limites, por força do próprio mérito discutido nessa ação. Nem se pode dizer, ademais, que poderia incidir sobre a mesma a regra do art. 503, § 1º do CPC, pois sequer pode ser considerada como questão prejudicial. Vale dizer, a coisa julgada (material) não recai sobre a decisão que considerou ou não um bem como sendo (im)penhorável, por esta constituir-se na motivação sentencial, mas apenas sobre as questões decididas em caráter principal, como dispositivo da sentença (que formam mérito) ou da interlocutória de mérito, em regra.

Portanto, ainda que decidida no processo executivo, *incidenter tantum*, não há que se falar em formação de coisa julgada material sobre a decisão que decide acerca da impenhorabilidade de um bem. Primeiro, porque o fundamento dessa decisão – natureza do bem – não se confunde com o mérito do pedido ou do próprio *decisum*; a dois, porque a sentença na execução, em regra⁵⁹⁰, preclui, visto que encerrado o processo “exaure a atividade jurisdicional e não permite sejam reabertas na mesma relação processual as questões de fato ou de direito, processuais ou de mérito, apreciadas naquele processo, nem revogados os atos conclusivos da execução”⁵⁹¹.

Sobre o efeito preclusivo extraprocessual gerado pela decisão acerca da (im)penhorabilidade de um bem nos autos do processo de execução ou dos embargos, importa destacar que a sua classificação em coisa julgada formal ou preclusão perde o sentido, tornando-se resquício de um apelo a um formalismo desnecessário. *Há, nesses casos, uma estabilização processual que possui, contudo,*

⁵⁸⁹ ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1721.

⁵⁹⁰ Quanto à transação e à renúncia ao direito, referidas no artigo (924 do CPC), a sentença homologatória de mérito (art. 487, III, do CPC) que extingue o processo por um desses fundamentos, por exceção, formam coisa julgada da sentença no processo de execução, pois a sumariedade da execução é suprida pelo ato de disposição das partes ou do exequente (GRECO, Leonardo. *O processo de execução* – V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 251-252).

⁵⁹¹ GRECO, Leonardo. *O processo de execução* – V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 249-250.

os mesmos efeitos de uma preclusão. Esse é o ponto e o cerne da questão. Como irão chamá-la, pouco importa.

Veja-se, por exemplo, que com a edição da Lei 11.232/05 a impugnação ao cumprimento de sentença, que antes era realizada em um processo autônomo e à parte, passou a um mero incidente processual, no que se convencionou chamar de “processo sincrético”. Seguindo a mesma lógica, se o legislador alterar a lei e passar a considerar que também os embargos (à execução e de terceiros) serão um incidente processual, isso acarretará efeitos processuais diversos sobre as questões decididas nesse âmbito, especificamente aquelas sobre impenhorabilidades? Pensamos que não.

Na doutrina portuguesa, José Lebre de Freitas, ao tratar da dedução realizada em uma oposição à execução (ou embargos de mérito⁵⁹²), assevera que a não observância do *ônus* da impugnação tem por efeito a preclusão de um direito processual, cujo exercício poderia se mostrar vantajoso para a parte⁵⁹³. Correta tal posição, pois a não impugnação representa desvantagem para a parte que a deixou de praticar, e não sanção, razão porque há de se falar em *ônus*.

Importa destacar que a preclusão não é geradora de consequências ao direito material das partes, o qual se mantém preservado, nem, tampouco, impede o direito de arguir eventual impenhorabilidade do mesmo bem em outra sede. Isso pois, conforme verificado, sendo a preclusão fenômeno tipicamente endoprocessual, “produzindo efeitos apenas dentro da esfera do processo, a inércia do executado apenas o impede de veicular tal discussão especificamente naquela demanda (...) não tendo o condão de obstar que ele assim o faça em outro processo”⁵⁹⁴.

⁵⁹² O estatuto processual brasileiro não faz qualquer distinção entre o objeto das oposições do executado, tratando apenas como *embargos à execução* a oposição do executado à execução de título extrajudicial e de *impugnação* a oposição ao cumprimento de sentença (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1627-1629). No direito português a doutrina procede a separação entre *embargos de mérito* da execução e *embargos de forma* (contra atos executivos), conforme informa Araken de Assis (*Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1627-1629).

⁵⁹³ Nas palavras do autor: “(...) na medida em que a oposição à execução é o meio idôneo à alegação dos factos que em processo declarativo constituiriam matéria de exceção, o termo do prazo para a sua dedução faz precluir o direito de os invocar no processo executivo, a exemplo do que acontece no processo declarativo” (FREITAS, José Lebre de. *A Acção Executiva depois da reforma da reforma*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 190-191)

⁵⁹⁴ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233.

E, ainda que se entenda que as regras sobre impenhorabilidades sejam *matérias de ordem pública*, passíveis de arguição em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as mesmas não se revestem de caráter absoluto, visto que encontram óbice na preclusão lógica, temporal e consumativa, como corolário da proteção das garantias constitucionais da segurança jurídica, da coisa julgada e da duração razoável dos processos. É o que se passa a expor.

5.2.2.1. Preclusão temporal e prazo para alegação

A preclusão temporal, relativa à alegação e reconhecimento da impenhorabilidade no processo, está diretamente relacionada ao princípio dispositivo que rege as matérias atinentes às questões de cunho eminentemente patrimonial. Em homenagem à autonomia privada e à segurança jurídica do *iter* procedimental que compõe a marcha processual, as regras de impenhorabilidade se submetem à preclusão temporal quando não arguidas no momento processual oportuno para tanto.

Preliminarmente, assevera-se que não se aplica à figura do juiz a preclusão temporal, visto que para este os prazos são impróprios, a significar que seu descumprimento não acarretará efeitos processuais, mas tão somente se abrirá a possibilidade de consequência disciplinar⁵⁹⁵. Não se falando em preclusão temporal para o juiz, ainda assim é aconselhável que o ato seja praticado na maior brevidade possível em respeito à duração razoável do processo e ao acesso à justiça, pois mesmo que transcorrido o prazo para a sua prática, a realização do mesmo, além de lícita, se impõe com ainda mais vigor. No caso das partes, os prazos são classificados como

⁵⁹⁵ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “é natural que sejam impróprios os prazos fixados para o juiz porque ele não defende interesses pessoais no processo, mas cumpre deveres. Seria contrário à ética e ao senso-comum a definitiva dispensa de cumprimento de um dever, em razão do seu não-cumprimento no prazo. Para alguns, talvez isso fosse até um prêmio... O juiz que excede prazos sem motivo justo é um mau pagador das promessas constitucionais de tutela jurisdicional e deve suportar sanções administrativas ou mesmo pecuniárias, mas inexiste a sanção processual das preclusões” (*Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 550).

próprios⁵⁹⁶, a significar que o seu descumprimento acarreta consequências processuais específicas⁵⁹⁷, sendo a principal delas a preclusão.

O princípio da disponibilidade informa que qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor – excluem-se, portanto, os bens públicos e aqueles gravados com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade –, poderá ser afetado à execução por ato positivo ou omissivo⁵⁹⁸⁻⁵⁹⁹. Interessa ao presente debate os atos omissivos, pois destes decorrerão a preclusão temporal para alegação e reconhecimento da matéria atinente à impenhorabilidade.

Manifesta-se o princípio da disponibilidade da impenhorabilidade em sua face omissiva quando o executado, apesar de devidamente intimado a se manifestar nos autos sobre a penhora realizada sobre o bem, deixa de arguir sua impenhorabilidade ou de questionar a validade daquela, furtando-se ao debate e à defesa específica. Aqui, o silêncio deve ser interpretado como aceitação tácita da situação de afetação judicial do bem, expressão própria da manifestação de confirmar a vontade de dispor do agente⁶⁰⁰.

Ademais, não se pode admitir que a alegação de um vício fique ao talante do executado no processo, para que a utilize na iminência de uma decisão desfavorável, mormente quando o processo já se encontre no âmbito dos Tribunais Superiores. Ao litigante não lhe é permitido guardar trunfos para, na oportunidade e conveniência, de

⁵⁹⁶ Conforme José Frederico Marques (*Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 351): “Diz-se que um prazo é próprio quando destinado à prática de atos processuais da parte, e que, se inobservado, produz consequências e efeitos de caráter processual. Impróprio é o prazo imposto ao juiz e seus auxiliares [o escrivão e o oficial de justiça], por isso que, descumprido, trará como efeito imediato consequências não processuais, e sim, de ordem disciplinar (...) Todavia, o prazo impróprio pode produzir, algumas vezes, efeitos processuais: é o que se dá, por exemplo, quando o relator nomeia outro juiz para decidir a causa”.

⁵⁹⁷ A respeito, conferir: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 313-336, 2007.

⁵⁹⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 337.

⁵⁹⁹ Os atos positivos do executado, de oferecimento de um bem à penhora, estão relacionados, sobretudo, à preclusão lógica, razão pela qual será analisado quando do trato do referido tema.

⁶⁰⁰ No direito material, ao contrário, a simples omissão silenciosa não representa a regra da anuência. Nesses casos, é imprescindível para que o silêncio possua caráter de afirmação que “as circunstâncias ou os usos [do local] o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” (art. 111 do CC). Eis outro exemplo colhido na legislação civilista: “o doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo” (art. 539 do CC).

modo sub-reptício, alegar um vício que já podia ter invocado em seu favor há muito tempo.

O novo processo civil tem por balizas fundamentais a observância cogente dos princípios da boa-fé (art. 5º), da cooperação (art. 6º), do contraditório (arts. 9º e 10), da eficiência e da duração razoável do processo (art. 4º), de modo que ao executado é vedado que as alegações dos vícios formais sejam escondidas para que, depois de longo transcurso processual, pretenda invalidar todo um processo. Institutos correlatos à boa-fé, tais como a *suppressio*, a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) e a proteção da confiança, aplicáveis também no âmbito das nulidades⁶⁰¹, são balizas para o juiz na divisão de responsabilidades na condução do processo e para as partes nos deveres de atuação ética, tempestiva e coerente⁶⁰².

O *caput* do art. 278 do Código de Processo Civil⁶⁰³ estabelece uma regra de preclusões para as alegações de nulidade aplicável a qualquer tipo de defeito no processo⁶⁰⁴. Os princípios da cooperação, da boa-fé e do contraditório exigem que as partes, por lealdade, aleguem os vícios que entendem terem afetado seus direitos fundamentais processuais na primeira oportunidade que tiverem para falar nos autos. O STJ já decidiu, a respeito, que não se pode aceitar, no processo civil, a chamada “nulidade de algibeira”, ou seja, aquele vício escondido pela parte para ser invocado somente no momento que mais lhe aprouvesse⁶⁰⁵. Trata-se, a bem da verdade, da aplicação ao processo do princípio do *duty to mitigate the loss*, o qual orienta à parte que mitigue o seu próprio prejuízo, não deixando para alegar uma nulidade, ainda que absoluta, quando lhe animar⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 150.

⁶⁰² CABRAL, Antônio do Passo. Comentários ao art. 275. In: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 432.

⁶⁰³ “Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.

⁶⁰⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Comentários ao art. 278. In: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 439.

⁶⁰⁵ STJ, REsp 1.372.802/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 11.03.2014.

⁶⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado - artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 437.

O Superior Tribunal de Justiça já esposou entendimento, sobretudo por meio das Turmas de Direito Privado⁶⁰⁷, de que a impenhorabilidade prevista no art. 833 do CPC (art. 649 do CPC/73), com exceção feita ao bem de família, deve ser arguida pelo devedor na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão⁶⁰⁸.

No ano de 2013, a Corte Especial do STJ se manifestou acerca do imbróglio relativo à discussão se a impenhorabilidade de bem prevista no Código de Processo Civil estaria sujeita aos efeitos da preclusão ou se, ao contrário, poderia ser arguida a qualquer tempo, importando na nulidade da constrição decretada. Na oportunidade, vencido o voto da relatora Min. Eliana Calmon, ficou assentado que a própria lei processual “sugere temperamentos ao caráter absoluto das impenhorabilidades (...) de bem arrolado no art. 649 do CPC, com exceção feita ao bem de família, deve[ndo] ser arguida pelo executado no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão”.⁶⁰⁹

É lastimável, entretanto, que, apesar da orientação jurisprudencial traçada expressamente pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, algumas Cortes Estaduais, ainda que em decisões esparsas, mantêm posicionamento fiel ao entendimento de que os dispositivos do art. 833 do CPC (art. 649, do CPC/73) versam sobre matéria de ordem pública e, sob parco argumento, seriam, portanto, apreciáveis a qualquer momento e instância, não se submetendo à preclusão temporal⁶¹⁰. A despeito de nossa posição, encontra-se na doutrina relevante posição acadêmica que

⁶⁰⁷ Entendimento firmado a partir do julgamento do REsp 470935/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJ 1.03.2004 e do REsp 351.932/SP, rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, 3ª T., j. 14.10.2003.

⁶⁰⁸ STJ, AgInt no REsp 1707803/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 24.04.2018; STJ, AgRg nos Edcl no REsp 787.707/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., j. 14.11.2006.

⁶⁰⁹ “(...) é imperioso o reconhecimento da necessidade, em certas hipóteses, de se impor limites a arguições extemporâneas do devedor, para que o debate a respeito da questão não se prolongue indefinidamente, garantindo-se, assim, segurança jurídica e celeridade aos atos processuais, bem como evitando-se que a lide se converta numa disputa desordenada, sem freios ou garantias pré-estabelecida” (STJ, EAREsp 223.196/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 20.11.2013).

⁶¹⁰ TJRS, AC 70069887461/RS, rel. Paulo Sérgio Scarparo, 16ª Câmara Cível, j. 01.09.2016; TJSC, AI 40176672920168240000, rel. Guilherme Nunes Born, 1ª Câmara de Direito Comercial, j. 08.03.2018. Recentemente, contudo, o TJRS proferiu decisão entendendo que, nos termos do art. 854, §§ 2º e 3º do CPC, “a parte executada, caso entenda pela impenhorabilidade dos valores constritos, possui o prazo de cinco dias para manifestação acerca do ato expropriatório, sob pena de preclusão da matéria” (AC 70077391464/RS, rel. Ana Beatriz Iser, 15ª Câmara Cível, j. 09.05.2018).

sustenta tratar-se as regras de impenhorabilidade como matéria de ordem pública, argúveis a qualquer tempo e por meio de simples petição⁶¹¹.

Não se nega que o defeito na penhora pode ser argúvel por simples petição nos autos do processo (art. 917, §1º do CPC), não carecendo do manejo de impugnação processual típica e própria. Contudo, não significa dizer que os prazos dispostos pela legislação processual não devam ser respeitados, de modo a poder-se arguir a qualquer momento o vício que poderia ser conhecido e alegado *ex ante*.

Idêntica é a lição de Antônio do Passo Cabral, para quem está superada a interpretação que via no parágrafo único do art. 278 do CPC uma inaplicabilidade das preclusões às chamadas nulidades *absolutas*, pois, “além de ser uma conclusão equivocada (porque ‘cognição *ex officio*’ não equivale a ‘cognição a qualquer tempo’ ou ‘ausência de preclusões’)”, o Código de Processo Civil proíbe a pronúncia de nulidade de ofício sem oitiva prévia das partes⁶¹². *Assim, para além das frivolidades formalísticas em que se digladiam os Tribunais, importa saber se o bem ou objeto penhorado integrava o acervo patrimonial disponível do executado naquele instante, de modo que sua não insurgência, ou omissão, contra a constrição, no momento processual oportuno, equipara-se à renúncia à proteção legal, se o bem for disponível.*

A respeito da penhora sobre bem impenhorável disponível, Fredie Didier Junior arremata que se o executado, intimado a se defender, não a questiona, deixando de exercer o seu direito de não ter aquele bem penhorado, haveria “no caso, preclusão, pois a invalidade do ato deve ser requerida no primeiro momento em que couber à

⁶¹¹ Nesse sentido, REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 82; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 147, nota 493; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1286. Ressalva o autor que a preclusão temporal não se opera apenas em relação às impenhorabilidades absolutas (art. 649, do CPC/73) e somente até o trânsito em julgado da sentença extintiva da execução; DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 670; Márcio Manoel Maidame (*Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 179-180), apesar de reconhecer que a impenhorabilidade absoluta pode ser alegada e reconhecida a qualquer momento, faz ressalva sobre a via de sua alegação, entendendo que a matéria não pode, quando for necessária a colheita de provas, ser veiculada em defesa sem embargos (exceções de pré-executividade), visto que esta não se mostra meio idôneo para que se façam diligências probatórias.

⁶¹² CABRAL, Antônio do Passo. Comentários ao art. 278. *In: Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 440. E arremata o aludido autor: “no sistema do novo CPC, qualquer alegação de vício e qualquer postulação pela invalidade pode precluir (seja pela preclusão temporal, seja pelas preclusões lógica e consumativa), independentemente da gravidade do defeito ou da possibilidade de cognição de ofício sobre o tema”.

parte falar nos autos”⁶¹³. No mesmo sentido, o posicionamento de Araken de Assis, para quem as regras de impenhorabilidades cuidam de nulidade relativa, visto que dizem respeito a interesses particulares e, portanto, disponíveis, competindo “ao executado alegar, na primeira oportunidade (art. 278, *caput*), sob pena de preclusão (...) ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor do seu patrimônio”⁶¹⁴.

Os bens inalienáveis (art. 833, I, IX e XI, do CPC) são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis e inexpropriáveis. Nas demais hipóteses do artigo 833 do Código de Processo Civil e da Lei 8.009/90, portanto, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio.

Assim, os prazos processuais para o executado alegar defeito ou vício na penhora são peremptórios e preclusivos, passíveis de impugnação recursal pela via do agravo de instrumento, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1.015 do CPC. Se a impenhorabilidade for alegada serodidamente não deverá ser objeto de apreciação pelo juízo da causa visto que, além da ocorrência da preclusão temporal, a omissão representa manifestação de vontade do executado em não se valer daquele benefício.

Em relação aos prazos preclusivos no processo, tem-se que o primeiro e mais recorrente é o relativo à *impugnação ao cumprimento de sentença*. Estabelece o Código de Processo Civil que o executado poderá alegar na impugnação, dentro do interregno de 15 dias contados do prazo para pagamento voluntário (art. 523, *caput*, do CPC), eventual penhora incorreta (impenhorabilidade) que recaiu sobre um bem (art. 525, *caput* e § 1º, IV, do CPC). A impugnação do executado, como cedição, pode ser precedida da penhora e, sendo esse o caso, caberá ao executado, se quiser

⁶¹³ Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 8.

⁶¹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 337-338. No mesmo sentido, pelo entendimento de que há, no caso, *preclusão*, pois a invalidade do ato deve ser requerida no primeiro momento em que couber à parte falar nos autos: ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. São Paulo: RT, 2016, p. 176.

discutir a regularidade da penhora, fazê-lo já na impugnação, sob pena de preclusão⁶¹⁵.

Já nos embargos à execução, o executado deverá alegar eventual impenhorabilidade do bem (art. 917, II, do CPC) no prazo de 15 dias, contado a partir da ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 231 do CPC, sob pena de preclusão. As razões que informam a preclusão temporal no presente caso são as mesmas utilizadas para se sustentar a preclusão na impugnação de sentença, vale dizer, as regras de impenhorabilidade (à exceção dos bens fora do comércio) dizem respeito à proteção do devedor, sendo atinente ao trato de interesses particulares. Logo, sendo o bem *disponível*, podendo ser alienado livremente pelo executado extrajudicialmente, a omissão da alegação de impenhorabilidade no prazo legal específico deverá ser entendida como renúncia a esse direito, em observância à autonomia da vontade e ao poder de dispor do bem que ostenta o executado.

Em relação à penhora *online* de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, hoje amplamente difundida na *práxis* forense por meio do convênio BacenJud, segue-se que o Código de Processo Civil inovou ao prever, expressamente, prazo processual preclusivo para a impugnação da mesma. Dessa forma, dispõe o art. 854, §3º, inciso I, que o executado terá o prazo de 5 dias para comprovar que as quantias tornadas indisponíveis⁶¹⁶ são impenhoráveis nos termos do art. 833 IV e X ou, ainda, que estão afastadas as situações do parágrafo segundo. Aqui não há de se falar, por enquanto, em *penhora*, mas apenas em *indisponibilidade* da quantia. A penhora só se convolará com o depósito da quantia bloqueada na conta própria do juízo se, e somente se, rejeitada ou não interposta a “mini impugnação” a que se refere o art. 854, § 3º do CPC.

Cumprido, neste ponto, um breve esclarecimento a respeito da preclusão para a alegação de impenhorabilidade pela parte executada. Como visto, a não

⁶¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 549.

⁶¹⁶ Indisponíveis pois, como lembra Marcelo Abelha Rodrigues (*Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e Defesa do Executado...*), em dado momento ainda não se convolou o ato primário em penhora, visto que a mera *indisponibilidade* é apenas o primeiro momento do ato executivo preparatório e complexo da penhora. Esta é formada pela *indisponibilidade/bloqueio/apreensão + depósito*. Portanto, o segundo momento é o depósito da *quantia indisponibilizada*, que se dará mediante a *transferência* do “montante indisponível para a conta vinculada ao juízo da execução”.

disponibilização de ativos financeiros, referenciada pelo art. 854 do CPC, não trata ainda de penhora, mas tão somente do primeiro momento processual desta. Logo, em clara atenção ao princípio da economia processual⁶¹⁷ e da efetividade da execução, preocupou-se o legislador em permitir que o executado pudesse impugná-lo autonomamente, ou seja, alegar-se-ia eventual *impenhorabilidade* a partir da intimação do executado deste ato de *apreensão* (art. 854, § 2º).

Cria-se, portanto, duas situações jurídicas distintas e com efeitos processuais diversos a depender da atitude tomada pelo executado no processo: a) intimado o executado nos termos do art. 854, § 2º, do CPC e escoado o referido prazo sem manifestação do mesmo quanto à impenhorabilidade da quantia tornada *indisponível*, quando da convolação desta em depósito e, portanto, concretizada a penhora, deverá o executado ser novamente intimado para se manifestar a respeito da mesma, arguindo, se lhe for conveniente, eventual impenhorabilidade da quantia *penhorada*, seja por meio de embargos – se ainda não ofertados - ou por simples petição, nos termos do art. 917, § 1º do CPC, tratando-se, em verdade, de novo ato processual passível, conseqüentemente, do exercício do contraditório pelo executado; b) se o executado ofereceu manifestação acerca da eventual impenhorabilidade dos ativos financeiros tornados *indisponíveis* e tal pronunciamento foi rejeitado pelo juízo da causa, em não tendo sido iniciado o prazo para embargos ou impugnação do executado, então operou-se a preclusão consumativa sobre a matéria, não lhe sendo mais permitido alegar na impugnação ou nos embargos à execução o mesmo fundamento de defesa já decidido pelo juízo.

Conforme lembra Marcelo Abelha, pode acontecer que o executado seja citado para o processo de execução quando esteja em curso o prazo para que ele se manifeste sobre a apreensão da quantia, bem como pode ter sido intimado para pagar a quantia nos quinze dias do artigo 523, §3º do CPC e tenha que, concomitantemente, impugnar a apreensão⁶¹⁸. Obviamente, em se tratando de prazos concorrentes, pode o

⁶¹⁷ “A correta aplicação da técnica processual é, portanto, circunstância desejada pelo sistema, cabendo ao juiz identificar com precisão e o mais cedo possível a presença de eventuais irregularidades no processo, com o fim de supri-las, quando admissível ou, desde logo, determinar sua extinção, na resposta negativa. Tal atitude evita a pendência de uma série de feitos destinados ao insucesso e que apenas contribuem para aumentar o congestionamento dos foros e tribunais” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40-41).

⁶¹⁸ *Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e Defesa do Executado*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/04/19/penhora-eletronica-de-ativos-financeiros-no-ncpc-e-defesa-do->

executado alegar como fundamento da defesa/ação a *penhora incorreta* (impenhorabilidade) na sua impugnação ou nos seus embargos, visto que se trata de matéria de cognição apreciável pelas respectivas vias de defesa. Contudo, sendo decidida pelo juízo *a quo* a alegação de impenhorabilidade em qualquer das formas de manifestação do executado, encerra-se para o mesmo a possibilidade de se ventilar idêntica matéria pelo outro meio de impugnação lhe franqueado⁶¹⁹, à exceção, por certo, da via recursal própria (agravo de instrumento).

Diante da possibilidade da oposição de embargos do devedor anteriormente à realização da penhora, o Código de Processo Civil, em seu art. 917, §1º, estabeleceu que as questões relativas à penhora e avaliação, ocorridas após o escoamento do prazo dos primeiros e não alegadas naqueles, podem ser arguidas pelo executado nos próprios autos por petição simples, não havendo necessidade de oposição de embargos se este for seu único fundamento. Logo, eventual incorreção da penhora, nesses casos, poderá ser alegada no prazo de 15 dias contado da ciência do ato, sob pena de preclusão⁶²⁰.

Da mesma forma, na execução de título judicial, o artigo 525, § 11º, informa idêntica regra⁶²¹ ao acentuar que as questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato. Cumpre lembrar que as decisões que apreciam alegações feitas na fase executiva são interlocutórias e agraváveis (art.

executado/>. Acesso em 29 de junho de 2019. O referido autor denomina esta defesa processual incidental como “*mini-impugnação do art. 854, §3º*”.

⁶¹⁹ “Por se tratar de matéria de ordem pública pode o executado alegar tais matérias nos seus embargos ou na impugnação. A apreensão dos valores só se transformou em penhora após a rejeição ou o fim in albis do prazo da impugnação do artigo 854, §3º. É preciso verificar, contudo, se houve abuso na repetição das alegações como meio protelatório, devendo ser sancionado pela má-fé processual quando isso se verificar” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e Defesa do Executado...*).

⁶²⁰ É o que defende José Miguel Garcia Medina, para quem “à luz do CPC/73, admitia-se a alegação de impenhorabilidade ‘desde que em momento anterior à alienação judicial’. Essa orientação, no contexto do CPC/2015, deve ser compatibilizada com a regra prevista em seu art. 917, § 1º, segundo o qual a incorreção da penhora deve ser alegada em quinze dias contados da ciência do ato” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 420).

⁶²¹ Regra similar é encontrada nas disposições gerais do cumprimento de sentença, onde se lê: “Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz” (art. 518 do CPC).

1.015, parágrafo único do CPC), salvo se implicarem extinção da execução, caso em que serão sentenças apeláveis (art. 203, § 1.º c/c art. 1.009, ambos do CPC).

Às duas hipóteses de objeção à penhora trazidas imediatamente acima, a doutrina e a jurisprudência convencionaram chamar de “exceções de pré-executividade”, antes sem previsão legal expressa no CPC-73, alegáveis a qualquer momento. O Código de Processo Civil de 2015, entretanto, disciplinou expressamente a matéria atinente à validade e regularidade da penhora quando suscetíveis por simples petição e após escoado o prazo para a defesa ordinária. *Dessa forma, há, a partir da vigência deste diploma, prazo próprio, exclusivo e preclusivo para alegação de impenhorabilidade feita por meio de simples petição, ou seja, por intermédio das exceções de pré-executividade*⁶²².

O Código de processo Civil de 2015, ademais, extinguiu os antigos embargos à arrematação (ou “embargos de segunda fase”), previstos no art. 746 do CPC-73, autorizando que esta arguição seja feita no próprio processo, em até dez dias do aperfeiçoamento da arrematação, sendo que após esse prazo será expedida a respectiva carta, ordem de entrega ou mandado de imissão na posse (art. 903, § 2º do CPC)⁶²³. Aqueles, propostos no prazo de 5 dias, destinavam-se à arguição de aspectos processuais e de mérito surgidos depois de exaurida a faculdade de interposição dos embargos de primeira fase⁶²⁴, ou seja, *fundados em causa superveniente à penhora*. Desta feita, aqui também deverá a provocação da parte referir-se exclusivamente à vício originado de situação ocorrida após a penhora e o escoamento do prazo para o oferecimento de impugnação ou embargos, inclusive aquele referente à penhora superveniente, estando suscetível, *tout court*, à preclusão temporal.

⁶²² Tal é o entendimento partilhado por Araken de Assis, para quem a alegação de impenhorabilidade preclui, sendo exceção à regra de que não há termo final para dedução da exceção de pré-executividade (*Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1611).

⁶²³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 550-551.

⁶²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato C. de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. II. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.330.

5.2.2.2. Preclusão consumativa e impenhorabilidade

Já se teve a oportunidade de afirmar que a preclusão consumativa se opera quando realizado validamente um ato processual e, sendo esse consumado, não poderá o interessado realizá-lo novamente. É, deste modo, a perda da faculdade processual pelo fato de já ter sido praticado o ato anteriormente.

Parte da doutrina critica a existência da chamada preclusão consumativa, sob o argumento de que a mesma não encontra, de maneira geral, previsão no Código de Processo Civil, bem como que violaria frontalmente os princípios da primazia do julgamento de mérito e da celeridade, na medida em que impede que os atos processuais exerçam a função para os quais foram concebidos⁶²⁵. Apesar da relevante posição doutrinária, analisaremos a influência da preclusão consumativa quanto às regras de impenhorabilidade, sobretudo, pela sua reiterada utilização pela jurisprudência e doutrina pátrias.

Em relação à preclusão consumativa para as partes, em especial quanto à matéria de impenhorabilidade, não há maiores dúvidas doutrinárias ou jurisprudenciais a respeito, visto que a reiteração de atos já anteriormente praticados no processo é vedada pela lei processual, evitando-se a indevida procrastinação de seu trâmite. Dispõe o art. 507 do CPC que “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”. Assim, a questão tormentosa recai sobre a possibilidade da ocorrência de preclusão consumativa para o juiz, no que tange, em especial, às regras de impenhorabilidade.

Algumas premissas devem ser retomadas, nesse ponto, para o correto entendimento da matéria. São elas: a) já dissemos não importar se tratar as regras de impenhorabilidade como sendo de ordem pública ou não, visto que não é esse o fundamento determinante para se estabelecer se as mesmas podem ou não serem conhecidas de ofício, em qualquer instância, ou, ainda, serem alvo de preclusão; b)

⁶²⁵ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 158; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67. A respeito, manifesta-se esse último autor: “(...) a figura da preclusão consumativa, além de não conter embasamento na técnica processual, vai de encontro com os princípios constitucionais do processo (...) não devendo, portanto, ser considerada uma norma eficaz no âmbito do direito processual”.

importa saber se o bem pertence ao patrimônio disponível do executado, de modo que possa ser alienado, inclusive extrajudicialmente; c) as matérias de ordem pública, inclusive para a corrente doutrinária e jurisprudencial que entende se tratar esse o caso das regras de impenhorabilidade, estão sujeitas à preclusão; d) as regras de impenhorabilidade estão sujeitas à preclusão consumativa, temporal e lógica.

Conforme observam Wambier e Talamini, para o magistrado há preclusão consumativa “pois o juiz, a não ser diante de novas alegações ou de fatos novos, não pode, em princípio, decidir novamente a questão já decidida”⁶²⁶. A regra encontra respaldo no art. 505 do CPC, o qual informa que é defeso ao juiz decidir novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo as exceções legais.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que, embora a impenhorabilidade, inclusive do bem de família, seja matéria de ordem pública, passível de arguição em qualquer fase do processo – entendimento do qual discordamos, como demonstrado -, na hipótese de haver decisão anterior, opera-se a preclusão consumativa⁶²⁷. Logo, para a referida Corte, em qualquer caso de impenhorabilidade se operaria a preclusão consumativa quando já houvesse decisão a respeito da matéria e sobre a qual não caiba mais recurso.

Entendemos como correto o posicionamento encampado pela sobredita Corte Superior, máxime tendo em vista que decidida a questão sobre a penhorabilidade do bem, e não havendo mais possibilidade de interposição de recurso, há preclusão que impede nova apreciação dessa mesma questão⁶²⁸. Assim, se no curso do processo foi proferida decisão interlocutória, decidindo questão de forma incidental – sem que sua resolução acarrete a extinção do processo – impossibilitada estará, no futuro, tal

⁶²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. I. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 286. Os autores, contudo, não admitem preclusão consumativa para questões de ordem pública. No mesmo sentido DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 86-87. Como salientado, discordamos desse posicionamento, na mesma linha seguida por APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 182; CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 264.

⁶²⁷ STJ, AgInt no REsp 1680223/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T. j. 27.02.2018; STJ, AgRg no AREsp 70180/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 25.06.2013; STJ, AgInt no AREsp 1064475/PI, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 22.08.2017; STJ, AgInt no AREsp 808.423/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 25.04.2017.

⁶²⁸ Também nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 818.

matéria de vir a ser rediscutida ou reapreciada no mesmo processo ou em processos incidentais, senão por intermédio do recurso cabível⁶²⁹.

Tratando-se de questões decididas no âmbito do procedimento executivo, ainda que suscitadas no bojo dos embargos, as decisões interlocutórias sobre impenhorabilidades são atacáveis por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único), não se aplicando, portanto, a inovação trazida pelo art. 1.009, § 1º, do CPC que impede a cobertura da preclusão sobre a decisão⁶³⁰.

Cabe indagar, ademais, se, caso não aventada a questão da impenhorabilidade no curso do processo de execução, caberia ingressar com *defesa heterotópica*, depois de expropriado o bem e encerrado o processo, a fim de desconstituir a alienação do mesmo sob alegação de impenhorabilidade. Pensamos que não.

Além das ações cognitivas incidentes à execução (embargos do executado e de terceiros), existem as chamadas *defesas heterotópicas* (visto que exercidas fora do

⁶²⁹ “Em suma: preferida uma determinada decisão interlocutória e, não sendo interposto tempestivamente o recurso cabível pela parte prejudicada (agravo de instrumento ou agravo retido), a questão ali decidida torna-se imutável, impossibilitando eventual futura apreciação pelo juiz, ainda que provocado por quaisquer das partes” (GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 147).

⁶³⁰ Fredie Didier Junior, Paula Sarno, Leonardo Cunha e Rafael de Oliveira defendem que essa decisão poderá ser, a depender do caso concreto, objeto de ação rescisória, não obstante se tratar de decisão interlocutória (*Curso de Direito Processual Civil. Vol. V. 7ª ed.* Salvador: JusPodivm, 2017, p. 818). Para tanto citam como exemplo decisão da 3ª T. do STJ, no REsp 628.464/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.10.2006, onde consta que: “Em face do art. 485 do CPC [art. 966 do CPC-15], que se refere à 'sentença de mérito', doutrina e jurisprudência, no geral, entendem como possível o juízo rescindendo de decisão interlocutória apenas em situações muito específicas. – Os executados, ao atravessarem petição, no curso da execução, pedindo fosse a eles concedido o privilégio previsto na Lei nº 8.009/90, provocaram uma manifestação jurisdicional sobre questão que poderia, se acolhida, representar óbice à satisfação do crédito do exequente. Assim, dentro dos limites e objetivos do processo executivo, a decisão relativa à incidência ou não da Lei nº 8.009/90 tem o condão de resolver, antecipadamente, a pretensão deduzida pelo autor da ação de execução. - Por outro lado, a impenhorabilidade é direito próprio do devedor, pois prevista na Lei nº 8.009/90; há, portanto, um direito à satisfação do crédito, que se realizará pela expropriação do bem, e um direito à não expropriação do bem, em face de legislação específica. - É possível entender, portanto, que houve não só julgamento adiantado do que seria algo assemelhado ao 'mérito' da pretensão regularmente deduzida em juízo pelo exequente, em sede de decisão interlocutória, como também do próprio mérito de uma pretensão autônoma do devedor, de modo a ser cabível, excepcionalmente, a ação rescisória de tal provimento jurisdicional. (...) - Na presente hipótese, contudo, o juízo da execução foi provocado por duas vezes a respeito da impenhorabilidade do bem de família, tendo indeferido ambos os pedidos. A ação rescisória é dirigida à segunda decisão, desprezando totalmente os efeitos da preclusão decorrentes da falta de impugnação quanto à primeira decisão. - Não tem aplicação, assim, a jurisprudência que permite a arguição, a qualquer tempo, da impenhorabilidade do bem de família, pois tal possibilidade não pode dar margem a eventual tentativa de perpetuar a discussão, em face do oferecimento de sucessivos pedidos com o mesmo teor”.

procedimento executivo) do executado ou *ações autônomas de impugnação*⁶³¹, as quais se prestam a atacar tanto o mérito do crédito exequente (inexistência ou inexigibilidade do débito), quanto os aspectos processuais da execução, a fim de se obter a nulidade da penhora e dos consequentes atos expropriatórios, sob a alegação, por exemplo, da impenhorabilidade do bem arrematado. Em todos esses casos, essas ações (defesas heterotópicas) serão prejudiciais à execução.

Salienta Márcio Manoel Maidame que transitada em julgado sentença proferida na execução, nos termos do art. 924, III (art. 794, II, do CPC-73), ocorrerão os efeitos da coisa julgada tanto sobre o mérito da execução, quanto sobre a prática de atos expropriatórios⁶³². Todavia, informa o autor que, apesar de o ato expropriatório viciado poder ser impugnado por meio heterotópico (art. 966, § 4º, do CPC⁶³³), apenas aqueles atos em que não houvesse tido cognição judicial (*v.g.*, praticados por auxiliares da justiça sem vinculação ao judiciário: leilão e alienação extrajudicial, por exemplo) poderiam ser anulados, pois penderia dúvidas sobre sua validade⁶³⁴. Assim, a penhora, como ato em que há “pedido” do exequente e decisão judicial acerca deste “pedido”, ficaria acobertada pela coisa julgada da decisão que encerra a execução.

Pensamos, a respeito, que os efeitos preclusivos e, portanto, de imutabilidade do provimento judicial interlocutório que diz respeito à impenhorabilidade do bem, se espraiam, além do próprio processo executivo, apenas sobre as ações cognitivas incidentes (embargos) ou externas ao mesmo processo de execução (defesa heterotópica), de forma que se evite a sucessiva rediscussão da matéria em relação à demanda originária (processo de execução ou cumprimento de sentença). Isso porque, como a decisão interlocutória proferida no primeiro processo não adquire o *status* de imutável, ou seja, não faz coisa julgada material, não tem o condão de projetar seus efeitos para fora do processo no qual foi proferida⁶³⁵, à exceção dos

⁶³¹ Cita-se, à guisa de exemplos, a ação rescisória da sentença, a invalidade de sentença arbitral, a ação de anulação/revisão de um negócio jurídico, a ação anulatória de arrematação e a ação declaratória de inexistência de relação jurídica.

⁶³² MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 173.

⁶³³ Correspondente ao art. 486 do CPC-73.

⁶³⁴ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 174.

⁶³⁵ GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

embargos e da defesa heterotópica, sendo, pois, cabível sua discussão apenas em novo processo executivo distinto.

Ainda, assim, nesses casos, a eventual inviabilidade de rediscussão da matéria em outro processo, desde que não alterados os fundamentos e as condições que ensejaram a (im)penhorabilidade do bem, por óbvio, decorre não do instituto da preclusão ou coisa julgada, mas da necessária garantia da segurança jurídica a partir do dever institucional dos órgãos judicantes em manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*, do CPC).

Com efeito, desde que a arrematação seja considerada perfeita e acabada, não se vislumbrando quaisquer nulidades decorrentes de violação do devido processo legal na execução, não haveria se cogitar em fundamento suficiente a ensejar a invalidação dos atos constrictivos realizados no bojo da execução. O STJ, a respeito, entende que a impenhorabilidade do bem de família não pode ser alegada após concluída a arrematação, visto que a norma do art. 903, *caput*, do CPC (art. 694 do CPC-73) busca conferir estabilidade à arrematação, não só protegendo mas, também, “(...) buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados à hasta pública recebam melhores ofertas, em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução”⁶³⁶.

Dessa forma, ocorre a preclusão para discussão da impenhorabilidade de bem que fora arrematado, inclusive nos casos cuja tese sequer fora submetida ao juízo da execução no tempo oportuno. A arrematação perfeita e acabada impede, mesmo em ação de anulação, o debate acerca da impenhorabilidade do bem, visto que este só poderia ocorrer até a fase final da execução, caso ainda não operada outra espécie de preclusão⁶³⁷. Ademais, existindo diversas decisões no bojo do processo afastando

⁶³⁶ STJ, REsp 1313053/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 04.12.2012. Ver também: STJ, AgRg no AREsp 276014/RS, rel. Antônio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 16.12.2014; STJ, AgRg no AREsp 187.025/PE, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 26.08.2014.

⁶³⁷ “Observe-se, bem, que se facultando a ação de repetição do indébito ao devedor vítima de execução injusta, não se está pondo em dúvida a validade processual dos atos executivos. Contra estes, à falta dos oportunos embargos, nada poderá objetar o devedor (...) É claro, assim que finda a execução não se tolere mais falar em embargos à execução, esmo porque já, então, nem sequer existirá o que embargar. Por isso, ainda que injusta a execução não embargada, nunca será possível, por exemplo, revogar a arrematação do bem penhorado, feita por terceiro estranho ao processo” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 763).

a alegação de impenhorabilidade do bem arrematado, carece de interesse processual para a propositura a parte autora de ação anulatória.

Por fim, o STJ tem esposado reiterado entendimento⁶³⁸ no sentido de que “não se pode conhecer, em sede de recurso especial, de matéria não pré-questionada, ainda que de ordem pública”, de forma que se a impenhorabilidade do bem não fora alegada e pré-questionada nas instâncias inferiores, não caberá sua alegação surpresa e subreptícia apenas no âmbito dos Tribunais Superiores. Mais uma vez, tal posicionamento é digno de elogios, pois a inovação em matéria recursal (*jus novorum*), em regra, é vedada e o pré-questionamento das regras de impenhorabilidade, ainda que se considere a matéria como sendo de ordem pública, é imperativo no âmbito das instâncias extraordinárias, visto que: a) a limitação vertical da cognição dos recursos excepcionais impede o conhecimento de ofício das questões de interesse público; b) o efeito translativo – extensão do efeito devolutivo - nas instâncias extraordinárias exige o pré-questionamento da matéria, inclusive de ordem pública, para que se evite que esses tribunais se transformem em novo grau de jurisdição⁶³⁹⁻⁶⁴⁰.

Importa anotar que a consideração de um bem como sendo impenhorável não importa na impossibilidade posterior do juízo, *em decisão de reconsideração e diante de novas provas apresentadas*, proceder com a flexibilização das regras de impenhorabilidade à luz do caso concreto. É dizer, havendo a modificação da qualidade do bem ou da situação do executado, pode o juiz realizar novo juízo de ponderação para mitigar sobredita regra em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade nos casos em que ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor. Imagine-se, por exemplo, a decisão que considerou impenhorável um bem imóvel sob a alegação de tratar-se de bem de família. Vindo o executado, por razões diversas – tais como herança ou doação – a ser proprietário de outro imóvel residencial de maior

⁶³⁸ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1469360/SP, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.11.2014; STJ, AgRg nos EREsp 1253389/SP, Corte Especial, rel. Min. Humberto Martins, j. 17.04.2013; STJ, AgRg nos EREsp 830.577/RJ, 2.ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.04.2013.

⁶³⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 404-412. A autora destaca, ademais, haver posicionamento divergente entre o STF e o STJ. Enquanto o primeiro admite que uma vez admitido o recurso por um fundamento devolver-se-iam as questões de ordem pública ao tribunal superior, independente de prequestionamento e provocação da parte, o STJ, desde 2012, passou a exigir que houvesse o exposto prequestionamento a respeito.

⁶⁴⁰ Importa notar que o CPC, em seu art. 1034, parece ter encampado o posicionamento adotado pelo STF (vide nota retro), no sentido de que a aplicação do efeito translativo aos recursos excepcionais seria ampla, condicionado à superação da fase de conhecimento do recurso.

valor, aquele imóvel que antes fora considerado bem de família poderá perder tal qualidade em função de nova decisão proferida no curso do processo executivo.

Nesse sentido, em caráter incidental (*obiter dicta*) no voto do relator⁶⁴¹ no AgRg no REsp 1473848/MS, o STJ ponderou que a preclusão *pro judicato* “não se coaduna com a fase de execução propriamente dita (...) em que o Estado-Juiz, substituindo a atividade do executado, invade seu patrimônio a fim de realizar, mediante força, direito já reconhecido nos autos”.

5.2.2.3. Preclusão lógica e impenhorabilidade

Quando se adentra na seara das preclusões lógicas está-se a falar intimamente da proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium* e da proteção da confiança (*vertrauensschutzprinzip*) que colhem fundamento de validade das normas constitucionais dos artigos 1º e 5º, II da CF/1988, bem como das normas fundamentais do processo civil, sobretudo, a boa-fé e a cooperação (arts. 5º e 6º do CPC).

A ideia da vedação ao comportamento contraditório, pressupondo a proibição da adoção de comportamento incompatível com um outro adotado anteriormente pelo mesmo agente, é informativo da boa-fé processual, da estabilidade, da cooperação e da segurança jurídica⁶⁴². O processo é um marchar para frente que pressupõe a adoção de atos e medidas, por todos os participantes do processo, previamente suscetíveis de concepção pelos seus envolvidos. Qualquer ato praticado em

⁶⁴¹ STJ, AgRg no REsp 1473848/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 22.09.2015.

⁶⁴² Boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança, apesar de pertencerem à mesma constelação de ideias, sendo princípios conviventes e complementares, não estão a significar a mesma coisa, cf.: COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). *In: Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 237, jul/set. 2004, p. 272. Não se está a negar, com isso, o caráter dinâmico do processo (flexibilização processual, dilação de prazos *ope iudicis*, negócios jurídicos processuais), nem tampouco a aplicação imediata das leis processuais no tempo, já que em ambos os casos também há que se falar em segurança jurídica e previsibilidade da aplicação das normas, de modo que não há incompatibilidade entre a legalidade normativa adotada a partir da prática de medidas atípicas e o dever de adotar comportamentos não contraditórios.

descompasso com o comportamento anteriormente sugerido pelo agente e esperado aos demais ofende referidos princípios.

A preclusão lógica deve ser admitida também, para as condutas judiciais, sejam elas comissivas ou omissivas⁶⁴³. Exemplo disso se mostra quando o juiz, apesar da omissão das partes na manifestação quanto ao interesse na audiência inicial de conciliação e mediação, não designa e não intima as mesmas (arts. 250, IV, 308 §3º e 334, *caput* do CPC) para comparecer ao ato. Nesse caso, apesar de a conciliação dever ser estimulada durante todo o *iter* processual, podendo ser praticada a qualquer momento, está impedido o juiz de aplicar a multa por não comparecimento a qualquer das partes na referida audiência (art. 334, §8º do CPC), visto que foi gerada nas partes a legítima expectativa de que a mesma não seria realizada no momento oportuno, sendo, pois, dispensada. Também deve se estender tal interpretação às chamadas “nulidades absolutas”, as quais, por igual razão, precluem ante a adoção de comportamento contraditório, tanto da parte, quanto do juiz⁶⁴⁴.

No trato das impenhorabilidades, as quais se encontram, em regra, dentro do campo da disponibilidade patrimonial, já se assentou que, sendo passível de alienação extrajudicial, o bem impenhorável poderá ser livremente oferecido à penhora pelo devedor, como decorrência da aplicação em juízo do princípio da autonomia da vontade (autonomia privada). Logo, em razão do poder de dispor de seu patrimônio, o devedor que oferece bem impenhorável como garantia de crédito ou adimplemento da obrigação, em juízo ou fora dele, renuncia⁶⁴⁵ ao benefício da impenhorabilidade,

⁶⁴³ No ponto entende Antônio do Passo Cabral, na contramão da doutrina dominante, que perde o juiz, pela preclusão lógica, o poder de decidir quando se omite em decidir no saneador, transmitindo aos demais um padrão de conduta significativo, justificado “pela vedação de condutas incompatíveis no princípio da proteção da confiança, que atua pela estabilização das relações jurídicas, inclusive da relação jurídica processual” (CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 338-339).

⁶⁴⁴ Exemplo trazido por Antônio do Passo Cabral é o da aplicação da preclusão lógica para o juiz quando no poder de declarar a incompetência absoluta depois de omissão conclusiva em sentido contrário (*Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 339). Wambier e Talamini, apesar de não estenderem o entendimento para as matérias de ordem pública, admitem, excepcionalmente, que a preclusão lógica pode atingir poderes do juiz: “assim, se o juiz, em vez de exercer juízo de retratação no agravo, dá cumprimento à decisão agravada, fica-lhe preclusa a possibilidade de se retratar depois” (*Curso avançado de processo civil*. Vol. I. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 286).

⁶⁴⁵ “A desistência ou reconhecimento de direitos são atos que produzem efeitos, de imediato; depois disso, e por força da preclusão lógica, a parte não mais está autorizada a voltar atrás, não mais podendo exercitar os direitos aos quais renunciou” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65). O oferecimento de bem impenhorável como garantia de crédito pode

visto que tal ato representa a vontade de se despojar de um bem pelo proprietário, na medida em que *em todo o direito de garantia existe uma alienação potencial para o caso de inadimplemento pelo dono do bem que se obrigou*⁶⁴⁶.

Logo, se o executado ofereceu o bem à penhora alienou-o, em certa medida, pois a penhora é garantia do crédito exequendo⁶⁴⁷. Ademais, sendo o bem de livre disposição, poderá o devedor lhe dar a destinação que melhor lhe convier, incluindo-se, portanto, a possibilidade de garanti-lo em pagamento de dívidas, para fomento de financiamento e empréstimos ou em nomeação à penhora. Nesse último caso, conforme assentou o Min. Castro Filho em voto-vista no REsp 351932/SP⁶⁴⁸, “se assim procede, estará renunciando ao direito que a lei lhe concedeu (...) é de se presumir que assim procedeu o devedor por não ser ele, consoante a exigência legal, necessário ou útil às suas atividades”.

É dizer, com o oferecimento do bem à penhora, é defeso ao executado alegar, posteriormente, a sua impenhorabilidade, ante a ocorrência da preclusão lógica (*venire contra factum proprium*), que veda a prática de atos incompatíveis com os já praticados⁶⁴⁹.

Equivocadamente, em vista das balizas aqui trazidas, o STJ manifesta entendimento de que se tratando de bem de família a indicação do bem à penhora, pelo devedor na execução, não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei n. 8.009/90, pois a instituição constitui princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada⁶⁵⁰. Do mesmo modo, a jurisprudência daquela Corte Superior mantém posição de que a pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável,

ocorrer, extrajudicialmente, por meio de um contrato ou de outro negócio jurídico entabulado pelas partes.

⁶⁴⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 437.

⁶⁴⁷ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 166.

⁶⁴⁸ STJ, REsp 351.932/SP, rel. p. acórdão min. Castro Filho, 3ª T., j. 14.10.2003.

⁶⁴⁹ Nessa toada, discorrem Fredie Didier Junior, Paula Sarno, Leonardo Cunha e Rafael de Oliveira (*Curso de Direito Processual Civil. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 819*) que se o executado oferece à penhora um bem móvel que guarnece à residência (impenhorável, portanto) e, sem seguida, opõe embargos à execução pedindo a invalidação da penhora, em razão da impenhorabilidade daquele bem, estaria o órgão jurisdicional impedido de acolher o pedido, pois o oferecimento do bem à penhora é incompatível com a impugnação dessa mesma penhora. Haveria, no caso, preclusão lógica em razão do comportamento contraditório (proibição do *venire contra factum proprium*).

⁶⁵⁰ STJ, AgRg no AREsp 537034/MS, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 26.08.2014; STJ, REsp 875687/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 09.08.2011.

ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária⁶⁵¹, posição da qual discordamos, dadas as razões aqui apresentadas.

5.3. Negócios jurídicos processuais e convenções contratuais sobre penhorabilidade

5.3.1. Afastamento da impenhorabilidade legal: (im)possibilidade e limites

O presente tópico busca perquirir sobre a possibilidade de as partes litigantes, por meio de negócio processual, afastarem a incidência das regras de impenhorabilidade dispostas pela legislação pátria. Em um segundo momento, passar-se-á à análise da possibilidade da formação, por intermédio do reconhecimento do princípio da autonomia privada, de acordos processuais atípicos que criam novas hipóteses de impenhorabilidade, além daquelas previstas expressamente pelos textos legais.

Inicialmente, é preciso traçar como premissa que as normas do processo civil brasileiro, sobretudo, a partir do advento da Lei 13.106/2015 (CPC de 2015), impingem uma interpretação consoante os valores e normas fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal (art. 1º do CPC). O autorregramento da vontade no processo civil, como não poderia deixar de ser, retira base constitucional do direito fundamental de liberdade⁶⁵² (art. 5º, *caput*, da CF/88), do direito à dignidade da pessoa humana, do princípio da livre iniciativa (art. 1º., IV e art. 170, *caput*, da CF/88) e do poder geral de autodeterminação e auto vinculação das pessoas, de modo que a manifestação da autonomia privada se encontra tão imbricada no ambiente processual que deve ser exercida pelas partes sem restrições injustificadas ou irrazoáveis.

⁶⁵¹ STJ, AgInt no AREsp 1114201/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 10.04.2018; STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 222936/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 18.02.2014.

⁶⁵² “Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediamente, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização da justiça” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 102, abr./jun. 1989, p. 215).

É bem verdade que os conceitos de *autonomia da vontade* e *autonomia privada* não se confundem⁶⁵³, conforme salienta Igor Raatz⁶⁵⁴. Contudo, tal temática demanda trabalho monográfico próprio, de forma que se adotará no presente estudo o conceito amplo de autonomia da vontade para se referir indistintamente à autonomia privada e ao autorregramento da vontade, tal qual Pontes de Miranda o faz em sua obra⁶⁵⁵. Desse modo, no âmbito do processo civil, autonomia privada pode ser entendida como a manifestação de um poder jurídico dos sujeitos do processo capaz de criar deveres e obrigações (direito subjetivo), modificando algumas regras do ordenamento jurídico casuisticamente de forma lícita e permitida, originando novas normas concretas mediante exercício da liberdade de atuar livremente tanto na sua própria esfera de interesses, quanto na esfera pública⁶⁵⁶.

É necessário afastar a antiga noção de que o publicismo no processo seria impedimento para o exercício de atividades privatísticas que conjurassem a autonomia da vontade em tal âmbito. *Democracia, liberdade e processo* são conceitos que necessitam ser lidos conjuntamente, lado a lado, *vis-a-vis*. Canotilho orienta que todo princípio democrático implica democracia participativa, isto é, “a estruturação de

⁶⁵³ Francisco dos Santos Amaral Neto procurou distinguir os dois conceitos sob a perspectiva do direito privado da seguinte maneira: “Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos (...) a autonomia privada surge como o poder que os particulares tem de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica (...) Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real” (A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 102, abr./jun. 1989, pp. 212-213).

⁶⁵⁴ “A utilização da expressão “autonomia privada” costuma variar bastante, sendo, normalmente, restringida por civilistas e, por outro lado, ampliada por autores situados em outras áreas do pensamento jurídico. Também não há consenso entre os mais diversos autores, acerca das diferenças entre autonomia privada e autonomia da vontade. Enquanto alguns tratam ambas as expressões como sinônimas, outros criticam essa aproximação entre ambas, de modo a diferenciá-las, enxergando na locução ‘autonomia da vontade’ uma concepção mais psicológica e, também, mais ampla que a de autonomia privada” (SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: Da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. 2016. Tese [doutorado em Direito] – Universidade do Vale do Rio dos Sinos [UNISINOS], São Leopoldo/RS, p. 339-340).

⁶⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: Direitos das Obrigações: Auto-regramento da vontade e lei, alteração das relações jurídicas obrigacionais, transferência de créditos, assunto de dívida alheia, transferência da posição subjetiva nos negócios jurídicos*. Tomo XXIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, § 255. O autor empresta, contudo, preferência à nomenclatura *autorregramento* para se referir à autonomia da vontade em direito público.

⁶⁵⁶ SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: Da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. 2016. Tese (doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS, p. 348-350.

processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”⁶⁵⁷.

É bem verdade que o autorregulamento da vontade no âmbito do processo civil não equivale aquele do direito privado, sobretudo, diante da estrutura triádica da relação processual⁶⁵⁸ que impõe a participação do Estado-juiz como intermediador⁶⁵⁹ e delinea a validade conferindo eficácia ao negócio jurídico processual⁶⁶⁰. Entretanto, não há se olvidar que as próprias partes são os maiores interessados na solução da relação material posta à decisão, motivo pelo qual podem, a depender do direito material, dispor do bem da vida do processo da forma que melhor lhe afeiçoar⁶⁶¹.

Busca-se afastar, dessa forma, a tradição da doutrina brasileira que, majoritariamente, entendia que a vontade era irrelevante – ou secundária - no processo⁶⁶². O novo código de processo civil valoriza a possibilidade de as partes autorregrem certos procedimentos previstos no rito processual, de modo a colmatá-los a um ambiente que proporcione maior efetividade e celeridade, de acordo com a conjugação de interesses particulares e públicos.

⁶⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 280.

⁶⁵⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 96.

⁶⁵⁹ Giuseppe Chiovenda já dizia que “designando a um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou queo direito reconheça à vontade da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado. Pois, no processo, há sempre um elemento especial a considerar, e é a presença do órgão do Estado sobre a atividade do qual, se bem que estranho ao negócio, pode ele exercer influência mais ou menos direta” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 20-21), apesar de reconhecer que, à época, “não se deu [...] suficiente elaboração” sobre a matéria.

⁶⁶⁰ É de se recordar que tratando-se de negócio processual unilateral sobre atos e direitos de natureza dispositiva, tais como a renúncia ao direito de impenhorabilidade e ao direito de recorrer ou a desistência do processo, não cabe ao juiz avaliar os fundamentos ou decidir pelo deferimento ou não do pedido. Sendo válidos, tais atos produzirão efeito e deverão ser homologados pelo juiz. Nesse sentido: MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 342.

⁶⁶¹ MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 241, mar. 2015, p. 4.

⁶⁶² Atribuindo importância secundária à vontade para a eficácia dos atos processuais: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1992, p. 216; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 418-419.

Há uma tendência clara de ampliação dos limites da autonomia privada dentro do processo civil, tanto no direito brasileiro quanto no estrangeiro⁶⁶³. Conforme adverte Fredie Didier, *há um verdadeiro microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo*⁶⁶⁴. O Código de Processo Civil trouxe uma evidente tendência de estímulo à autocomposição, conforme preconizado em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, como norma fundamental do processo. A solução consensual do conflito passou a ser vista como dever de estímulo por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a todo momento, inclusive durante o curso do processo judicial.

Vários outros exemplos sustentam a defesa ao autorregramento da vontade⁶⁶⁵ no corpo do CPC, como os diversos dispositivos que regem a matéria sobre autocomposição (arts. 165 *usque* 175, 190, 334, 525, III e §2º, 695 e 725, VIII), arbitragem (art. 42, 189, IV, 337, X e §§ 5º e 6º, 485, VII do CPC e Lei 9.307/96), cooperação processual (art. 6º), princípio dispositivo e delineamento do objeto litigioso do processo e do recurso (arts. 141, 490, 1002 e 1013) e os negócios processuais típicos e atípicos (art. 190).

A respeito dos negócios jurídicos processuais típicos, ou seja, aqueles com a regulação delimitada pela própria lei, é possível ver uma imensa gama de possibilidades dispostas no CPC para a atuação da autonomia privada. Cita-se, como rol exemplificativo, o acordo de eleição do foro (art. 63), prorrogação de competência territorial (art. 65), calendarização dos atos processuais (art. 191), escolha do perito (art. 471), escolha do conciliador, mediador ou da câmara privada de conciliação e de mediação (art. 168), escolha do juízo da execução (art. 516, parágrafo único),

⁶⁶³ Remo Caponi defende, inclusive, uma regulamentação negocial atípica dentro do processo italiano, tal qual a feita nos moldes do art. 190 do CPC brasileiro (Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, p. 205-220, 2016). No direito francês, ver: CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, p. 105-116, 2016.

⁶⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 35.

⁶⁶⁵ Expressão cunhada por Fredie Didier Junior para se referir a um novo subprincípio (derivado do princípio da liberdade) que permite às partes a obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de se autorregular possa ser exercido sem restrições irrazoáveis ou injustificadas (Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol 1. Salvador: Juspodivm, p. 31-38, 2016).

renúncia ao direito de recorrer (art. 999), convenção sobre distribuição do ônus da prova (art. 373, parágrafo 3º), entre diversos outros⁶⁶⁶.

Superado o antigo entendimento contrário ao reconhecimento da existência de negócios jurídicos processuais⁶⁶⁷, para o presente estudo parte-se do pressuposto de que tais negócios são, *a priori*, existentes, válidos e eficazes, sobretudo, a partir da entrada em vigor do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015. Tal posição tem recebido importante aval doutrinário, especialmente, nos últimos anos, destacando-se os trabalhos monográficos dos professores Antônio do Passo Cabral⁶⁶⁸, Robson Renault Godinho⁶⁶⁹ e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira⁶⁷⁰.

O poder conferido às partes de contribuir à formação do provimento jurisdicional e à estrutura do procedimento vai muito além da mera possibilidade de influenciar o aspecto psicológico do julgador e, por fim, o julgamento. É necessário entender que, cada vez mais, uma verdadeira democracia é a que “privilegia e estimula a *participação*, tão intensa e constante quando seja possível”⁶⁷¹, do indivíduo, seja na construção da sociedade ou, mais especificamente, na adequação do rito processual.

A ideia de negócio jurídico processual não é nova, tanto que no CPC/73 existiam várias previsões pontuais que possibilitavam a realização de negócios jurídicos típicos⁶⁷². A novidade do novo diploma processual reside na ampliação deste

⁶⁶⁶ Para uma visão exaustiva dos negócios processuais típicos no CPC/73, ver CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 54-55.

⁶⁶⁷ Tais doutrinas, em curta síntese, posicionavam-se contrárias à existência de negócios jurídicos processuais sob o argumento principal de que no processo os efeitos produzidos não decorrem direta e expressamente da vontade das partes, senão: a) da lei; b) ou da necessidade de intervenção judicial para que se produzam. Alexandre Freitas Câmara, ainda na vigência do CPC-73, entendia que “a existência de negócios processuais não pode ser aceita, pois os atos de vontade realizados pelas partes produzem no processo apenas os efeitos ditados por lei” (*Lições de Direito Processual Civil*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 276). Contudo, o autor mostra mudança na sua opinião com a vigência do CPC-15, passando a admitir a existência de negócios jurídicos processuais (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127). Esse também era o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco durante a vigência do CPC-73 (*Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001).

⁶⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁶⁶⁹ GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁶⁷⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁶⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 113.

⁶⁷² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado - artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 303.

fenômeno por intermédio do seu art. 190, *caput*, que passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral do negócio jurídico processual.

O *caput* do art. 190 do CPC possibilita que as partes capazes, valendo-se da autonomia da vontade, alterem o procedimento legal e convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, permitindo que tais acordos sejam celebrados antes ou após iniciada a relação processual. É dizer, a depender da normatização do direito material em liça (bem da vida de natureza disponível), havendo capacidade jurídica e processual para tanto, os sujeitos processuais poderão dispor do direito afirmado, transacionando, renunciando a ele e reconhecendo sua existência⁶⁷³.

Apesar da redação do *caput* e do parágrafo único trazer o verbo “convençionar” é sabido que a possibilidade se refere também aos negócios processuais como gênero, do qual as convenções são espécies. Sem adentrar ao estudo aprofundando sobre a teoria dos fatos jurídicos, o qual não é objeto da presente pesquisa, pode-se dizer que o *fato jurídico processual* é classificação ampla que se divide em *fato jurídico processual em sentido estrito*⁶⁷⁴ – evento que assume roupagem jurídica pela incidência de uma norma processual e que prescinde de qualquer ato humano para sua realização - e *ato jurídico processual em sentido amplo* - os quais necessitam de atos humanos voluntários na incidência do suporte fático para gerar efeitos no processo⁶⁷⁵.

O ato jurídico processual em sentido amplo se divide, por sua vez, em *ato jurídico processual em sentido estrito* e *negócio jurídico processual*. Naqueles, a vontade do agente, apesar de ser fundamental para a escolha da prática ou não do ato, é incapaz de controlar o seu conteúdo eficaz. Já nos negócios jurídicos processuais, a

⁶⁷³ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 241, mar. 2015, p. 4.

⁶⁷⁴ Tal classificação é controversa na doutrina, havendo autores que rejeitam a existência dessa espécie de fato jurídico, a exemplo de Calmon de Passos para quem “no processo, somente atos são possíveis”, pois “todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo (...)” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64-65).

⁶⁷⁵ Na doutrina brasileira: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 46. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, p. 46-47, 2016. NOGUEIRA, Pedro Henrique; DIDIER JR., Fredie. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 30-37.

vontade do sujeito, além de ser fundamental para a prática do ato, é o fator relevante para a escolha dos efeitos jurídicos a serem produzidos.

Em excelente definição emprestada de Pedro Henrique Nogueira, negócio jurídico processual é o fato jurídico voluntário (ato jurídico) em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico, algumas situações jurídicas processuais⁶⁷⁶. Sob o viés de sua formação, os negócios jurídicos podem ser *unilaterais* ou *plurilaterais*. Os primeiros são aqueles praticados por apenas um sujeito e provenientes *de apenas uma declaração de vontade*⁶⁷⁷. Os segundos são praticados por dois ou mais sujeitos, de partes distintas, de maneira a configurar uma troca ou um encontro de vontades e declarações para transformar a convergência⁶⁷⁸ no intuito de produção ou possibilitar a produção de efeitos jurídicos processuais.

Quando o negócio jurídico é plurilateral e as partes determinam, sem a necessidade de intermediação de outro sujeito, antes ou durante o processo, a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais ou alteram o procedimento, recebe o nome de *convenção* (ou acordo) processual⁶⁷⁹. Quando é possível às partes pactuarem ou praticarem negócios que não se encaixem nos tipos legais, engendrando-o de forma a atender suas conveniências, sem detalhamento legal, o negócio processual será considerado *atípico*, podendo ser uni- ou bilateral.

O negócio processual atípico debruça-se sobre o processo e suas regras, não sobre o objeto litigioso. As partes poderão convencionar sobre suas posições processuais e procedimentos, abrangendo nesse espectro seus ônus, faculdades, deveres processuais e poderes⁶⁸⁰, incluídos os poderes subjetivos e potestativos que possuem.

⁶⁷⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 121 e ss.

⁶⁷⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 49.

⁶⁷⁸ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 1969, p. 162-163.

⁶⁷⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68.

⁶⁸⁰ A propósito, tal previsão foi trazida nos enunciados 257 e 258 do FPPC: “257 - (art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. “258 - (art. 190) As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

A execução civil é, por sua vez, ambiente propício ao negócio jurídico processual, ainda que se reconheça a preponderância da natureza pública/estatal nessa jurisdição, sobretudo, porque são praticados atos coativos e de força pelo Estado/Juiz que, ordinariamente, são vedados ao particular. Em um cotejo entre o publicismo e o privatismo, a atividade executiva é permeada de exemplos que denotam autonomia das partes, mormente, pelos princípios dispositivo e do debate⁶⁸¹. Vê-se a possibilidade, nesse contexto, de o exequente desistir de toda a execução ou de apenas parte dela, independentemente da vontade do executado, excepcionando apenas a hipótese de essa defesa versar sobre questões relacionadas à relação jurídica material (arts. 513 e 775, *caput* e parágrafo único). Ainda, em regra, a execução não se inicia de ofício, dependendo para tanto do interesse e iniciativa do credor/exequente.

De outra banda, é possível a criação de diversos negócios processuais executivos típicos, tais como o pacto de impenhorabilidade (art. 833, I), a escolha do executado como depositário do bem penhorado (art. 840, § 2º) ou depositário-administrador no caso de penhora de frutos e rendimentos (art.869), o acordo de avaliação do bem penhorado (art. 871, I) e a suspensão negocial da execução (art. 921, I, c/c art. 313, II; e art.922). Bem por isso, Teresa Arruda Alvim pontua que a “autorregulação entre as partes mediante celebração de negócios jurídicos processuais acerca de aspectos procedimentais da ação judicial que, porventura, mantenham entre si, vê-se prestigiada nestes arts. 190 e 191”⁶⁸² do Código de Processo Civil.

Assim, ao lado do direito do credor à execução forçada, face mais publicista do processo, há, também e concomitantemente, o direito à execução negociada⁶⁸³, pelo menos em alguns aspectos da execução. De um lado, o Estado juiz age soberanamente para impor o cumprimento das suas decisões e da norma concreta prevista nos títulos executivos em geral. De outro, respeita certa margem de conformação negocial do procedimento, em decorrência do respeito ao

⁶⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo; Fredie Didier Junior. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

⁶⁸² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p. 397.

⁶⁸³ Expressão cunhada por Antônio do Passo Cabral e Fredie Didier Jr (Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018).

autorregramento da vontade e da primazia da solução mais adequada e eficaz do processo.

Nota-se, portanto, que é possível que os negócios jurídicos processuais sejam celebrados prevendo disposições acerca da execução, como é o caso daqueles que versam sobre a criação de novas hipóteses de impenhorabilidade e a renúncia do respectivo benefício (direito) que venha a incidir sobre determinado bem. Como bem afirma Marcelo Pacheco Machado, é indiferente falar em *direitos que admitam autocomposição* ou em *direitos patrimoniais disponíveis*, pois “autocomposição é essencialmente um produto da autonomia privada e pode apenas ocorrer nos casos de direitos patrimoniais aos quais as partes, pela sua manifestação de vontade, têm autorização para dispor livremente a respeito”⁶⁸⁴.

Conforme foi objeto de análise em tópico próprio (vide tópico 5.2), ressalvados os casos de impenhorabilidade material (bens inalienáveis e, por consequência, impenhoráveis), as regras de impenhorabilidade são, *prima facie*, regras disponíveis. Dessa forma, se determinado bem pertence ao patrimônio disponível do executado, de modo que possa ser alienado, inclusive extrajudicialmente, também haverá a possibilidade de disposição – ou renúncia – ao benefício da impenhorabilidade sobre esse bem. Também se afiançou que, as regras de impenhorabilidade, *a priori*, não servem à proteção da ordem pública, mas sim à proteção do executado⁶⁸⁵.

Logo, qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor poderá ser objeto de expropriação por sua vontade⁶⁸⁶ e, por ser direito disponível do executado⁶⁸⁷, a

⁶⁸⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 346.

⁶⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 37.

⁶⁸⁶ É o que informa Araken de Assis (*Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 337). Também nesse sentido: Fredie Didier Junior (Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, p. 30-50, 2009).

⁶⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381-382.

impenhorabilidade poderá ser renunciada nesses casos, sob pena de atingirmos a incapacidade civil do proprietário⁶⁸⁸.

A própria legislação ordinária estabelece exceções à oponibilidade da impenhorabilidade. Dessa forma, a Lei 8.009/90 reconhece a possibilidade de renúncia ao direito de impenhorabilidade do bem de família quando, em seu art. 3º, inciso V, permite sua penhora se o imóvel for oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar. Ainda, quando em seu art. 3º, VII, permite a penhora do bem de família do fiador em um contrato de locação residencial⁶⁸⁹. O Código de Processo Civil permite, por sua vez, a celebração de convenção processual sobre impenhorabilidade em seu art. 833, inciso I. Imagine-se, a respeito, hipótese de acordo pré-processual entre as partes para que, como condição de viabilidade do negócio jurídico original, o devedor renuncie ao direito de impenhorabilidade de bem disponível caso venha a ser executado judicialmente pela obrigação.

Demais disso, a jurisprudência do STJ reconhece a legalidade do empréstimo com desconto em folha de pagamento, tendo em vista a autonomia da vontade e a possibilidade de obtenção de condições mais favoráveis para o consumidor⁶⁹⁰. Na mesma linha, a respectiva Corte de Justiça também admite a penhora dos rendimentos do devedor (normalmente até 30%) quando se tratar de contrato bancário com pactuação de desconto por consignação em folha⁶⁹¹.

Nesse ponto, é interessante notar que a Lei 10.820/2003 (com alteração pela Lei 13.172/2015) autoriza o comprometimento de 30 a 35% dos vencimentos do devedor para pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil. Havendo a possibilidade de disposição voluntária pelo devedor de fração do salário para o adimplemento das obrigações acima listadas, razão lógica não há para que seja vedada uma convenção processual de renúncia à impenhorabilidade do

⁶⁸⁸ Como percebido pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 407.688 ao tratar sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador (STF, rel. Min. César Peluso, Pleno, j. 08.02.2006).

⁶⁸⁹ Nesse sentido, MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 161-167.

⁶⁹⁰ STJ, AgRg no REsp 1394463/SE, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., dj 05.02.2014.

⁶⁹¹ STJ, AgRg no AREsp 677.476/DF, rel. Min. Moura Ribeiro, dec. monocrática, j. 28.04.2017; STJ, AgRg no AREsp 677.476/DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., j. 19.05.2015.

salário (art. 833, IV, do CPC)⁶⁹², nos limites e termos da respectiva lei, conforme autorizado pelo art. 190 do CPC.

Na esteira dos exemplos citados por Marcelo Pacheco Machado, pode-se imaginar a hipótese de negócio jurídico processual sobre impenhorabilidade quando o devedor, a despeito de perder pela penhora sua casa própria, teria fonte de renda remanescente, bem como capacidade de trabalho para custear outro local, ainda que em padrão social inferior⁶⁹³. Ou, ainda, quando as partes renunciarem aos limites financeiros de impenhorabilidade do salário, permitindo penhora sobre quantias, ainda que sobre salários e vencimentos inferiores a 50 salários mínimos, mas suficientes para a garantia de uma vida digna⁶⁹⁴.

A realização de negócio jurídico processual sobre impenhorabilidade é a consagração do direito fundamental à liberdade e à valorização do princípio da disponibilidade e da autonomia da vontade (autonomia privada) no processo civil, os quais encontram albergio em diversos dispositivos do código adjetivo como, por exemplo, os arts. 2º, 3º, §1º, 141, 166, §4º, 190, 490, 515, inciso III. Assim, se o devedor/executado oferece *sponte própria* o bem legalmente tido por impenhorável, seja em virtude de negócio processual judicial, extrajudicial (como em garantia real em contratos e hipoteca) ou por indicação nos autos do processo, está a realizar a chamada *renúncia abdicativa processual do direito* que lhe era assegurado.

É bem verdade que tal posicionamento não é uníssono na doutrina. Há quem entenda, na linha do que vem sendo decidido pelo STJ⁶⁹⁵, que a impenhorabilidade é matéria não afeta à renúncia ou disponibilidade, por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública diretamente ligado à garantia da dignidade da pessoa humana⁶⁹⁶. Contudo, como se viu, a impenhorabilidade não decorre, como regra, de

⁶⁹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Convenções processuais atípicas na execução civil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil-30102017#_ftn4>. Acesso em 05 de janeiro de 2019.

⁶⁹³ MACHADO, Marcelo Pacheco. *O negócio processual de renúncia à impenhorabilidade*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016>>. Acesso em 15 de março de 2019.

⁶⁹⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. *O negócio processual de renúncia à impenhorabilidade*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016>>. Acesso em 15 de março de 2019.

⁶⁹⁵ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1463694/MS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 1ª T., j. 06.08.2015; STJ, AgRg no AREsp 537034/MS, rel. Min. Raúl Araújo, 4ª T., j. 26.08.2014;

⁶⁹⁶ Veja-se a respeito, a conclusão desenvolvida por Rodolfo Kronenberg Hartmann: “Há, também, enunciado do FPPC nesse sentido, quanto à possibilidade de pacto renunciando a impenhorabilidade

norma cogente e, sendo o bem disponível e alienável extrajudicialmente, poderá ser objeto de negócio jurídico processual pelo executado⁶⁹⁷, inclusive por meio de renúncia unilateral.

Veja-se, então, que o negócio jurídico processual que versa sobre à regra de impenhorabilidade poderá tratar-se: a) de *negócio processual típico*, como nos casos em que as partes celebram pacto de impenhorabilidade (art. 833, I do CPC); b) de *negócio processual atípico unilateral*, quando se tratar de renúncia expressa ou tácita pelo devedor, tais como indicação voluntária do bem à penhora ou escoamento do prazo para defesa sem manifestação ou impugnação quanto à (im)penhorabilidade (preclusões), ou; c) *negócio processual atípico bilateral*, quando firmado por meio de convenção processual abdicativa, antes ou durante o curso do processo.

Não se duvida que a autonomia e a liberdade das partes possam sofrer limitações dentro do processo. Porém, estas limitações devem estar devidamente justificadas em princípios da mesma envergadura constitucional, tais quais a imparcialidade, o contraditório, a efetividade da tutela jurisdicional e a igualdade e não, simplesmente, a partir de regras sem nenhuma justificativa principiológica⁶⁹⁸. Por razão disso, somente será possível a realização de negócio processual de renúncia à impenhorabilidade, desde que, ponderando os princípios e direitos fundamentais conflitantes (proporcionalidade em sentido estrito) no caso concreto, seja possível dar maior valorização à dignidade do credor, à efetividade do processo e à autonomia privada sem configurar situação que condene o devedor a penumbra degradante da

do bem. Contudo, a jurisprudência, notadamente a do STJ, sempre foi refratária a esse entendimento, o que parece o mais acertado. Com efeito, basta uma atenta leitura da norma em comento (art. 833), para se chegar à conclusão de que, naquelas situações em que o legislador erigiu um bem como impenhorável, pautou-se em um critério razoável para proteger um direito ou interesse extremamente relevante, como vestuário, utensílios domésticos, exercício de profissão, dentre outras mais. Logo, não poderia essa proteção, diretamente ligada à garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB-88), ser renunciada em negócio processual” (Os Negócios Processuais [Primeiras Impressões]. *Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro*. Vol. 18, n. 70, 2015. p. 29).

⁶⁹⁷ CABRAL, Antônio do Passo; Fredie Didier Junior. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

⁶⁹⁸ SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: Da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. 2016. Tese (doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS, p. 354.

vida, deixando-o sem lar ou sem condições de custeio do mínimo necessário para uma vida digna⁶⁹⁹

Aderindo as partes ao negócio processual entabulado, passam a ser submetidas ao que foi estipulado e, uma vez observados os requisitos do art. 190 do CPC e sendo válido o negócio jurídico processual (formal e materialmente)⁷⁰⁰, o juiz vê-se obrigado a proceder com a sua homologação, ficando a ele vinculado⁷⁰¹.

Há que se ter maior controle sobre as convenções processuais entabuladas entre pessoas que se encontram em flagrante situação de vulnerabilidade em relação a outra parte no negócio, conforme parágrafo único do art. 190 do CPC⁷⁰². Assim, encontra-se a situação de alguns consumidores (que podem ou não possuir vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica ou informacional no caso concreto) e daquelas pessoas que se encontram em situação de hipervulnerabilidade, tais como pessoas em estado de miserabilidade, analfabetas ou de baixa escolaridade, idosos (Lei 10.741/03) e deficientes – art. 2º do Estatuto do Portador de Deficiências (Lei 13.146/15).

Contudo, tais vulnerabilidades são relativas e não ostentam caráter absoluto. Dessa forma, deve-se analisar, no caso concreto, a situação que originou a vulnerabilidade da parte e se, de fato, há prejuízo que mereça o controle judicial⁷⁰³, sendo que, na

⁶⁹⁹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *O negócio processual de renúncia à impenhorabilidade*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-negocio-proces-sual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016>>. Acesso em 15 de março de 2019.

⁷⁰⁰ Deve o juiz proceder com a averiguação, no caso concreto, da respectiva validade do negócio jurídico processual. Dessa forma, não poderá o negócio representar afronta desproporcional ou irrazoável a direito fundamental de qualquer das partes ou contrário ao ordenamento jurídico. Conforme deixa claro o art. 8º do CPC “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Eis, portanto, balizas axiológicas de como deverá o juiz proceder para a averiguação e, eventual, homologação do negócio processual.

⁷⁰¹ Também não poderá o negócio jurídico processual ter como objeto as posições processuais do juiz (conforme Enunciado 36 da ENFAM), visto que as partes não podem dispor de uma posição processual da qual não sejam titulares.

⁷⁰² “Art. 190 – [...] Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

⁷⁰³ *E.g.*, se a parte estiver assistida por representação técnico-jurídica presume-se que não haja vulnerabilidade no caso. Vale apontar, a respeito, o Enunciado 18 do FPPC de acordo com o qual “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

dúvida, deve-se beneficiar a livre disposição dos bens e a autonomia da vontade. Lembrando que não há que se falar em hipervulnerabilidade de pessoa jurídica.

Não se encontra óbice para que eventual negócio processual verse sobre o afastamento da impenhorabilidade no caso concreto, desde que, atendido o critério subjetivo (capacidade jurídica e processual das partes) dos negócios processuais, não se verifique infrações: i) aos deveres de observância compulsória das partes (arts. 77, 78 e 774 do CPC); b) às matérias indisponíveis, como os vários exemplos elencados no rol do art. 5º da Constituição Federal (as regras de impenhorabilidade não dizem respeito à direitos indisponíveis – vide tópicos 5.2 e 6.4.1); c) aos deveres de motivação das decisões judiciais (art. 489 do CPC); d) à competência improrrogável; e) aos deveres-poderes instrutórios do juiz; f) às condições da ação; g) ao devido processo legal e às garantias constitucionais do processo; h) aos direitos fundamentais das partes - podendo, entretanto, haver mitigação destes no caso concreto e; i) à vedação da prova ilícita.

5.3.2. A criação de novas hipóteses de impenhorabilidade por vontade das partes. É possível?

Caminho menos tortuoso está em se saber se é válida a convenção processual que cria nova hipótese de impenhorabilidade além daquelas típicas, previstas expressamente pela legislação ordinária. O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) aprovou o enunciado nº 19 que trata sobre a possibilidade, dentre outras, de elaboração de negócio processual sobre impenhorabilidades⁷⁰⁴, o que corrobora

⁷⁰⁴ Enunciado 19 do FPPC: “(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogoratórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal”.

da linha seguida por grande parte da doutrina processualista nacional. A doutrina e a jurisprudência não parecem oferecer maiores entraves à aceitação dessa possibilidade, o que não significa sua unanimidade⁷⁰⁵.

Aliás, não é estranha a possibilidade de realizar negócio jurídico sobre (im)penhorabilidade (pacto de impenhorabilidade) que tenha por objeto a extensão da proteção à inexpropriabilidade de um bem. O art. 833, I, do CPC traz hipótese de negócio processual típico sobre impenhorabilidade ao estabelecer que os bens declarados impenhoráveis por ato voluntário não estão sujeitos à execução. Ainda, no âmbito dos negócios jurídicos processuais típicos, são exemplos de hipóteses de impenhorabilidade nascidas de atos de vontade: a instituição de bem de família voluntário (previsto no Código Civil) e de bens clausulados (gravados com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade).

De fato, quando se está a criar nova hipótese de impenhorabilidade, por meio de convenção processual, desaparece a discussão a respeito da *ratio* que fundamenta a manutenção das hipóteses de impenhorabilidade para o devedor/executado, ou seja, suprime-se a querela em torno do afastamento do princípio da dignidade humana e da manutenção do mínimo existencial do devedor/executado. Importa frisar que a convenção processual que tencione criar um patrimônio protegido de penhoras judiciais vale apenas perante seus signatários, não podendo ser estendida a terceiros que não façam parte do negócio⁷⁰⁶.

O CPC permite, portanto, a criação de negócios jurídicos (pré)processuais sobre penhorabilidade. Assim, por intermédio do art. 835, § 3º c/c art. 848, II, as partes podem instituir direito real de garantia indicando, previamente no contrato, quais bens poderão ser objeto de penhora e liberando o restante do patrimônio da responsabilidade patrimonial até que se demonstre que o bem garantidor não será

⁷⁰⁵ Marcelo Abelha Rodrigues (*Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 45-46) entende não ser possível a criação de restrições à responsabilidade patrimonial por intermédio de convenções processuais, sob pena de tornar inócua a garantia legal contra o inadimplemento. Defende o autor que o art. 789 do CPC reserva tal possibilidade unicamente às *restrições estabelecidas em lei*. Contudo, o mesmo autor entende ser possível a pactuação de ampliações à responsabilidade patrimonial por meio de negócio jurídico, ante ser depois de iniciado o processo.

⁷⁰⁶ Assim, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou que o pacto de impenhorabilidade de título patrimonial presente em estatuto social de clube desportivo se limita à entidade e aos seus sócios, que anuíram ao acordo, não podendo ser aplicado a terceiros, salvo exceções previstas em lei (STJ, REsp nº 1475745/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª T., j. 24.04.2018).

suficiente para saldar a execução. Também se vê possível a hipótese de formulação, com base no art. 190 do CPC, de negócio jurídico processual que institua crédito com garantia real, indicando preferência na penhora de determinado bem quando de uma execução, sem a necessidade de constitui-lo, para tanto, em hipoteca.

É simples perceber que os holofotes da tutela da dignidade humana estão quase sempre voltados ao devedor, visto que para se afastar a impenhorabilidade legal de um bem as discussões doutrinárias e jurisprudenciais se estendem para além do razoável, enquanto para o incremento das hipóteses de sua incidência a aceitação é praticamente pacífica. Esquece-se que o credor também é sujeito que encerra dignidade humana e senhora direito fundamental à tutela executiva satisfativa que, sobre determinadas circunstâncias, está diretamente relacionada à manutenção de sua própria dignidade e sustento.

5.4. A utilização de meios executivos atípicos na execução: uma possível solução para o problema da inefetividade em função da impenhorabilidade?

Não há dúvidas de que a execução é um dos ambientes processuais mais propícios para o exercício da liberdade negocial prevista no art. 190 do CPC. É na execução que se busca dar, efetivamente e na medida do possível, o mesmo bem que o credor teria direito por meio do adimplemento voluntário da obrigação por parte do devedor⁷⁰⁷. É na execução que os *dizeres* buscam se tornar *fazer*es.

Em toda obrigação de pagar quantia são os meios executivos, e não a norma jurídica concreta espelhada em um título executivo, os capazes de, concretamente, outorgarem a tutela do direito material violado ou evitarem sua violação⁷⁰⁸, caso seja necessário socorrer-se à execução forçada. Por isso, a escolha e a adoção dos meios executivos mais adequados, proporcionais e eficientes para se conseguir êxito no

⁷⁰⁷ GRECO, Leonardo. *O processo de execução – V. I.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 161.

⁷⁰⁸ Como bem lembrando por Guilherme Peres de Oliveira: *Negócio Jurídico Processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil.* 2017. 202 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2017.

cumprimento de uma obrigação ou norma jurídica está diretamente relacionadas ao sucesso de uma execução civil.

A Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) trouxe, como uma de suas principais inovações no que diz respeito aos poderes do juiz, a previsão do art. 139, IV, o qual reza que o magistrado determinará todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. O dispositivo funciona como uma cláusula geral de promoção à efetividade, consagrando de forma clara o princípio da atipicidade dos meios executivos.

Conforme bem ressaltado pelo professor Marcelo Abelha Rodrigues não é o nome dado à medida adotada por força do art. 139, IV, do CPC que definirá a sua natureza, senão o fim a que se atina⁷⁰⁹. Nesse contexto é preciso não confundir as *medidas processuais punitivas* com as *medidas processuais coercitivas*, ambas possíveis de aplicação ao executado e derivadas do aludido dispositivo legal.

Apesar dos incisos III⁷¹⁰ e IV do art. 139 do CPC apresentarem certa proximidade no sentido de adoção de medidas executivas contra o executado, possuem modalidade de atuação e finalidades distintas. Pelo inciso III, busca-se reprimir atos contra a dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias, ostentando, portanto, natureza precipuamente punitiva (punição em virtude de atos já praticados pelo sujeito processual). Já o inciso IV do sobredito dispositivo busca servir como instrumento para a realização de um comportamento pelo executado, desferindo medidas de execução direta ou indireta para assegurar o cumprimento das ordens judiciais⁷¹¹.

⁷⁰⁹ "(...) é preciso ter muito clara a percepção de que o que define uma medida processual como coercitiva ou punitiva é a sua finalidade imediata, ou seja, se ela serve de instrumento para se obter um resultado a realizar ou se ela serve para punir uma conduta já realizada. Não é propriamente o seu nome que identifica se é coercitiva ou punitiva a medida processual. Frise-se, é a sua função, sua finalidade" (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em <<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019).

⁷¹⁰ Art. 139 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias.

⁷¹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em <<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que>>.

A utilização de medidas executivas atípicas, em virtude da aplicação do art. 139, IV do CPC, não poderá servir à desvirtuação do instituto, qual seja, de meio de coerção da vontade. Se a medida coercitiva ou indutiva adotada busca trazer maior efetividade à execução, de modo menos oneroso ao executado, então não se poderá distorcer a *ratio* de sua incidência – a de estímulo psicológico – para transmuda-la em medida *punitiva*, máxime se não houver evidências razoáveis o bastante para se demonstrar que o devedor oculta ou dissipa patrimônio de forma voluntária e usufrui de uma vida mais abastada do que aquela que demonstra no processo.

Conforme esclarece Cândido Rangel Dinamarco é preciso distinguir “o devedor infeliz e de boa-fé, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias (...) e o caloteiro chicanista, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juízes como instrumento a serviço de suas falcatruas”⁷¹². A adoção de medidas executivas atípicas na execução só faz sentido em relação a este último, pois em relação ao primeiro serviria como sanção processual, visto que impossível de ser cumprida.

Dessume-se, por tal ilação, que o desiderato primário da aplicação das sanções constitui a principal distinção das duas modalidades de medidas executivas, sendo a *tipicidade* característica imanente das punitivas e a *atipicidade* uma possibilidade franqueada (em determinadas circunstâncias) ao juiz para aquelas de caráter coercitivo ou indutivo. Leonardo Greco⁷¹³ observa que não se pode confundir as coações indiretas com as sanções à litigância de má-fé ou com os atos atentatórios à dignidade da justiça, de índole punitiva, pois para essas exige-se tipicidade, enquanto as coações indiretas podem ser atípicas, devendo respeitar, contudo, determinados pressupostos.

Diferentemente do direito de tradição anglo-saxônica, em que os atos de punição – conhecidos como *criminal contempt of court* – e os atos de coerção – *civil contempt of court* – derivam de um mesmo poder atribuído ao julgador (*inherent power*),

fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019).

⁷¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.

⁷¹³ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 411.

tornando-se muito tênue a linha distintiva entre ambos⁷¹⁴ (um mesmo ato pode constituir ambas as espécies⁷¹⁵), no Brasil tal distinção é claramente atribuída pelo legislador nos incisos III e IV do art. 139 do CPC, respectivamente. A abertura legislativa é para a aplicação de medidas coercitivas ou subrogatórias, não servindo, portanto, às medidas punitivas aplicáveis em virtude da violação ao dever de boa-fé ou colaboração ou em função da incidência do inciso III, do art. 139 do CPC⁷¹⁶.

Ademais, as medidas executivas coercitivas não devem ser utilizadas para criar castigos ou prejuízos para o executado sem que se passe pelo crivo, em concreto, das regras da necessidade, adequação, proporcionalidade e razoabilidade⁷¹⁷. Explica-se.

A *necessidade* está relacionada à imprescindibilidade da adoção daquela medida executiva para se alcançar a satisfação da tutela do direito, de modo que já não se mostra eficiente a aplicação de outras medidas executivas típicas ou menos gravosas para o executado. A *adequação* é critério axiológico atinente ao nexo entre o *meio* adotado e o *fim* colimado, de forma que aquele guarde correspondência lógica e compatível como meio idôneo a proporcionar o atingimento do fim. Uma medida será adequada quando “exercer suficiente pressão sobre a vontade do devedor, de modo a induzi-lo a cumprir a prestação devida”⁷¹⁸. Não seria adequada, portanto, medida que aplique *astreinte* em devedor sabidamente alcançado pela insolvência civil.

⁷¹⁴ MOSKOVITZ, Joseph. *Contempt of injunctions, civil and criminal*. London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943, p. 780-781.

⁷¹⁵ Já tivemos a oportunidade de falar, em outro ensaio específico sobre o assunto, que “uma conduta desrespeitosa ao tribunal pode ser passível, concomitantemente, de *contempt civil* e *criminal*, tanto no processo civil, quanto no penal. É dizer, um civil *contempt* tanto pode ser cometido durante um processo civil como em um processo penal, valendo a mesma regra para o *criminal contempt*” (GIUBERTI, Vander Santos. *In: II Congresso de Processo Civil Internacional*. 2017, Vitória. Anais eletrônicos. *Contempt of Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro*. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2019). A respeito, ver por todos: DOBBS, Dan B. *Contempt of court: a survey*. *Cornell Law Review*, v. 56, 1971, p. 237.

⁷¹⁶ “Como existe uma atipicidade dos meios executivos, é certo que o magistrado está ‘livre’ para escolher em cada caso concreto, com fulcro no artigo 139, IV do CPC, as medidas processuais (coercitivas ou subrogatórias) que sejam adequadas, necessárias, proporcionais e razoáveis para assegurar o cumprimento da ordem judicial.

Por outro lado, o mesmo não se passa com as sanções processuais imputáveis àquele que viola o dever de boa-fé e colaboração com a Justiça. Aqui não há a tal da atipicidade de sanções, antes o contrário” (*O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em <<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019).

⁷¹⁷ Tais conceitos já foram tratados com maior profundidade no tópico 2.2.5.3 (retro).

⁷¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 176.

Proporcionalidade é postulado⁷¹⁹ que “se destina, como já afirmado e reafirmado, a evitar excessos nos atos do Poder Público”⁷²⁰. Trata-se, aqui, da proporcionalidade em sentido estrito⁷²¹. Por tal meio de interpretação e justificação o juiz deve sopesar “os benefícios e prejuízos decorrentes de se privilegiar o princípio da efetividade, com o uso de medidas coercitivas com aquele derivado da preferência pela garantia da esfera jurídica da pessoa do devedor, ao serem elas denegadas”⁷²². Há aqui verdadeira utilização da hermenêutica aplicável aos conflitos entre direitos fundamentais (direito fundamental do credor à tutela executiva satisfativa e direitos fundamentais do devedor que garantam o respeito ao princípio da dignidade humana), de modo a ser considerada a pertinência das considerações feitas até agora sobre a teoria dos direitos fundamentais.

A razoabilidade, por sua vez, importa na análise não apenas do bem jurídico protegido por um princípio constitucional ou na medida/meio em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas na aplicação daquela medida para determinado indivíduo, ou seja, traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça⁷²³. A razoabilidade não pressupõe, portanto, uma relação entre meio e fim – tal qual a regra de proporcionalidade – mas, sim, uma relação entre o geral e o particular⁷²⁴.

⁷¹⁹ Humberto Ávila caracteriza a proporcionalidade como *dever* (postulado normativo aplicativo) que orienta a estrutura de princípios. Portanto, para o autor, a proporcionalidade não seria regra, tampouco princípio. Para tanto, afirma que “o dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma princípio. Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrelaçamento com outros princípios (...) O dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo.” (ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *In: RDA*, Rio de Janeiro, 215, jan./mar. 1999, p. 169-170)

⁷²⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. Princípio da proporcionalidade na execução civil. *In: BRUSCHI, Gilberto (Coord.). Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006, p. 325.

⁷²¹ Conforme explica Marcelo Lima Guerra (*Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 174-175) “a melhor doutrina reconhece que o conteúdo do princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios ou ‘princípios parciais’, a saber: o princípio da adequação (ou pertinência), o da exigibilidade (ou da necessidade, ou ainda da escolha do meio mais suave) e o da proporcionalidade em sentido estrito (ou da determinação de sopesamento)”.

⁷²² GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 176.

⁷²³ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *In: RDA*, Rio de Janeiro, 215, jan./mar. 1999, p. 173-174.

⁷²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 169-170.

As medidas executivas atípicas devem trazer, portanto, um liame indissociável entre sua instrumentalidade - servir como o melhor meio entre os possíveis – e o fim almejado – cumprimento da prestação ou da ordem judicial⁷²⁵. Ademais, devem ser aplicadas em caráter subsidiário⁷²⁶, ou seja, apenas quando o procedimento típico previsto em lei para execução comum de obrigação de pagar quantia certa, mormente por meio da penhora e da expropriação de bens, mostrar-se inócuo para debelar a crise de adimplemento⁷²⁷. Por fim, deve haver respeito ao contraditório (arts. 9º e 10 do CPC), ainda que diferido, devendo a decisão ser devidamente fundamentada (arts. 11 e 489, §1º do CPC). Eis, portanto, os critérios adotados como limites para a adoção de medidas executivas atípicas.

No que atine especificamente às regras de impenhorabilidade, as medidas executivas atípicas não podem proibir a utilização de bem sabidamente impenhorável, visto que tal medida se configuraria na própria apreensão do bem, consistindo, portanto, em ato preparatório do ato complexo da penhora. Também não pode se coadunar com medida executiva que busca pressionar o executado a abrir mão “voluntariamente”⁷²⁸ do seu direito à impenhorabilidade sobre um bem. Como informam Jorge Bheron Rocha, Bruno Campos Silva e Diego Crevelin de Sousa, é evidente “que o direito pátrio não admite esta *contraditio in terminis*, sendo inaceitável a coexistência de regra protetiva do executado com outra que concede ao juiz poderes para forçar (ainda que indireta e veladamente) o executado a abrir mão daquela proteção”⁷²⁹.

⁷²⁵ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. *In*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 411.

⁷²⁶ Enunciado 12 do FPPC: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”.

⁷²⁷ Nesse sentido ver a respeito: Daniel Amorim Assumpção Neves (Medidas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *In*: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 646. Também José Miguel Garcia Medina (*Novo código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 1.071).

⁷²⁸ Na verdade, apesar de ser medida tomada pelo próprio executado, não se pode considerá-la efetivamente voluntária. Nesses casos o executado só abre mão do seu direito à impenhorabilidade para ver-se livre de um gravame imposto sem obediência aos critérios de razoabilidade, proporcionalidade, necessidade e adequação.

⁷²⁹ ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUZA, Diego Crevelin de. *Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylokiano do art. 139, IV, CPC*. Disponível em: < <https://emporiadodireito.com.br/leitura/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

Nessa mesma linha, defendendo a impossibilidade de utilização das técnicas atípicas como meio transverso de esvaziar as garantias da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial do devedor, esclarece Cristiano Duro que “ao não se encontrar bens passíveis de penhora do devedor, a imposição de medidas restritivas de direito nada mais fazem do que forçar o devedor a se desfazer de bens protegidos pela lei para cumprir a prestação (...)”⁷³⁰. É interessante notar que o citado autor, a diferença do que aqui se defende, não admite a utilização de técnicas executivas atípicas quando não existir lacunas procedimentais⁷³¹, mas tão somente quando o próprio ordenamento trazer sua previsão, a exemplo do art. 536 do CPC.

Por certo, as medidas executivas atípicas tomadas com base no art. 139, IV do CPC, não servem a forçar o executado a renunciar ao direito à impenhorabilidade dos seus bens. Além de ferir o princípio da liberdade, da dignidade humana e da autonomia privada, tais medidas representariam uma afronta direta aos direitos fundamentais de propriedade e autorregramento. Contudo, se vê como possível a hipótese de aplicação de medidas atípicas quando, tomadas em caráter subsidiário e ante a falta de bens suficientes a satisfazer a execução, as provas trazidas ao processo demonstrarem que o executado usufrui de vida significativamente mais abastada em relação àquela que se apresenta nos autos, não havendo, de outro lado, qualquer comprovação razoável da origem daqueles bens ou valores.

Dessa forma, ante a demonstração da prática de abuso de direito por parte do executado, configurada mediante ocultação de bens e valores a fim de frustrar, deliberadamente, a execução em curso, vê-se possível a imposição de medidas atípicas que visem a imposição de deveres de justificativa ou de comprovação da origem do patrimônio usufruído pelo executado. Imagine, e.g., a hipótese do executado que, a despeito de já terem sido efetuadas as buscas possíveis pelos meios judiciais e extrajudiciais disponíveis e aparentemente não possuir bens penhoráveis

⁷³⁰ DURO, Cristiano. *Execução e democracia – A tutela executiva no processo constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 236.

⁷³¹ “Se inexistente lacuna sobre as medidas e técnicas executivas a serem adotadas, não se pode falar em integração do ordenamento por meio dos poderes gerais do juízo (...) Não é o critério de efetividade condição de utilização destas técnicas, não podendo se admitir que a simples existência de execução frustrada possibilite (sic) ao juiz lançar mão dos poderes gerais para forçar o devedor a pagar a dívida” (DURO, Cristiano. *Execução e democracia – A tutela executiva no processo constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 234-235). Na mesma linha, Araken de Assis manifesta preferência pela tipicidade dos meios executórios (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 194-195).

em seu nome, usufrui de vida luxuosa ou abastada, comprovada por meio de imagens e vídeos em suas redes sociais. Nesse caso, poderia se pensar na imposição de uma medida atípica temporária, com sua viabilidade analisada à luz estrita dos critérios de necessidade, proporcionalidade, razoabilidade e adequação ao caso concreto (podendo ser multas periódicas, proibição de frequentar determinados lugares, entre outras), a fim de pressionar o executado para que demonstre a origem lícita dos bens e valores que suportam seu estilo de vida.

As medidas executivas atípicas tomadas nesse caso serviriam à função de descortinar bens ou valores supostamente ocultos, possibilitando a eventual penhora e expropriação dos mesmos. É possível que haja, com o descortinamento desses bens ou valores antes não encontrados na execução, uma reavaliação da qualidade do bem que, anteriormente considerado impenhorável por lei (uma residência de família, por exemplo), poderia ser considerado penhorável em função de uma eventual alteração da sua situação legal⁷³².

É possível se pensar, outrossim, em convenção processual sobre medidas atípicas, na forma dos arts. 139, IV e 190 do CPC, a serem empregadas a fim de compelir o devedor a cumprir a obrigação ou a descortinar o patrimônio. É viável, como afirma Fernando Gajardoni, o “estabelecimento de medidas coercitivas e inibitórias, extra e pré-processualmente, para os casos de inadimplemento da obrigação (como a vedação do exercício de determinados direitos no período de inadimplemento)”⁷³³, podendo servir estas de relevante instrumento de pressão em favor da satisfação da execução ou da ordem judicial mediante descortinamento do patrimônio do executado.

⁷³² O executado passaria, por exemplo, a deter a titularidade de dois imóveis residenciais distintos, tornando o primeiro não mais impenhorável em virtude de não ser considerado como o único imóvel passível de ser utilizado como residência familiar (art. 1º da Lei 8.009/90).

⁷³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Convenções processuais atípicas na execução civil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil-30102017#_ftn4>. Acesso em 05 de janeiro de 2019

6. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

6.1. Origem histórica do instituto – do *Homestead act* ao Código Civil de 2002

A origem do bem de família remonta à República do Texas, ainda incipiente e recém emancipada no ano de 1836⁷³⁴, sendo anexada posteriormente, em 1845, ao território dos Estados Unidos da América como Estado-membro. O primeiro passo para a criação de uma lei que conferisse impenhorabilidade à morada familiar, ou sua isenção por dívidas⁷³⁵, se deu com a criação do *Homestead Exemption Act*, em 26 de janeiro de 1839 no Texas e, anos depois, com a regulamentação a nível nacional nos Estados Unidos por meio de lei federal (*Homestead Act*) de 20.05.1862.

Conta-nos Álvaro Villaça Azevedo que a origem e a razão do instituto reportam-se à grave crise econômico-financeira que assolou a região do Texas nos idos dos anos de 1837 a 1839⁷³⁶. Segundo o autor, nessa época, houve grande especulação por terras, rodovias, minas, canais e outras espécies de empresas, por quase todos os profissionais da época, acerca das terras incultas que se projetavam ao Oeste. Dessa forma, grande parte da população se endividou mediante a tomada de empréstimos e financiamentos com o setor bancário, que absorveu uma dívida de aproximadamente trezentos milhões de dólares⁷³⁷.

Frustradas as expectativas, os credores passaram a realizar penhoras em quase todos os bens dos devedores que, sem ter como quitar suas dívidas, sofriam pesadas execuções por preços irrisórios. Em face do desabrigo a que foram submetidas grande

⁷³⁴ “A Constituição Texana de 1936 delinear, antes da Lei do *homestead*, as linhas gerais do instituto, possibilitando a todo cidadão do Texas, com exceção de negros africanos e de seus descendentes, a obtenção, junto ao Governo, de uma pequena porção de terras do Estado, desde que fosse chefe de família, e porção menor, se celibatário” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27).

⁷³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado: Direito das coisas, ações imobiliárias, perda da propriedade imobiliária*. Tomo XIV. Atualizado por GUEDES, Jefferson Carús; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 181.

⁷³⁶ Conforme narra Macedo Couto “coincidindo com esse facto, manifestou-se intensa crise econômica e financeira nos Estados Unidos, em os anos de 1837-1839, determinando a imigração de americanos para o Texas. Uma multidão de proprietários rurais ou fazendeiros – “farmers” –, cujas terras tinham sido pelos credores penhoradas e vendidas por preços irrisórios, se estabeleceram então no Texas para refazer a fortuna” – preservou-se a redação do texto original lançado em 1917, posteriormente republicado na obra *Doutrinas Essenciais – Família e Sucessões*. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). Vol. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 637.

⁷³⁷ *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

parte das famílias texanas, em 1839 editou-se a Lei do *Homestead*, com o fim de assegurar um lar aos cidadãos, garantir sua moradia e, ao mesmo tempo, incentivar a colonização do território⁷³⁸.

A Lei Texana do *Homestead* livrou de qualquer execução judicial a área de terra rural de até 50 acres ou um lote de terreno urbano, compreendendo a habitação e melhoramentos que não ultrapassassem a monta de 500 dólares, bem como móveis e utensílios de cozinha que não excedessem a 200 dólares⁷³⁹. Interessante anotar que a Lei do *Homestead* trouxe, além da previsão da impenhorabilidade do bem imóvel, também a dos bens móveis domésticos⁷⁴⁰, a qual foi incorporada nas diversas legislações posteriores sobre o tema, inclusive a brasileira.

Nos anos seguintes, o instituto acabou se incorporando, com algumas particularidades, decerto, às diversas legislações estaduais que compunham o território do Estados Unidos, até culminar, finalmente, na edição do *Homestead Act* por lei federal, no ano de 1862⁷⁴¹.

⁷³⁸ VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 59-60.

⁷³⁹ Eis o teor da sobredita Lei: “De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de uma família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado *fieri facias* ou outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos de lavoura, todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-28). Para uma análise mais detalhada de como se desenvolveu o instituto do *homestead* nos Estados Unidos e em outros países próximos, confira-se, por todos, a detalhada exposição feita por Álvaro Villaça de Azevedo na obra referenciada.

⁷⁴⁰ Também desponta anotar que lei imperial do México, do ano de 1823, já trazia a previsão de isenção de penhora para certos bens pessoais e instrumentos de trabalho agrícola.

⁷⁴¹ Diferentemente da maioria das legislações estaduais, a lei federal, contudo, não protegia o colono após a outorga do título definitivo da gleba (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31). Além disso, a legislação federal obrigava o colono a depositar uma quantia de dinheiro (*affidavit*), bem como restringia aos cidadãos adultos e leais a posse das terras e privilegiava certas classes, como os veteranos de guerra: “First, a brief look at these remarkable Civil War statutes beginning with the May 1862 Homestead Act. It afforded loyal adult citizens access to a quarter section of public lands at a minimum \$1.25 per acre, with protection for preemptive squatters. Congress gave only a weak priority in homesteading to Union military veterans, one reflecting the aforementioned article of republican faith not to separate soldiers from the mass of citizens” (HYMAN, Harold M. *American Singularity: The 1787 Northwest Ordinance, the 1862 Homestead and Morrill Acts, and the 1944 G.I. Bill*. Athens: University of Georgia Press, 1986, p. 35).

No Brasil, cogitou-se pela primeira vez a proteção à residência familiar e ao bem de família no projeto de Código Civil apresentado por Coelho Rodrigues em 1893⁷⁴². Mas foi somente com a promulgação do Código Civil de 1916 que o instituto foi introduzido no direito brasileiro, sendo previsto nos arts. 70 a 73 daquele diploma civilista.

Inserido na parte geral do Código Civil, relativa aos bens, a impenhorabilidade do bem de família exigia, além da necessidade de se residir no imóvel, a declaração de isenção de execução por dívidas (art. 70, *caput*) mediante instrumento público inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa (art. 73). Ademais, a isenção se referia às dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores (art. 71, parágrafo único), razão pela qual a instituição permanecia relativamente ineficaz⁷⁴³ em relação a estas. Possivelmente em virtude das muitas exigências legais e burocráticas, somadas ao fato da criação de uma inalienabilidade do bem após sua instituição formal, o instituto acabou não “vingando” à época, sendo de pouca aplicação prática, tal qual ocorre hoje com o bem de família voluntário.

Com a promulgação e entrada em vigor da Lei 8.009/90 a mesma se tornou alvo de duras críticas, sobretudo pela classe dos advogados, não passando indene à vanguarda da sua ocasião. Nesse sentido, Carlos Gonçalves relembra que, à época de sua criação, a Associação dos Advogados de São Paulo tomou posição declaradamente contrária a Lei 8.009/90, entendendo dever ser a mesma revogada ou alterada para evitar torná-la um privilégio de solváveis e insolváveis⁷⁴⁴.

⁷⁴² Cf. ASSIS, Araken de. Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, out. 2009, p. 13.

⁷⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado: Direito das coisas, ações imobiliárias, perda da propriedade imobiliária*. Tomo XIV. Atualizado por GUEDES, Jefferson Carús; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 181; ASSIS, Araken de. Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, out. 2009, p. 14.

⁷⁴⁴ *Impenhorabilidade do bem de família*. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1994, p. 199-200. Lembra ainda o ilustre professor que tais críticas foram levadas a público por meio de artigo publicado no jornal DCI (Diário Comércio e indústria), de 15 e 16 de novembro, assinado pelo advogado Elias Farah, do qual se extrai o seguinte excerto: “a estabilidade da família precisa ser uma constante preocupação do legislador. A família não pode merecer, no entanto, proteção tal que implique prejuízos de credores legítimos ou de direitos sob a proteção da lei. A impenhorabilidade indiscriminada do imóvel, de tal ‘entidade familiar’, acarretará, ao contrário, aos seus proprietários, obstáculos no acesso às instituições de crédito. São prejudicados, portanto, credores e devedores”.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 trouxe nova redação ao instituto do bem de família voluntário, disciplinando-o de forma mais detalhada, sem, contudo, substituir seus aspectos gerais.

Dessa forma, duas espécies de bem de família coexistem atualmente na legislação ordinária, ambas incidindo sobre bens imóveis e móveis: a) o bem de família voluntário, decorrente da vontade dos cônjuges, companheiros ou terceiros, mas de utilização prática quase inexistente e; b) o bem de família legal ou obrigatório, resultante tão somente de estipulação legal (Lei nº. 8.009/90)⁷⁴⁵ e de comum alegação no âmbito dos tribunais.

6.2. Bem de família convencional e bem de família legal

A impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei nº 8.009/90 não revogou o instituto do bem de família voluntário, previsto no anterior diploma civil de 1916. Prova disso é que, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.402/2002), a previsão legal dessa modalidade se manteve, ainda que com modificações, sendo transferida para o livro próprio do direito de família, atendendo antigo anseio doutrinário⁷⁴⁶.

Ponto de destaque é a referência recíproca entre as duas legislações. Em seu art. 5º, parágrafo único, a lei nº 8.009/90 faz referência ao bem de família voluntário e encontra contrapartida no *caput* do art. 1.711, *fine*, do Código Civil, o qual estabelece que serão mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida pela legislação especial. Logo, há que se fazer a correta diferenciação

⁷⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de família*. Vol VI. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585.

⁷⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91-92. Em posição contrária, Rita Vasconcelos defende que, apesar da instituição do bem de família depender da convenção dos seus membros, a impenhorabilidade apresenta caráter de responsabilidade, além da proteção à moradia não depender da circunstância de estar o devedor inserido ou não em um contexto familiar, razão pela qual equivocou-se o legislador ao transportar o tratamento da matéria ao livro próprio do direito de família (*A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 60).

entre bem de família convencional (ou voluntário) e bem de família legal (ou obrigatório)⁷⁴⁷.

O bem de família convencional, ou voluntário, encontra previsão legal nos art. 1.711 *usque* 1.722 do Código Civil. Refere-se aqueles bens em que, para sua constituição e validade, é necessário ato de liberalidade do cônjuge, da entidade familiar ou de terceiros que, mediante escritura pública ou testamento, destinam parte de seu patrimônio para instituí-lo, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (art. 1.711, *caput*, CC/2002).

Ponto de destaque é a possibilidade de o bem de família poder ser estabelecido não só pelos cônjuges e pela entidade familiar, mas também por um terceiro, desde que por meio de testamento ou doação e desde que haja aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar (art. 1.711, parágrafo único, CC). Tal previsão, ainda que novel em nossa legislação, já era adotada desde 1942 pelo Código Civil italiano em seu art. 167⁷⁴⁸.

Como condição de validade na constituição do bem familiar convencional figura a exigência de ser instituído por *escritura pública*, *doação* ou *testamento*. Conforme adverte Carlos Roberto Gonçalves, a declaração de última vontade é essencialmente revogável, podendo o instituidor, assim, seja cônjuge, entidade familiar ou terceiro, revogar a todo tempo o testamento, inviabilizando unilateralmente o estabelecimento do bem de família⁷⁴⁹.

A eficácia da instituição de imóvel destinado para bem de família por testamento, como forma de negócio jurídico *causa mortis*, dependerá da ocorrência da morte do testador e desde que as dívidas deixadas pelo mesmo não absorvam todos os bens da

⁷⁴⁷ Sob outra denominação, tratando os primeiros como *bem de família* e os segundos como *bem de residência*, Marcelo Abelha (*Manual de execução civil*, p. 127-128). Araken de Assis (*A Nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro*. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 417) trabalha sob os conceitos de *bem de família* para se referir ao bem indicado no art. 1.711 do Código Civil e *residência familiar* para indicar aquele imóvel descrito pela Lei nº 8.009/90.

⁷⁴⁸ Art. 167: “Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia. La costituzione del fondo patrimoniale per atto tra vivi, effettuata dal terzo, si perfeziona con l'accettazione dei coniugi. L'accettazione può essere fatta con atto pubblico posteriore(...)”

⁷⁴⁹ *Direito Civil Brasileiro: Direito de família*. Vol VI. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 587.

herança. Ainda, deverá sua constituição ser feita “*pelo registro de seu título no Registro de Imóveis*”, quando instituído pelos cônjuges, companheiros ou por terceiro (art. 1.714 do CC), momento em que passará a gozar de isenção “*de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio*” (art. 1.715, do CC).

Há, ainda, a vinculação da impenhorabilidade dos bens móveis aos imóveis, sendo *conditio sine qua non* que esses últimos já tenham sido anteriormente constituídos como bem de família para que os primeiros adquiram, por conseguinte, essa condição. Nesse sentido dispõe o art. 1.712 do estatuto civil que o “bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”.

É de se notar que só haveria interesse na constituição de um bem de família de forma voluntária na hipótese do casal ou da entidade familiar possuir mais de um imóvel fixo utilizado para residência e desejar que o de maior valor torne-se impenhorável. Isso porque o único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente já é considerado impenhorável por simples força da lei, tendo como regra, na hipótese de aqueles serem possuidores de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade do imóvel de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado voluntariamente para este fim.

Por sua vez, o bem de família legal, ou obrigatório, torna-se impenhorável simplesmente em decorrência da Lei nº. 8.009/90, não necessitando, pois, de qualquer ato de liberalidade para que adquira tal condição. É a própria lei que assim determina sua impenhorabilidade e estabelece que não será objeto de expropriação por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

Abalizada doutrina, com a devida vênia e a despeito de promover a separação entre os institutos do bem de família convencional e legal ora retratados, parece ter se olvidado da atualização e distinção entre os conceitos de impenhorabilidade, alienabilidade e expropriabilidade quando da nova disciplina do bem de família trazido pela Lei 8.009/90, albergando-se, ainda e tão somente, naqueles previstos pelo

Código Civil de 1916⁷⁵⁰. Nesse sentido, Carlos Gonçalves, referindo-se à Lei 8.009/90, afirma que “se a lei tornou impenhorável o bem de família por ela instituído, ficou esse bem fora do comércio (...) por se insuscetível de apropriação e, por isso, inalienável, a teor do art. 69 do Código Civil⁷⁵¹” (de 1916).

O Código Civil de 2002 estabelece em seu art. 1.717 restrição de alienação tão somente ao bem de família convencional, ao dispor que o prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ser alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público. Conforme já referido em linhas anteriores, o simples fato de um bem ser considerado impenhorável pela legislação ordinária não significa, necessariamente, sua impossibilidade de alienação de forma particular ou extrajudicial.

Apesar das duas espécies de bem de família suprarreferidas compartilharem de princípios e finalidades similares, apresentam requisitos distintos entre si e geram efeitos próprios a cada uma. Por se tratar de modalidade pouco utilizada na prática, o bem de família convencional não será objeto de estudo detalhado neste trabalho, motivo pelo qual analisar-se-á a impenhorabilidade do bem de família legal, fazendo-se referência ao primeiro sempre que se mostrar proveitoso para a compreensão do estudo.

Interessa ressaltar, por fim, que a Lei nº 8.009/90 consagra a impenhorabilidade do *bem de residência*, ao contrário do que sugere a terminologia legal *bem de família*. Se a proteção não é restrita apenas ao imóvel, mas também aos bens móveis que sirvam à moradia, correspondentes a um médio padrão de vida, estendendo-se, outrossim, a todo aquele bem que sirva de residência para algum indivíduo, não haveria de incluir-se tão somente o bem imóvel de família como escudado pela proteção. Ademais, a terminologia *casa*, tal como utilizada pelo parágrafo único do art. 1º da referida lei, encontra-se em desencontro com a melhor interpretação. Isso porque o bem protegido

⁷⁵⁰ Faz-se aqui a ressalva de que, na forma como foi instituída no Código Civil de 1916 (arts. 70 *usque* 73), a impenhorabilidade do bem de família resultava também na sua inalienabilidade, acarretando prejuízos as famílias menos abastadas na medida em que impunha verdadeira imobilidade patrimonial. Com a Lei 8.009/90 eliminou-se a restrição de inalienabilidade visto que nesta a impenhorabilidade não interfere no regime das disposições patrimoniais. A respeito, ver: VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 60-61.

⁷⁵¹ *Impenhorabilidade do bem de família*. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1994, p. 181.

pode ser também um apartamento ou, ainda, móveis que guarnecem a residência, como visto. Melhor teria sido a utilização do termo *residência*⁷⁵².

6.3. Impenhorabilidade do bem de família pela Lei nº 8.009/90

A Lei nº 8.009/90, derivada da Medida Provisória 143, de 08.03.1990, surge em um momento no qual a economia nacional atravessava grande crise⁷⁵³, resultando no aumento da proteção legal aos devedores em virtude dos desastrosos planos econômicos adotados pelo Ministério da Economia, na gestão do então Presidente da República José Sarney⁷⁵⁴. Diante da imprevisibilidade da economia nacional e da alta inflação que assolava o país, a Lei 8.009/90 foi promulgada em 29.09.1990, pelo, à época, presidente do Senado Federal Nelson Carneiro, como limite ao exercício de direitos particulares e como *garantia de moradia* às famílias brasileiras⁷⁵⁵.

O art. 1º da Lei 8.009/90 considera impenhorável o “imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar”, o qual “não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam” salvo nas

⁷⁵² Em consonância com o que entende Álvaro Villaça Azevedo (*Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.)

⁷⁵³ VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

⁷⁵⁴ REDONDO, Bruno Garcia; MAIDAME, Márcio Manoel. Penhora da remuneração do executado e do imóvel residencial de elevado valor: uma ode ao seu cabimento independentemente da natureza do crédito. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102-103; GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do bem de família*. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1994, p. 45-46. Assim também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em voto do Min. Luis Felipe Salomão: “Cumpra verificar, ademais, que o bem de família, tal como instituído em nosso sistema pela Lei 8.009/90, surgiu em razão da necessidade de aumento da proteção legal aos devedores, em momento de grande atribulação econômica decorrente do malogro de sucessivos planos governamentais (...)” (STJ, REsp 715.259/SP, 4ª T., j. 05.08.2010, rel. Min Luis Felipe Salomão).

⁷⁵⁵ Em posição adotada veemente contrária à constitucionalidade da aludida lei, Carlos Callage assevera que “com a impenhorabilidade geral do patrimônio pessoal criada pela Lei 8.009, resta mutilada a atividade econômica das pessoas físicas que a Constituição visa a proteger” tornando “(...) inócua o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas (...) suprimindo as garantias e a eficácia do direito de crédito” garantido pela Constituição brasileira (Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 662, dez. 1990, esp. p. 62-63)

hipóteses previstas nos arts. 2º, 3º e 4º da mesma Lei⁷⁵⁶. Seu parágrafo primeiro estende a impenhorabilidade ao “imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Inicialmente, observa-se que há um preciosismo comum ao legislador brasileiro, o qual, ciente das dificuldades de compreensão encontradas pelos operadores do direito em um país de tão discrepantes níveis culturais e econômicos, peca pelo excesso. Bastaria ao legislador, ao se referir à impenhorabilidade do aludido imóvel, que se utilizasse da expressão “dívida de qualquer natureza” ressaltando, tão somente, as exceções legais. Logo, a menção às dívidas *civis, comerciais, fiscais, previdenciárias e de outra natureza* mostra-se tautológica, já que as primeiras estão semanticamente incluídas nessa última⁷⁵⁷.

A proteção legal do bem de família instituída pela Lei 8.009/90 tem expressamente excepcionadas as hipóteses em que pode aquele ser atingido por constrição. Logo, não se admite, *a priori* e *a fortiori*, que o bem impenhorável seja atingido por arresto, hipoteca legal ou sequestro⁷⁵⁸. É de se fazer a ressalva, contudo, que a possibilidade de divisão do imóvel possibilita que parte do mesmo seja constricto, inclusive por penhora, desde que resguardada parte da residência como moradia do devedor e de sua família. É o que se denota da leitura conjunta dos arts. 872, § 1º⁷⁵⁹ e 894⁷⁶⁰ do Código de Processo Civil.

⁷⁵⁶ As exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família serão objeto de análise em tópico próprio, *infra*.

⁷⁵⁷ Exemplo recente da precaução do legislador com uma possível ineficiência das regras legais em virtude de interpretação insuficiente encontra-se no art. 301 da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) que trata sobre a tutela de urgência de natureza cautelar. Apesar de não haver mais um livro próprio do processo cautelar, tampouco procedimento específico para cada espécie de cautelar nominada, o legislador fez questão de assegurar que as cautelares poderão, mas não somente, serem efetivadas mediante “arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”.

⁷⁵⁸ STJ, REsp 1.245.466/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T, j. 26.04.2011; STJ, REsp 316.306/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T. j. 15.05.2007. Na doutrina, MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 422.

⁷⁵⁹ CPC – Art. 872. § 1º: Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, a avaliação, tendo em conta o crédito reclamado, será realizada em partes, sugerindo-se, com a apresentação de memorial descritivo, os possíveis desmembramentos para alienação

⁷⁶⁰ CPC- Art. 894: Quando o imóvel admitir cômoda divisão, o juiz, a requerimento do executado, ordenará a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente para o pagamento do exequente e para a satisfação das despesas da execução

Nota-se, nesses dispositivos, claro exemplo da preocupação do legislador com a economia processual e a celeridade, bem como com a menor onerosidade do devedor (art. 805 do CPC) e com o direito à tutela do crédito do credor exequente, pois uma vez sendo legalmente permitido o desmembramento do imóvel, manter-se-ão preservados os bens e direitos do executado. Destaca-se, como bem pontua Helder Moroni Câmara⁷⁶¹, que não basta que a divisão do imóvel seja cômoda, sendo imperioso que o desmembramento seja realizado em consonância com as rígidas legislações federais, estaduais e municipais aplicáveis à espécie⁷⁶².

A instituição de impenhorabilidade sobre o bem de família é política que visa assegurar o direito fundamental à moradia, preconizado no art. 6º, caput, da Constituição Federal. Eis o seu principal fundamento. Mais do que proteger a família, que pode ser monoparental (mas não unipessoal), o direito à moradia é corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida em que busca garantir o bem-estar do indivíduo.

Esse direito constitucional à moradia se relaciona de maneira mais direta com o direito à posse do que com o direito à propriedade; muito mais com o *usar e gozar* do que com o *dispor*. Nosso ordenamento jurídico é recheado de exemplos que demonstram que a posse exerce uma função, inclusive social⁷⁶³, semelhante àquela buscada por meio do direito à moradia. Neste quadro, o art. 1.831 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente o *direito real de habitação* relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Percebe-se que, nesse exemplo, o direito real de habitação, garantidor da posse e da moradia, colide justamente com o direito de propriedade sobre fração de imóvel dos demais herdeiros. É dizer: a função social da posse imobiliária encontra no direito à moradia a sua teleologia.

⁷⁶¹ CÂMARA, Helder Moroni. Art. 872. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1136.

⁷⁶² "(...) a regra não pode ser levada ao extremo, pois há hipóteses em que a parcela da coisa penhorada pode ser útil aos desígnos do credor, mesmo sem a criação de um imóvel totalmente novo, como a hipótese de penhora de quadras esportivas, churrasqueiras e piscinas – situações em que o devedor e os futuros adquirentes do imóvel devem suportar esta cisão *como se uma servidão fosse*" (MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 235).

⁷⁶³ Exemplos do exercício da função social da posse podem ser encontrados na denominada posse qualificada ou *posse-trabalho* que fundamenta a usucapião de imóvel rural prevista no art. 1.239 do CC/2002 (qualificada pelo trabalho e habitação), naquela atinente ao imóvel urbano prevista pelo art. 1.240 do mesmo diploma (qualificada pela habitação) e, também, no art. 29 da Lei 6.383/2008 que, reconhecendo a posse com função social, legitimou a posse de terras devolutas federais de área contínua até 100 (cem) hectares do ocupante de terras públicas, se preenchidos alguns requisitos.

Logo, o que se espraia e se busca proteger é a proteção da pessoa por meio do direito fundamental à moradia. Assim, se a lei objetiva a proteção da moradia, inconcebível é entendê-la tão discriminatória a ponto de instituir um benefício às pessoas em função de seu estado civil ou do contexto familiar no qual estão inseridas⁷⁶⁴. É nesse quadro que o Superior Tribunal de Justiça, mediante a súmula 364, sedimentou o entendimento, em interpretação abrangente do caput do art. 1º, de que o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras⁷⁶⁵, separadas e viúvas.

Logo, são merecedores da proteção da Lei 8.009/90 os solteiros, os que vivem solitariamente⁷⁶⁶, os separados, os divorciados e aqueles que dissolveram a união estável, que passem ou não a viver sozinhos, bem como as pessoas viúvas, inclusive na hipótese de integrarem com seus filhos família monoparental. Essa última observação torna-se assaz importante quando cotejada com a previsão constitucional do art. 226, § 4º, a qual conceitua entidade familiar como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Dessa forma, o benefício da impenhorabilidade *ex lege* do bem de família também inclui aquele devedor que, independentemente de sua orientação sexual, constitui com seus filhos uma família monoparental, bem como aquela pessoa plenamente capaz, solteira e que não integra uma união estável, residente com um de seus genitores⁷⁶⁷. Como o modelo de família não é alicerce para a proteção instituída pela

⁷⁶⁴ VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 220.

⁷⁶⁵ Em sentido contrário, não admitindo que o conceito de família e, portanto, de bem de família, seja utilizado em defesa do devedor solitário que se separa e passa a ocupar dois imóveis com o ex-conjugê/companheiro(a), Márcio M. Maidame expõe que “há os que admitem também que constituem família, para os fins da lei, o devedor solitário, pois ‘o solteiro de hoje poderá ser o grupo familiar, no futuro’, o [sic] se afigura absurdo, pois família, desde sempre, é designativo de coletivo de pessoas, ‘não havendo que se falar, portanto, em família unipessoal’”. E conclui, “o elastério das hipóteses que se encaixam na palavra ‘família’ traz consigo um enorme inconveniente, e por consequência, prejuízo injustificado ao credor (...) nestes casos, defende-se uma visão relativamente mais estrita de família” (*Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 222).

⁷⁶⁶ Contrariamente à jurisprudência dos Tribunais Superiores à época (STJ, REsp 67.112/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 29.08.1995), vaticinava Álvaro Villaça Azevedo sobre a possibilidade da extensão da proteção ao solteiro ou do que vive separadamente, visto que “cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido mais restrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem na sociedade” (*Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 173-174).

⁷⁶⁷ VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 218.

Lei 8.009/90, é de se admitir também a incidência da impenhorabilidade na situação de irmãos que vivem juntos, ainda que desacompanhados dos pais, pois, novamente, o que se protege é o direito à moradia e à vida digna⁷⁶⁸.

Malgrado a redação do *caput* do art. 1º da Lei 8.009/90 trazer como impenhorável o imóvel *residencial* próprio do casal, ou da entidade familiar, a jurisprudência vem estendendo o conceito de bem *residencial* para abranger não só aquele que é, propriamente, o domicílio familiar, mas também aquele que, mesmo não habitado pelo devedor ou sua família, sub-roga-se na sua função de proteger a moradia, ainda que de forma indireta.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu, em reiterados julgados, que a proteção deve subsistir mesmo que o devedor, proprietário do imóvel, não resida no local, pois “o fato de o executado não morar na residência que fora objeto da penhora não tem o condão de afastar a impenhorabilidade do imóvel, sendo que este pode estar até mesmo alugado, porquanto a renda auferida pode ser utilizada para que a família resida em outro imóvel alugado ou, ainda, para a própria manutenção da entidade familiar”⁷⁶⁹. Em recente julgado, a 1ª Seção desse mesmo Tribunal reafirmou que o fato de o devedor não residir no imóvel não constitui óbice para a incidência da regra de impenhorabilidade do mesmo, visto que “(...) a Lei 8.009/90 protege, em verdade, o único imóvel residencial de penhora. Se esse imóvel se encontra cedido a familiares, filhos, enteados ou netos, que nele residem, ainda continua sendo bem de família”⁷⁷⁰.

Entendemos tal interpretação com ressalvas. Decerto, o Estado volta proteção à entidade familiar (art. 226, *caput*, da Constituição Federal), considerada núcleo e base

⁷⁶⁸ Nesse sentido, ver: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 146; VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

⁷⁶⁹ STJ, REsp 1095611/SP, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 17.03.2009. Trata-se de caso em que o imóvel objeto da penhora servia de moradia ao irmão e à genitora do executado, sendo que este morava em uma casa ao lado, a qual não lhe pertencia, pois, a casa de sua propriedade, objeto da penhora em questão, não comportava a moradia de toda a sua família. Ainda nesse sentido: AgRg no Ag nº 902.919/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 19/06/2008; REsp nº 698.750/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 10/05/2007; REsp nº 377.901/GO, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 11/04/2005.

⁷⁷⁰ STJ, EREsp 1.216.187/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Seção, j. 14.05.2014. Nesse sentido, ver ainda: STJ, REsp 1.059.805/RS, rel. Min Castro Meira, 2ª T., j. 26.08.2008; STJ, REsp 1.024.394/RS, rel. Min Humberto Martins, 2º T., j. 04.03.2008.

da sociedade. Contudo, como esposado linhas acima, a proteção à família é apenas consequência secundária e tangencial da proteção à *moradia* (direito social e, portanto, fundamental) – exercida, ou não, por entidade familiar – e, por conseguinte, da dignidade humana do devedor, premissas essas do escopo legislativo e constitucional (art. 1º, III, da CF/1988). É o *direito à moradia*, portanto, o que se pretende tutelar⁷⁷¹, o que fica claro quando se observa que a proteção se estendeu às pessoas solteiras, viúvas, que vivem sozinhas e até para os bens domésticos das famílias sem imóvel residencial próprio (art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.009/90).

Ora, de acordo com a redação legal do art. 1º, residir no imóvel constitui requisito elementar para a invocação da impenhorabilidade, logo, a retirada do credor da possibilidade de alcançar o bem do devedor que ostenta tal condição deve ser interpretada restritivamente, porquanto se constituir em regra de exceção⁷⁷² (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*), bem como restringir o direito fundamental do credor à tutela executiva satisfativa e à execução forçada⁷⁷³.

Evidente que a interpretação teleológica deve ser levada em consideração quando da exegese aplicada, já que *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum* (art. 5º da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), devendo mesmo dar sentido à norma de acordo com a sua finalidade. Bem por isso, a impenhorabilidade poderá recair sobre imóvel destinado à moradia da família, mesmo que o devedor lá não resida, conforme já asseverou a jurisprudência⁷⁷⁴, o que não nos parece irrazoável, visto que a própria lei 8.009/90

⁷⁷¹ “Inicialmente destinado à proteção da família, a evolução do instituto, no direito brasileiro, e a respectiva inserção no ambiente econômico contemporâneo, acarretou mudança significativa no âmbito da sua aplicação. A proteção se estendeu ao obrigado, *tout court*, haja ou não constituído família (...) A garantia dos meios mínimos de sobrevivência, que é a morada e seu conteúdo, observa um princípio maior (...) a norma jurídica (princípio e valor) fundamental (...) inserida no art. 1º, III, da CF/88 (...)” (ASSIS, Araken de. Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, out. 2009, p. 18). Na mesma linha, entendendo se tratar o direito à moradia o intuito atual da Lei 8.009/90, SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil (coleção Liebman)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 180.

⁷⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. Da interpretação das leis. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LVII, 1962, p. 161.

⁷⁷³ A antiga Introdução ao Código Civil continha a seguinte regra interpretativa (artigo 6º): “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”. Tal preceito consagrava o velho adágio *exceptio strictissimae juris* ou *exceptiones sunt strictissimae interpretatio*.

⁷⁷⁴ Nesse sentido: “sendo a finalidade da Lei 8.009/90 a proteção da habitação familiar, é correta a decisão da Corte de origem que reconheceu a impenhorabilidade do único imóvel onde reside um dos filhos do casal” (STJ, AgRg no REsp 121.618-7/SC, rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 22.02.2011).

admite que o imóvel pertença à entidade familiar ou que esta venha a residir no mesmo (art. 1º, *caput*).

Contudo, é preciso não perder o foco de que as regras relativas à impenhorabilidade do bem de família devem ser interpretadas teleologicamente e em atenção aos princípios e regras que norteiam a execução⁷⁷⁵ e o direito das partes em litígio. Dessa forma, a ponderação dos direitos em jogo deverá guiar a orientação da aplicação da regra da impenhorabilidade, de modo que o devedor não a utilize como subterfúgio para colimar atitudes fraudulentas. Assim, lembra Luiz Rodrigues Wambier⁷⁷⁶ e Márcio M. Maidame⁷⁷⁷ que, apesar da existência de hipóteses em que o desmembramento familiar seja justificável – como naqueles em que haja separação judicial e posterior constituição de novas famílias – pode ocorrer arranjos com o intuito de fraudar a lei, razão pela qual defendem a interpretação restritiva que mantém somente o imóvel de menor valor do casal imune à expropriação, consoante disposição do art. 5º, *caput* e parágrafo único da Lei 8.009/90.

Imagine-se, *v.g.*, a hipótese do devedor que, sabedor de sua dívida e na iminência de ser instaurado um processo judicial, deixa o imóvel de sua propriedade, em que residia, em posse direta de algum parente e passa a viver em outro imóvel de menor valor, também de sua propriedade, de forma unicamente a blindar esses dois bens de uma futura execução. Ou, ainda, aquele devedor que, após instaurado um processo judicial, com possibilidade de excussão de seus bens, passa a albergar parentes em imóvel que antes era utilizado para fins comerciais ou para incremento de rentabilidade, com o único fito de excluí-lo da responsabilidade patrimonial.

Ora, nesses casos, apesar de toda dificuldade inerente em identificar, com precisão e segurança, como é gasto o dinheiro recebido ou a finalidade da moradia dos familiares, certo é que não se poderá dar albergue à interpretação que sustente a impenhorabilidade pelo simples fato de que o imóvel se destina à moradia da família. Assim também, esse benefício não se estende à hipótese de mera separação de fato entre cônjuges, pois, do ponto de vista jurídico, denota a existência de uma única

⁷⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 423.

⁷⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei 8.009/90. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. II, 1993, p. 187.

⁷⁷⁷ *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 223.

família e de dois imóveis por ela utilizados como residência. Proteger ambos com a impenhorabilidade disposta na Lei 8.009/1990 significaria ampliar demasiadamente o âmbito de sua abrangência, o que apresenta um risco adicional a facilitar a prática de fraudes⁷⁷⁸.

A propriedade pode até mesmo estar alugada a terceiros, desde que a renda sirva para cobrir o aluguel de outra residência ou seja utilizada exclusivamente para a moradia familiar⁷⁷⁹. Nesse sentido o enunciado da súmula 486 do STJ: “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”. Seguindo esse mesmo raciocínio do STJ, *a fortiori*, o imóvel *comercial* alugado que possibilitasse renda destinada à moradia do devedor ou de sua família em outro local deveria também gozar do status de impenhorável⁷⁸⁰.

Aqui é necessário não ir além do que se entende como o espírito que preside e norteia este estudo, de modo que a impenhorabilidade deva ter, por vezes, tratamento restritivo, a fim de que não tolha os direitos fundamentais do credor e a sua própria dignidade, reduzindo, com isso, os danos diretos encarados por este. Logo, a ampliação dos fins a que se destina o imóvel deve ser vista com cautela pela jurisprudência e doutrina.

Assim, não pode ser aceito que a impenhorabilidade recaia sobre o imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiro e sirva meramente como meio de subsistência

⁷⁷⁸STJ, AgRg no AREsp 301.580/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 28.03.2013. Nesse sentido: “Esse entendimento, porém, não se estende à hipótese de mera separação de fato entre cônjuges, com a migração de cada um deles para um dos imóveis pertencentes ao casal, por três motivos: (i) primeiro, porque a sociedade conjugal, do ponto de vista jurídico, só se dissolve pela separação judicial; (ii) segundo, porque antes de realizada a partilha não é possível atribuir a cada cônjuge a propriedade integral do imóvel que reside; eles são co-proprietários de todos os bens do casal, em frações-ideais; (iii) terceiro, porque admitir que se estenda a proteção a dois bens de família em decorrência da mera separação de fato dos cônjuges-devedores facilitaria a fraude aos objetivos da Lei” (STJ, REsp 518.711/RO, Rel. Min. ARI PARGENDLER, 3ª T., DJe 05.09.2008).

⁷⁷⁹ Em sentido diametralmente oposto, Márcio Manoel Maidame defende que o bem de família é patrimônio de afetação, de cunho negativo, e desprendendo-se o imóvel de sua finalidade (residência), a imunidade desaparece e o imóvel passa a ser penhorável. Assim, “o legislador tornou necessária a utilização do imóvel como residência própria do casal para obtenção do benefício. Embora existam julgados em contrário, defende-se que locado o imóvel, *independentemente do destino que se tenha com a renda do aluguel*, o imóvel passa a ser penhorável (...)”. (*Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 223-224).

⁷⁸⁰ Nesse sentido: “É impenhorável o único imóvel comercial do devedor quando o aluguel daquele está destinado unicamente ao pagamento de locação residencial por sua entidade familiar” (STJ, REsp 1.616.475/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. em 15.09.2016).

outro que não para garantia da moradia do mesmo ou de sua família. *Ora, a finalidade da Lei 8.009/90 é garantir e proteger o direito à moradia e não outras formas de subsistência.* Tal elastério afronta gravemente o direito fundamental à tutela adequada, tempestiva e satisfativa do credor, além de violar abertamente os princípios da proporcionalidade, da isonomia e da dignidade humana (do credor).

Por sua vez, a flexibilidade e a liquidez da sociedade moderna não permitem mais que se entenda imprescindível o dever recíproco dos cônjuges casados à vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566, II, do CC/02). Ora, o direito posto deve acompanhar a mudança da sociedade e regulá-la, não o contrário. O caminho inverso levará a rupturas sistêmicas ilegítimas e a falibilidade das regras que se pretendam impor absolutas. Sendo assim, não se mostra socialmente estapafúrdica a situação dos cônjuges ou companheiros não separados, mas que decidem por viver em residências distintas, até como forma de preservar o próprio relacionamento.

Parcela da doutrina entende que, nesses casos, em havendo patrimônio comum e duas entidades familiares distintas, formadas pelo pai e por seus filhos, e pela mãe e seus filhos, ter-se-á imóveis distintos e únicos, abrigando entidades familiares também distintas e, por isso, merecedoras iguais da guarida legal⁷⁸¹. Tal não é o entendimento que aqui se espousa como sendo o mais adequado. Isso porque, em se tratando de patrimônio comum, o mais adequado para se evitar a penhora do imóvel de maior valor seria, justamente, a transferência da sua propriedade para o outro cônjuge ou companheiro que ainda não possua imóvel residencial próprio, evitando-se, assim, que um mesmo cônjuge venha a possuir dois imóveis distintos, o que possibilitaria a penhora daquele de maior valor.

Não se está, com isso, querendo defender que a convivência pressupõe a coabitação. Ao revés. Permitir que a impenhorabilidade se estenda aos *dois* (ou mais) imóveis pertencentes ao devedor e utilizados pelo *mesmo casal não separado*, mas que convivem em lares distintos, é dar azo a possíveis arranjos fraudulentos, ao mesmo

⁷⁸¹ VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157-158; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei 8.009/90. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. II, 1993, p. 194.

tempo em que vai de encontro ao disposto no art. 5º, *caput* e parágrafo único da Lei 8.009/90.

De outro lado, a lei do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo, devendo ser aplicada à luz dos fins sociais e humanitários a que ela se destina. Criado para tutelar a moradia e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, o instituto do bem de família não se presta a beneficiar pessoas jurídicas. No entanto, estas podem ver seus bens afastados da responsabilidade patrimonial de forma indireta, recebendo, tangencialmente, a benesse do instituto.

É nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça ampliou o benefício da impenhorabilidade legal da Lei 8.009/90 a pequenos empreendimentos, nitidamente familiares, cujos sócios são integrantes de um mesmo núcleo familiar e que, naquela oportunidade, o local de funcionamento do estabelecimento confundia-se com a própria moradia dos sócios e de suas famílias. Dessa forma, entendeu a sobredita Corte que a “impenhorabilidade do bem de família no qual reside o sócio devedor não é afastada pelo fato de o imóvel pertencer à sociedade empresária”, tendo sua jurisprudência “(...) pontuado que a impenhorabilidade do bem de família estabelecida pela Lei n. 8.009/1990 está prevista em norma cogente (...) e a incidência do referido diploma somente é afastada se caracterizada alguma hipótese descrita em seu art. 3º”.⁷⁸²

Tal entendimento é merecedor de elogios apenas quando ficar demonstrado que naquele caso específico, e mediante a análise das circunstâncias fáticas e probatórias disponíveis, houve a identidade legal de patrimônios dos sócios com o da pessoa jurídica, de modo que, em não havendo bens da empresa, são os bens da família que sofrerão a incidência dos meios executivos, como nos casos dos empresários individuais⁷⁸³ e de alguns microempreendedores individuais (MEI). Na mesma senda, o escólio da doutrina de Luiz Edson Fachin⁷⁸⁴, para quem a impenhorabilidade da Lei 8.009/90, “ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser

⁷⁸² STJ, EDcl no AREsp 511.486/SC, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 03.03.2016.

⁷⁸³ Embora para fins tributários seja considerada pessoa jurídica, o *empresário individual* (antes conhecido como *firma individual*) é a própria pessoa física e com essa confunde o seu patrimônio, apesar de possuir registro no CNPJ.

⁷⁸⁴ *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 154.

aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônio”.

Não se pode, todavia, tolerar que devedores se utilizem da pessoa jurídica para, transferindo-lhes o imóvel residencial, permanecerem sem patrimônio expropriável judicialmente, bem como que a utilizem para contrair dívidas que serão utilizadas em proveito da própria família. Nessas hipóteses, haverá confusão patrimonial (não identidade de patrimônio), desvio de finalidade e má-fé, devendo ser instaurado, a depender do caso, o incidente de descon sideração (inversa) da personalidade jurídica (arts. 133 *usque* 137 do CPC e art. 50 do CC/02) para que o imóvel, em nome da pessoa jurídica, não seja considerado impenhorável para efeitos da Lei 8.009/90.

De outro ponto, como bem asseverou Márcio M. Maidame, tal imunidade às pessoas jurídicas, apesar de compreensível, poderia ser repensada, na medida em que, se o imóvel admite cômoda divisão para abrigar duas atividades tão distintas, a parcela reservada à exploração comercial poderia ser objeto de expropriação, na maioria dos casos⁷⁸⁵, preservando-se impenhorável, tão somente, a parte destinada à efetiva moradia familiar.

Ainda, o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 8.009/90 dispõe que a impenhorabilidade compreende também “o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”. Portanto, apresentam-se impenhoráveis o terreno e a construção sobre ele edificada, bem como o terreno em que se encontrem as demais acessões, tais como as plantações (herbário, sementeira) e sementeiras.

Quanto aos equipamentos, sobretudo os de uso profissional, o CPC/73, em seu art. 649, V, já trazia disposição que tornava impenhorável aqueles necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão (regra mantida pelo art. 833, V, do CPC e acrescida pelo § 3º do aludido dispositivo).

⁷⁸⁵ *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 221. Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça permitiu o desmembramento de um sobrado cujo andar inferior era ocupado por estabelecimento comercial e garagem, enquanto a família residia no andar de cima. Com isso, a parte inferior foi penhorada para satisfação do credor (STJ, REsp 968.907/RS, rel. Min. Nancy Andri ghi, 3ª T., j. 19.03.2009).

Todavia, desde a criação da lei 8.009/90, a doutrina vem tecendo críticas à redação do aludido parágrafo único do seu art 1º. Luiz Carlos de Azevedo ressalta que o dispositivo apresenta senões impróprios para um texto legislativo, na medida em que incluiu entre os bens absolutamente impenhoráveis todos os móveis que guarnecem a residência, à exceção das obras de arte e adornos suntuosos, acabando por transformar em regra o que antes fora exceção⁷⁸⁶. Contudo, tal dispositivo não pode ser lido de forma isolada no ordenamento jurídico, pois a interpretação sistemática é fundamental para a aplicação das regras de impenhorabilidade.

A expressão “móveis que guarnecem a casa” deve ser lida em consonância ao que dispõe o art. 833, II, do CPC, de modo que apenas os equipamentos e bens indispensáveis à normal sobrevivência da família sejam considerados impenhoráveis, incluindo-se, nesses, os usualmente mantidos em um lar (geladeira, fogão, micro-ondas, máquina de lavar, televisão, mesa, entre outros). Faz-se a ressalva de que aqueles bens de elevado valor e que ultrapassem as necessidades comuns de um médio padrão de vida (art. 833, II, do CPC) poderão ser objeto de penhora e posterior expropriação. Assim, *e.g.*, uma televisão *OLED* de 70 polegadas de altíssimo valor, bem como uma mesa de jantar feita de luxuoso mármore poderão ser penhorados, visto que exacerbam a ideia de um médio padrão de vida, devendo ser resguardado, entretanto, valor suficiente para que o devedor possa adquirir patrimônio similar, mas de qualidade inferior.

O direito de crédito do exequente não pode ser alijado às custas da luxúria e opulência do executado. Assim também, alguns móveis de residência que se encontram em duplicidade⁷⁸⁷ ou em quantidade superior ao médio padrão de vida do indivíduo naquela comunidade também poderão ser objeto de penhora.

É difícil, contudo, estabelecer um critério objetivo na definição do que seja ou não considerado como supérfluo nas residências dos brasileiros, tendo em vista a

⁷⁸⁶ E continua o citado autor: “E dentre móveis e utensílios, conforme adiante se especificará, só aqueles que se apresentem imprescindíveis à economia doméstica, ou indispensáveis às necessidades pessoais do devedor, é que ficarão isentos da penhora” (AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da Penhora*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 133).

⁷⁸⁷ Entendendo ser possível a penhora do segundo aparelho de televisão, ver o seguinte julgado: STJ, REsp 284445/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 07.12.2000. Ainda no sentido da possibilidade de penhora de bens encontrados em duplicidade, que não se mostram necessários a manutenção e subsistência da residência: STJ, REsp 533.388/RS, rel. Min. Teori Zavascki, 1ª T., j. 04.11.2014.

disparidade socioeconômica da população nas diversas regiões do país. A jurisprudência pátria não se mostra uniforme no estabelecimento da diferença do que entende por bens de utilidade comum e aqueles considerados exorbitantes ou supérfluos. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido, como via de regra⁷⁸⁸, que os eletrodomésticos como geladeiras, fogões, computadores, televisores, máquina de lavar⁷⁸⁹ e ar-condicionado⁷⁹⁰, que integram usualmente o dia a dia das famílias, não se qualificam como objetos de luxo ou adornos, recaindo sobre os mesmos a regra da impenhorabilidade.

6.4. Hipóteses de expropriação do bem de família e sua natureza disponível

6.4.1. Disponibilidade e oferecimento do bem de família

A impenhorabilidade do bem de família não é ilimitada, tampouco se constitui em um direito absoluto – aliás, à exceção da proibição à tortura e do tratamento desumano, direitos *absolutos* não existem. Por isso mesmo, o bem imóvel que serve de moradia da família é *relativamente* (im)penhorável⁷⁹¹. A própria legislação ordinária estabelece exceções à oponibilidade da impenhorabilidade em se tratando de bem de família e da sua própria constituição⁷⁹².

A Lei 8.009/90 reconhece a possibilidade de renúncia ao direito de impenhorabilidade do bem de família quando, em seu art. 3º, inciso V, permite sua penhora se o imóvel for oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar. Ainda, quando em seu art. 3º, VII, permite a penhora do bem de família do fiador em um contrato de locação residencial.

⁷⁸⁸ Como exceção, segue o seguinte julgado: “A impenhorabilidade do bem de família compreende o que usualmente garante a moradia do devedor. Aí se incluem a antena parabólica e o aparelho de som, o mesmo não ocorrendo em relação ao ar-condicionado (...)” (STJ, REsp 402896/PR, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 04.04.2002).

⁷⁸⁹ STJ, Rcl. 4374/MS, rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, j. 23.02.2011.

⁷⁹⁰ STJ, REsp 836576/MS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 20.11.2007.

⁷⁹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 33.

⁷⁹² Neste último caso, em se tratando de bem de família voluntário (ou convencional).

À vista dessas considerações, emerge indubitável que a benesse da impenhorabilidade do bem de família, justificada sob a batuta do direito constitucional à moradia e do princípio da dignidade humana, pode ceder espaço quando confrontada com princípios como o da boa-fé, da segurança jurídica, da vedação ao enriquecimento ilícito⁷⁹³ e da autonomia da vontade.

As regras de impenhorabilidade não devem funcionar como uma redoma absolutamente intransponível para qualquer atitude do devedor. O manejo abusivo pelo executado das regras relativas à impenhorabilidade do bem de família não pode servir a interesses escusos, tampouco representar uma salvaguarda da atuação fraudulenta e ilícita, pois ao inverso de buscar a proteção da entidade familiar, servirá como um estímulo ao inadimplemento das obrigações.

Já se teve a oportunidade de afirmar que se determinado bem pertence ao patrimônio disponível do executado, de modo que possa ser alienado, inclusive extrajudicialmente, também haverá a possibilidade de disposição – ou renúncia – ao benefício da impenhorabilidade (vide tópicos 5.2 e 5.3). Também se afiançou que as regras de impenhorabilidade não servem à ordem pública, e sim aos interesses e proteção do devedor, ressalvadas algumas exceções pontuais, como os bens inalienáveis. Ainda, afirmou-se ser possível a realização de negócio processual de renúncia à impenhorabilidade, desde que, ponderando os princípios conflitantes (proporcionalidade em sentido estrito) no caso concreto, seja possível dar maior valorização à dignidade do credor, à efetividade do processo e à autonomia privada sem configurar situação que condene o devedor à penumbra degradante da vida, deixando-o sem lar ou sem condições de custeio do mínimo necessário para uma vida digna⁷⁹⁴ (vide tópico 5.3).

Se o bem de família é disponível e pode ser alienado pela livre vontade do executado, é consequência da lógica jurídica que também poderá ser objeto de penhora pela

⁷⁹³ A respeito, ver: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Penhora sobre bem do fiador de locação. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

⁷⁹⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco. *O negócio processual de renúncia à impenhorabilidade*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-negocio-proces-sual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016>>. Acesso em 15 de março de 2019.

vontade do próprio executado⁷⁹⁵. É a consagração do princípio da disponibilidade e da autonomia da vontade (autonomia privada) no processo civil, que encontra albergio em diversos dispositivos do código adjetivo (arts. 2º, 3º, §1º, 141, 166, §4º, 190, 490, 515, III). A autonomia privada é, a respeito, um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana⁷⁹⁶, desempenhando papel de princípio fundamental novo no processo civil constitucional brasileiro.

Nas palavras de Igor Raatz, a autonomia privada é, em sentido largo, “decorrência do princípio da liberdade e da própria dignidade da pessoa, entendida como corolário da autodeterminação do indivíduo”⁷⁹⁷. A indicação de bem de família como garantia contratual, como bem oferecido à penhora ou em substituição desta, inclusive com anuência do cônjuge (art. 847, §3º do CPC), são manifestações legítimas do direito de liberdade do devedor/executado que, por vezes, está desejoso de se ver livre de dívidas ou de um processo judicial⁷⁹⁸, ainda que em caráter preventivo.

Quando o bem for oferecido, *sponte própria*, pelo executado, seja em virtude de negócio processual judicial, extrajudicial (v.g., garantia real em contratos e hipoteca) ou por indicação nos autos do processo, nada mais está a fazer do que a chamada *renúncia abdicativa processual do direito* que lhe era assegurado. Ademais, não se

⁷⁹⁵ É o que informa Fredie Didier Junior (Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, p. 30-50, 2009). Também nesse sentido, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 337.

⁷⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Vol 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 32.

⁷⁹⁷ SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: Da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. 2016. 670 f. Tese (doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS, p. 350.

⁷⁹⁸ Com a sensibilidade que lhe é peculiar, Fredie Didier Junior traz exemplo prático para a melhor compreensão do tema: “Bem imóvel de família é, como cediço, impenhorável. Imagine a hipótese de um bem imóvel de pessoas casadas. De acordo com o art. 1.647 do CC/2002, um cônjuge somente pode alienar bem imóvel com a autorização do outro. Imagine, ainda, que os cônjuges têm uma dívida e querem pagá-la. Como bons devedores, pretendem desfazer-se do seu patrimônio para pagar a sua dívida, readequando o seu padrão de vida. Ambos têm o direito de alienar o imóvel e, com o dinheiro arrecadado, adimplir a obrigação. Não há como impedi-los de fazer isso, eis que manifestação legítima do seu direito de liberdade. Assim, por que não poderiam, uma vez demandados pela dívida, aceitar a penhora sobre o imóvel, que terminará com a adjudicação ou alienação judicial do bem? Repita-se a pergunta: se alienável extrajudicialmente, por que não alienável judicialmente? Tanto mais se justifica a pergunta, quando se vê, no Código de Processo Civil, a possibilidade de o executado pedir a substituição do bem penhorado por um imóvel, apresentando, de logo, a anuência expressa do respectivo cônjuge” (Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2009, p. 34-35).

pode valer o devedor da sua torpeza, razão pela qual impõe a aplicação do princípio, caro também ao direito material, do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

O posicionamento aqui defendido não é, entretanto, o encontrado na jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores. O STJ possui entendimento reiterado⁷⁹⁹ de que o benefício conferido pela Lei 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública que não admite a renúncia pelo titular, podendo ser elidido somente se caracterizada qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 3º e no caput do art. 4º da referida lei, sendo possível, inclusive, a desconstituição de penhora anteriormente feita. Entretanto, embora o STJ tenha entendimento contrariamente à validade da renúncia da impenhorabilidade do bem de família fora das exceções legais, a sua jurisprudência majoritária tem entendido pela validade do direito de renúncia quando em prol da boa-fé objetiva⁸⁰⁰, a fim de se privilegiar a cooperação e a dignidade da justiça em detrimento do ilícito, da má-fé, das fraudes e da torpeza individual (vide tópico 6.5.1).

A questão aparenta tão tormentosa na doutrina e nos tribunais estaduais que se encontra em tramitação, na Câmara dos Deputados, um Projeto de Lei (PL 2386/2015) que busca acrescentar à Lei n.º 8.009/90, o art. 3º-A, a fim de tornar irrenunciável a impenhorabilidade do bem de família⁸⁰¹. Tal proposição é a síntese de um intervencionismo estatal exagerado e desnecessário na liberdade de agir do indivíduo. O ente paternalista que busca, sob o pálio de oferecer proteção à população de menor renda em relação aos riscos do fenômeno do superendividamento, cercear a liberdade econômica e a autonomia da vontade, corolários que são do direito à liberdade e à autodeterminação do indivíduo, não merece receber legitimação popular e, portanto,

⁷⁹⁹ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1463694/MS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 1ª T., j. 06.08.2015; STJ, AgRg no AREsp 537034/MS, rel. Min. Raúl Araújo, 4ª T., j. 26.08.2014.

⁸⁰⁰ Exemplo é o REsp 1022735/RS (Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15.12.2009) em que, num caso onde os integrantes de uma família aceitaram permutar um terreno sob o qual havia seu bem imóvel de família em troca de dois apartamentos que ali seriam construídos, quando da execução em face da incorporadora alegaram tratar-se de bem de família. O STJ entendeu que deveria prevalecer a boa-fé objetiva, haja vista que o proprietário imóvel ofereceu o bem livre e conscientemente em garantia do referido negócio, sabendo que se tratava de um bem de família, renunciando ao seu direito à impenhorabilidade.

⁸⁰¹ No momento em que se escreve esse estudo, o projeto encontra-se arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, podendo ser desarquivado a pedido de qualquer dos parlamentares da casa.

tal lei não deve ser aprovada, pois representaria flagrante retrocesso à liberdade individual.

6.4.2. Veículos de transporte, obras de arte, adornos suntuosos e os móveis que guarnecem a residência (art. 2º da Lei 8.009/90)

A regra que torna imune à expropriação a residência familiar e determinados móveis e equipamentos desta é excepcionada, além das hipóteses mencionadas no art. 3º da Lei n. 8.009/90, pelo seu art. 2º, o qual estabelece que estão excluídos da impenhorabilidade “os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”.

No que tange aos veículos de transporte, dúvidas maiores não há quanto à sua extensão, abarcando aqueles exaustivamente contemplados no art. 96 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)⁸⁰². Observação se faz quando os veículos são utilizados para fins profissionais ou como instrumento de trabalho, visto que, nessas hipóteses, o bem é impenhorável por força do disposto no art. 833, V, do CPC. Decerto, tal extensão não pode abarcar aquele devedor que possua vários veículos em seu patrimônio, utilizando-os para fretes e transporte de cargas ou pessoas, visto que recaindo a impenhorabilidade absoluta sobre todos os veículos estar-se-ia ferindo desproporcionalmente o direito fundamental do credor à tutela satisfativa e à execução forçada.

O *caput* do art. 2º da Lei 8.009/90 deve ser interpretado de forma sistemática, de modo que sua leitura seja conjunta ao que dispõe o art. 833, II, do CPC. Logo, deve-se tomar por critério de penhora o *médio* padrão de vida de um indivíduo inserido naquela comunidade e não o padrão pessoal de vida do executado. De outra parte, obras de

⁸⁰² Art. 96. Os veículos classificam-se em: I - quanto à tração: a) automotor; b) elétrico; c) de propulsão humana; d) de tração animal; e) reboque ou semi-reboque; II - quanto à espécie: a) de passageiros: 1 - bicicleta; 2 - ciclomotor; 3 - motoneta; 4 - motocicleta; 5 - triciclo; 6 - quadriciclo; 7 - automóvel; 8 - microônibus; 9 - ônibus; 10 - bonde; 11 - reboque ou semi-reboque; 12 - charrete; b) de carga: 1 - motoneta; 2 - motocicleta; 3 - triciclo; 4 - quadriciclo; 5 - caminhonete; 6 - caminhão; 7 - reboque ou semi-reboque; 8 - carroça; 9 - carro-de-mão; c) misto: 1 - camioneta; 2 - utilitário; 3 - outros; d) de competição; e) de tração: 1 - caminhão-trator; 2 - trator de rodas; 3 - trator de esteiras; 4 - trator misto; f) especial; g) de coleção.

arte e adornos suntuosos não são essenciais para a manutenção de uma vida digna do executado, regra que se compatibiliza com o “espírito” do Código de Processo Civil.

Solução interessante é apontada na doutrina por José Miguel Garcia Medina ao propor que, nesses casos, deve o oficial de justiça elaborar lista com a descrição dos bens, constituindo o executado ou seu representante legal como depositário provisório, para que, posteriormente, decida o juiz do caso a respeito da constituição ou não da penhora definitiva⁸⁰³.

A definição de *obras de arte* não gera maiores polêmicas, resumindo-se, em geral, a quadros e esculturas. *Adornos* se diferem das benfeitorias voluptuárias pois, ao contrário destas, não aderem à construção considerada bem de família⁸⁰⁴. A noção de *adornos suntuosos*, todavia, ainda é objeto de dissídios na prática forense, pois não há critérios objetivos para sua identificação⁸⁰⁵. Araken de Assis aponta como critério subjetivo de identificação o de bens domésticos que preencham, simultaneamente, dois requisitos: i) ter elevado valor e ii) exceder as necessidades básicas a um médio padrão de vida⁸⁰⁶.

Ainda, o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.009/90 vem para tutelar o locatário, ao estender a impenhorabilidade aos *bens móveis* de propriedade deste e que guarneçam a residência por ele ocupada. Não se afigura que o legislador quis excluir outros possuidores da benesse do instituto, visto que o comodatário e o usufrutuário, tal como o locatário, são todos detentores de posse. Desta feita, também esses possuidores são merecedores da incidência da regra do parágrafo único do art. 2º, visto que entendimento em sentido oposto discriminaria pessoas em situações semelhantes, na medida em que a impenhorabilidade deve ser vista como atributo objeto *do bem* e não em função do título da posse⁸⁰⁷.

⁸⁰³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 428.

⁸⁰⁴ Uma obra de arte que é executada em uma parede do imóvel é atingida pela impenhorabilidade, pois, nesse caso, adere à construção do bem residencial.

⁸⁰⁵ Apesar de reconhecer a intensa subjetividade na conceituação, Carlos Gonçalves cita como exemplos de adornos suntuosos lustres de cristal, tapetes persas e outros (*Impenhorabilidade do bem de família*. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1994, p. 187).

⁸⁰⁶ Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, out. 2009, p. 25.

⁸⁰⁷ Entendendo no mesmo sentido: VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 76; CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 662, dez. 1990, *passim*.

Tal qual a parte final do parágrafo único do art. 1º, o sobredito dispositivo impõe, como condição de impenhorabilidade, que os aludidos móveis estejam *quitados*, evitando-se, assim, que o devedor de má-fé financie móveis e equipamentos para a residência com a intenção de inadimplir a obrigação e se valer dos benefícios da lei. Tal é a interpretação, *a contrario sensu*, que se extrai do art. 833, § 1º, do CPC ao estabelecer que a impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição⁸⁰⁸.

6.4.3. As hipóteses dos arts. 3º e 4º da Lei nº. 8.009/90: exceções à impenhorabilidade da residência familiar

O *caput* do art. 3º da Lei 8.009/90, repetindo o desmazelo do legislador na redação do art. 1º⁸⁰⁹, estabelece, de forma casuística, as principais exceções à impenhorabilidade legal do bem de residência familiar. A princípio, esclareça-se que as exceções que se apresentam no art. 3º beneficiam tão somente os credores nela indicados, mantendo-se, dessa forma, a impenhorabilidade em relação aos demais credores não qualificados, a exceção do imóvel residencial adquirido com produto de crime, sujeito à penhora independentemente da qualidade do crédito (art. 3º, IV, da Lei 8.009/90).

Apesar de opinião diversa na doutrina⁸¹⁰, o Superior Tribunal de Justiça tem perfilado entendimento de que, havendo penhora e posterior expropriação do bem de

⁸⁰⁸ Quanto à expressão *bem móveis quitados* Rita Vasconcelos tece duas observações: i) se incluem nessa condição os eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos, desde que necessários a proporcionar uma vida digna ao devedor e à sua família; ii) esses móveis só poderão ser penhorados para a satisfação do crédito de quem os vendeu (*A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 76).

⁸⁰⁹ Veja-se a crítica de Araken de Assis à incúria do legislador ao mencionar, criteriosamente, os tipos de dívida que não se submetem à penhora: “A técnica legislativa ficou aquém de seu ápice na elaboração da Lei 8.009/1990. É incomum mencionar o ‘tipo’ de dívida. Eventual diferença entre as dívidas civis e comerciais perdeu interesse e utilidade a partir do Decreto 763, de 19.09.1890 (...) a genérica alusão a dívidas ‘de outra natureza’, deixando a explanação indeterminada, evidencia a tibieza do legislador para delimitar clara e exaustivamente os créditos” (Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, out. 2009, p. 30).

⁸¹⁰ Assim, Arnaldo Marmitt, para quem “(...) se após constribado o imóvel residencial e arrematado ou adjudicado em hasta pública, acusar saldo remanescente, este não fica imune à constrição. Pode ser objeto de penhora por outros débitos” (*Bem de família - legal e convencional*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 85), pois o escopo da lei, que seria a proteção familiar, já teria sido alcançado.

residência, o excedente deve ser considerado impenhorável, não perdendo, pois, a qualidade atributo do objeto⁸¹¹.

O art. 3º da Lei nº. 8.009/90 dispõe que a impenhorabilidade do bem de família não será oponível quando a execução se fundar ou for movida⁸¹² nas hipóteses que, a seguir, serão objeto de estudo pormenorizado.

6.4.3.1. Pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato (art. 3º, II, da Lei 8.009/90)

Aqui há uma especialização da regra contida no art. 833, §1º, do CPC, pela qual “a impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição”, repetindo o que já era previsto no art. 649, §1º, do CPC/73. Note-se que não há incompatibilidade entre a lei especial e o Código de Processo Civil, sendo aquela apenas uma destinação específica dada à residência do devedor.

Encontram-se no alcance excepcional do art. 3º, II, da Lei 8.009/90 todo e qualquer financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel de residência que se enquadre como bem de família, independentemente se oriundo de instituições financeiras – incluindo-se aquelas participantes do Sistema Financeiro de Habitação - ou particulares. O dispositivo suso referido traz referência aos acréscimos decorrentes do respectivo contrato de financiamento, tais como os juros de mora, correção monetária, cláusulas penais e multas contratuais, dentre outros encargos

⁸¹¹ “Destinando-se o produto da arrematação do imóvel ao pagamento de débitos condominiais e uma vez quitada a dívida, o saldo da arrematação não perde sua natureza original de bem de família, sobretudo porque à proteção prevista na Lei 8.009/90, que decorre do direito constitucional à moradia (CF, art. 6º, caput), deve ser dada a maior amplitude possível” (STJ, AgRg no AgRg no Ag 1094203/SP, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 26.04.2011).

⁸¹² O inciso I do art. 3º da Lei 8.009/90, segundo o qual a regra de impenhorabilidade não seria oponível quando a execução se fundar “em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias”, foi revogado pela Lei Complementar nº 150/2015.

previstos no instrumento, desde que relativos somente ao crédito utilizado para construção ou aquisição do imóvel⁸¹³.

6.4.3.2. Pelo credor da pensão alimentícia (art. 3º, III, da Lei 8.009/90)

A lei 8.009/90 estabelece como exceção à regra da impenhorabilidade os créditos devidos ao “credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida”.

O Superior Tribunal de Justiça já esposou entendimento reiterado⁸¹⁴ de que o bem de família pode ser penhorado para garantir pensão alimentícia decorrente da prática de ato ilícito, a exemplo do homicídio (art. 948 do CC) e da lesão corporal (art. 950 do CC). Irrelevante, pois, se torna perquirir a origem ou causa da obrigação alimentar, se decorrente de vínculo familiar ou de obrigação de reparar danos, inclusive provenientes de condenação na esfera penal. Merece destaque, nessa ordem de ideias, a observação trazida por Rita Vasconcelos ao ponderar que “a obrigação alimentar decorrente de ato ilícito constitui, na verdade, indenização paga na forma de alimentos, sendo a menção a alimentos na hipótese de homicídio, simples referencial para a fixação do *quantum* devido”⁸¹⁵. Decerto, a dívida decorrente de ato ilícito atine à responsabilidade civil e não, propriamente, ao direito de família.

⁸¹³ Nesse sentido, entendendo por interpretação restrita da presente hipótese, o STJ manifestou-se no sentido de que “a dívida decorrente de financiamento para a aquisição de materiais para a reforma do imóvel não é abrangida pela exceção do inciso II do artigo 3º, que expressamente se refere a financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel. Indicando-se pela petição da parte exequente que o financiamento se destinou à reforma do imóvel do devedor, não à sua construção ou aquisição, prevalece a garantia do bem de família” (STJ, REsp. 1120775/RS, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 21.11.2014).

⁸¹⁴ “A pensão alimentícia é prevista no artigo 3º, inciso III, da Lei n. 8.009/90, como hipótese de exceção à impenhorabilidade do bem de família. E tal dispositivo não faz qualquer distinção quanto à causa dos alimentos, se decorrente de vínculo familiar ou de obrigação de reparar danos (...) Na espécie, foi imposta pensão alimentícia em razão da prática de ato ilícito - acidente de trânsito - ensejando-se o reconhecimento de que a impenhorabilidade do bem de família não é oponível à credora da pensão alimentícia (STJ, REsp 1186225/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 04.09.2012; no mesmo sentido, STJ, EREsp 679.456/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª T., j. 04.09.2012). Assim também, em relação à execução oriunda de indenização por ato ilícito proveniente de condenação na esfera penal, STJ, REsp 947.518/PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., j. 08.11.2011.

⁸¹⁵ *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 82.

Interessante notar o avanço trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, no seu art. 833, § 2º, ao acrescentar a expressão “independentemente de sua origem” na hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, mostrando clara evolução, nesse sentido, em relação ao diploma adjetivo predecessor. Dessa forma, o legislador trouxe maior sistematicidade ao ordenamento jurídico infraconstitucional, na medida em que a impenhorabilidade legal não é oponível a cobrança de qualquer crédito de natureza alimentar.

6.4.3.3. Para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar (art. 3º, IV, da Lei 8.009/90)

Estabelece o inciso IV, do art. 3º da Lei 8.009/90, que a impenhorabilidade não será oponível em face da cobrança de crédito tributário que *tenha por fato gerador a propriedade ou a posse da residência ou do respectivo terreno*. Nessa ordem, não há qualquer conflito entre tal previsão e aquelas dispostas nos arts. 184 do CTN⁸¹⁶ (Código Tributário Nacional) e 30 da LEF⁸¹⁷ (Lei de Execuções Fiscais) que, apesar de se referirem a créditos preferenciais, ressalvam os bens declarados impenhoráveis por força da lei. Logo, se a própria lei especial faz a ressalva de que, nessas hipóteses, poderá o bem de família ser objeto de penhora, os dispositivos do CTN e da LEF vão ao encontro do que estabelecido na Lei 8.009/90. Trata-se, contudo, de previsão pouco usual na prática, visto que a minoria dos créditos fiscais objeto de execução tem como fato gerador a citada situação de direito.

⁸¹⁶ Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

⁸¹⁷ Art. 30 - Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

O sobredito dispositivo da Lei 8.009/90 faz expressa menção aos *impostos, taxas e contribuições*. Em relação aos primeiros não há outros pormenores, visto que são aqueles que a lei ordinária qualifica como tal. *Taxas* devem ser entendidas não somente como aquelas mencionadas pelo art. 145, II da Constituição Federal, mas também aquelas que, apesar de não possuírem natureza jurídica de tributo, dizem respeito a serviço de caráter compulsório remunerados mediante tarifa ou preço público, tais como a “taxa” de água e esgoto⁸¹⁸. *Contribuições* são aquelas previstas pela Constituição Federal em seu art. 145, III e art. 149-A (custeio de iluminação pública), bem como aquelas devidas à previdência, por exemplo, em virtude da construção civil.

Malgrado a Lei 8.009/90 não ter tratado especificamente sobre o assunto, a jurisprudência⁸¹⁹ tem admitido a penhora do bem de família em virtude da inadimplência de *despesas condominiais*, apregoando-se que o vocábulo “contribuições”, mencionado no inciso IV, não exprime apenas as contribuições previstas na Constituição Federal, mas também aquela devida pelo rateio condominial⁸²⁰. Sendo o pagamento das despesas do condomínio obrigação do titular da unidade autônoma (conforme preconiza o art. 12 da Lei 4.591/1964 e o art. 1.336 do CC) é sobre os bens deste, *a priori*, que deverá incidir a regra excepcional do inciso IV, mesmo que a dívida tenha sido gerada quando o imóvel estivesse em posse de terceiros (locatário, alienante).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu⁸²¹ que a natureza da obrigação *propter rem* das dívidas condominiais pode justificar o redirecionamento de uma execução movida contra o condomínio, se inexistente patrimônio próprio para pagamento, para os proprietários das unidades que tenham estabelecido relação jurídica direta com aquele, mesmo no caso de o imóvel ter sido adquirido em momento

⁸¹⁸“A ordem jurídica que obriga o fornecimento de água e a coleta de esgoto pela rede pública impõe a conclusão de que o serviço é de caráter compulsório e remunerado mediante taxa, razão pela qual é passível de penhora o imóvel residencial da família (...)” TJMG, AC. 10702100875328001/MG, rel. Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, j. 22.01.2013. Nesse sentido, firme a jurisprudência do STJ ao entender se tratar de tarifa ou preço público a contraprestação paga em função do fornecimento de água e esgoto: STJ, AgRg no Ag 1084537/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T., DJe de 18.02.2009; STJ, REsp 890956/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, 2ª T., j. 10.06.2008.

⁸¹⁹ STJ, REsp 1.100.087/MG, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 12.05.2009

⁸²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de família*. Vol VI. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 596.

⁸²¹ STJ, REsp 1473484/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 21.06.2018.

posterior à sentença que reconheceu o débito, e ainda que se trate de bem de família⁸²².

6.4.3.4. Para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar (art. 3º, V, da Lei 8.009/90)

O dispositivo representa verdadeira demonstração do princípio da disponibilidade em matéria de impenhorabilidade, elevando o prestígio que se dá à autonomia privada no que tange à responsabilidade patrimonial e à execução civil. Dessa forma, o devedor é livre para alienar e realizar negócios jurídicos de disposição do bem, inclusive gravando-o como garantia real. Por tal inciso, não poderá ser arguida impenhorabilidade na execução de hipoteca sobre o imóvel residencial oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

Nota-se aqui a chancela legal da possibilidade de renúncia da regra de impenhorabilidade, o que apenas corrobora da posição adotada neste estudo de que é possível renunciar à regra da impenhorabilidade em prestígio à autonomia privada e à tutela do crédito.

Exceto no regime de separação absoluta, a validade da hipoteca instituída pelo casal depende da autorização do cônjuge, conforme art. 1.647 do CC. Em se tratando de união estável, por falta de qualquer previsão legal em sentido contrário, é válida a hipoteca instituída pelo respectivo titular, em respeito ao terceiro credor de boa-fé.

⁸²² “As despesas condominiais, inclusive as decorrentes de decisões judiciais, são obrigações *propter rem* e, por isso, será responsável pelo seu pagamento, na proporção de sua fração ideal, aquele que detém a qualidade de proprietário da unidade imobiliária ou seja titular de um dos aspectos da propriedade (posse, gozo, fruição), desde que tenha estabelecido relação jurídica direta com o condomínio, ainda que a dívida seja anterior à aquisição do imóvel. Portanto, uma vez ajuizada a execução em face do condomínio, se inexistente patrimônio próprio para satisfação do crédito, podem os condôminos ser chamados a responder pela dívida, na proporção de sua fração ideal. O bem residencial de família é penhorável para atender às despesas comuns de condomínio, que gozam de prevalência sobre os interesses individuais [...]” (STJ, REsp 1473484/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 21.06.2018).

Recomenda-se, contudo, que o companheiro(a) também assine a respectiva escritura, manifestando, deste modo, seu consentimento expresso⁸²³.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸²⁴, sensível à importância social do direito à moradia, interpretou esse dispositivo legal no sentido de ser necessária a comprovação, pelo credor, de que a dívida contraída por pessoa jurídica tenha sido revertida em benefício da própria entidade familiar para que pudesse ser afastada a impenhorabilidade legal do bem de família. Na mesma linha, entendeu que, ainda que a titularidade do imóvel pertencesse a um dos sócios da pessoa jurídica, em favor da qual fora instituída a hipoteca, a exceção legal não estaria automaticamente configurada, demandando, da mesma forma, prova de que os proprietários do imóvel dado em garantia teriam se favorecido com o montante auferido⁸²⁵.

Pensa-se, neste estudo, que tanto nos casos em que o bem imóvel pertença apenas a um dos sócios ou ainda aos dois únicos sócios da pessoa jurídica, o ônus de provar a ausência de benefício à família deveria recair sobre o devedor-executado, visto que a exceção à impenhorabilidade que favorece o credor está amparada por norma expressa (art. 3º, V, da Lei 8.009/90), de tal modo que lhe impor este ônus vai de encontro à melhor interpretação da lei, inferindo-se, ademais, flagrante dificuldade de produção probatória. De todo modo, o simples oferecimento de bem imóvel como garantia real já demonstra a propensão do devedor em renunciar ao benefício da impenhorabilidade, bem como impossibilita o seu arrependimento posterior em virtude da máxima do *nemo potest venire contra factum proprium* e do respeito aos princípios da boa-fé e da confiança, assim como em decorrência da preclusão lógica incidente no caso.

Presume-se o proveito à família, aliás, quando, em razão da atividade exercida por empresa familiar, o imóvel onde reside o casal - únicos sócios daquela - é onerado

⁸²³ VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87. Ainda no sentido da exigência da anuência do companheiro(a) para validade da hipoteca sobre o imóvel, ver STJ, REsp 755.830/SP, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 07.11.2006.

⁸²⁴ Nesse sentido, ficou assente no REsp 997.261/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.03.2012, que a exceção prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/1991, deve ser interpretada restritivamente, somente atingindo os bens que foram dados em garantia de dívidas contraídas em benefício da própria família. No caso, a hipoteca foi constituída em garantia de dívida de terceiro, o que não afasta a proteção dada ao imóvel pela lei que rege os bens de família. Outros julgados no mesmo sentido: REsp 1.022.735/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 15.12.2009; AgRg no AgRg no Ag 1.094.203/SP, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 26.04.2011.

⁸²⁵ Vide julgados exemplificativos na nota referencial acima.

com garantia real hipotecária. Conforme bem ponderado no voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do EAREsp 848498/PR⁸²⁶, “não é concebível que o Poder Judiciário chancela a inobservância ao princípio *nemo venire contra factum proprium*, admitindo que a parte adote comportamento contraditório, ora ofertando o bem à penhora, ora invocando a sua impenhorabilidade, sendo certo que a Lei n. 8.009/1990 tem o escopo de resguardar o direito à moradia e não o de estimular a astúcia”.

Desta forma, pode-se assim sintetizar o entendimento jurisprudencial atual do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: a) o bem de família será impenhorável se, dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica, não provar o credor que o proveito se reverteu em benefício daquele ou de sua entidade familiar e b) o bem de família é penhorável quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários-devedores, nesse caso, a demonstração de que não se beneficiaram dos valores auferidos.

6.4.3.5. Aquisição com produto de crime e crédito oriundo de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (art. 3º, VI, da Lei 8.009/90)

O inciso VI, do art. 3º, traz duas hipóteses distintas de exceções à impenhorabilidade dos bens imóveis e móveis alcançados pela Lei 8.009/90. A primeira diz respeito ao imóvel ou móvel adquirido com produto de crime. Nesse caso, diferentemente das demais hipóteses contidas nos incisos do art. 3º, não se faz qualquer distinção quanto à origem dos bens ou à qualidade do crédito. É dizer, o exequente, qualquer que seja seu crédito e sua posição, sempre poderá pedir a penhora daquele bem, não importando se tratar – ou não – da vítima do crime.

De outra ponta, a Constituição Federal, no art. 5º, LVII, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, razão pela qual exige-se para o afastamento da impenhorabilidade que a condenação no

⁸²⁶ STJ, EAREsp 848498/PR, Rel. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 25.04.2018.

juízo criminal já tenha transitado em julgado. Não há que se confundir, entretanto, o início da execução da pena criminal após condenação em segunda instância, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADC 43 e 44⁸²⁷, com a execução do título judicial formado por meio de efeito extrapenal condenatório. Este exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme art. 515, VI, do CPC⁸²⁸ e art. 63 do CPP⁸²⁹.

Nada obstante a ausência de referência expressa às *contravenções penais* na redação do dispositivo suso referido, parece acertado estender as hipóteses de aquisição de bens decorrente de atividade contravencional à exceção prevista no inciso VI⁸³⁰, pois aqui também há clara conduta delituosa contrária ao ordenamento jurídico.

A segunda parte do inciso VI, do art. 3º da Lei 8.009/90 trata da sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, referindo-se ao título executivo judicial formado pelo art. 515, VI, do CPC⁸³¹. Há, na doutrina⁸³², quem entenda que os crimes não necessitam ter conotação econômica, pois a indenização pode estar ligada a crimes que geram dever de reparação por danos morais, tais como os crimes contra a honra. Ressalva deve ser feita para o caso de o lesado optar pela proposição de ação civil de reparação de dano distinta daquela decorrente do art. 63 do CPP (ação civil *ex delicto*), em que não se aplicará essa exceção. Não se pode entender como devida a aplicação da exceção à impenhorabilidade nesses casos sob pena de, assim o fazendo, considerar, por aplicação do princípio da isonomia,

⁸²⁷ “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. ADC 43 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 05.10.2016; ADC 44 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 05.10.2016.

⁸²⁸ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado.

⁸²⁹ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

⁸³⁰ Na doutrina, cf. MARMITT, Arnaldo. *Bem de família - legal e convencional*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 91; VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

⁸³¹ Há previsão de indenização também na esfera da lei material penal quando o Código Penal traz, em seu art. 91, I, a previsão de que são efeitos da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

⁸³² VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

penhorável o imóvel residencial do devedor em qualquer hipótese de responsabilidade civil por ato ilícito.

De toda forma, a regra que afasta a impenhorabilidade só poderá aplicada se derivada de sentença penal que torna certa a obrigação de reparar os danos decorrentes do ato ilícito penal, devendo o juiz penal fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados, conforme rezam os arts. 63 e 387, IV, do CPP.

Por fim, é de se trazer o que dispõe o art. 243 da Constituição Federal: “As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”. A hipótese não cuida, especificamente, de desapropriação (não indenizada), mas de perdimento do bem restrito somente à área sobre as quais existir a referida atividade ilícita⁸³³, não havendo de se falar aqui, por consequência, em qualquer benefício da impenhorabilidade legal na referida extensão.

6.4.3.6. Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII, da Lei 8.009/90)

O último - e mais conturbado - inciso do art. 3º, da Lei 8.009/90, traz exceção à impenhorabilidade legal do imóvel residencial do fiador quando a execução se tratar de dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação. Por se tratar de dispositivo acrescido pela Lei 8.245/91 (Lei das Locações), indubitável que tal exceção deva ser aplicada apenas às obrigações constituídas após o advento da respectiva lei, em virtude da tradicional regra do *tempus regit actum*⁸³⁴, bem como que só tenha

⁸³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 196.

⁸³⁴ ASSIS, Araken de. Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, out. 2009, p. 35.

incidência em locações prediais urbanas não comerciais⁸³⁵, por se tratar de matéria específica regulada por aquela lei.

A inclusão do referido dispositivo gerou muita controvérsia doutrinária a respeito da (in)constitucionalidade do mesmo. A doutrina favorável à inconstitucionalidade do dispositivo⁸³⁶ sustenta haver, nessa hipótese, em síntese: i) violação do direito social da moradia, consagrado no art. 6º da CF/1988 e ii) afronta ao princípio da isonomia. Em relação ao direito social à moradia, afirma-se que, por se tratar do núcleo irreduzível da autonomia pessoal, não pode tal proteção decair diante de um contrato de fiança⁸³⁷. Quanto ao princípio da isonomia, restaria este violado porquanto haver tratamento distinto a indivíduos e famílias que possuem residência em imóvel considerado bem de família⁸³⁸.

De fato, não se olvida haver flagrante disparidade de tratamento entre o devedor - que possui débito e responsabilidade - e o fiador - que possui apenas responsabilidade e que sequer contraiu a obrigação principal. Ao locatário (afiançado) que se furta ao cumprimento da obrigação pecuniária locatícia é concedido o benefício da impenhorabilidade, enquanto ao fiador, que prestou a fiança de forma benéfica e gratuita, é permitida a penhora de seu próprio imóvel residencial no caso do inadimplemento das obrigações do devedor principal. A discriminação é ululante e incompreensível, beirando o absurdo lógico.

É, dessa forma, de se questionar, inclusive, se a residência própria é condição inerente ao mínimo existencial apto a proporcionar uma vida digna ao devedor e, portanto, se se procura com a benesse da lei, verdadeiramente, garantir um patrimônio mínimo, em última análise. Isso porque, conforme aponta Márcio M.

⁸³⁵ Recentemente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que não é possível penhorar o bem de família do fiador quando se tratar de locação comercial (STF, RE 605.709/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. 12.06.2018)

⁸³⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 646; e REDONDO, Bruno Garcia. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 63, jun. 2008, p. 25-27.

⁸³⁷ REDONDO, Bruno Garcia. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 63, jun. 2008, p. 25-27.

⁸³⁸ REDONDO, Bruno Garcia. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 63, jun. 2008, p. 25-27.

Maidame⁸³⁹, fazendo referência à doutrina de Rainer Czajkowski, é de se pôr em xeque o fato de a lei ter garantido a “dignidade humana” do devedor-locatário, mas não a do seu fiador.

Nada obstante, conforme as balizas trazidas nesse estudo, a regra da impenhorabilidade se mostra disponível e renunciável, sobretudo tendo por espeque que o direito à moradia não é absoluto. Inclusive, há que se realçar que também o devedor-locatário poderia oferecer o seu bem imóvel residencial como garantia de locação, gerando direito real de hipoteca, desde que registrado em cartório de títulos e documentos, conforme art. 38, §1º da Lei 8.245/91. Dá-se, desta feita, prestígio à liberdade de contratar, à autonomia privada e à própria disponibilidade do direito relativo à impenhorabilidade.

Com razão, Araken de Assis critica que “os argumentos da corrente que se opõem à penhorabilidade, intransigentemente, visam à eliminação da autonomia privada, nesta área, incutindo no espírito coletivo indesejável irresponsabilidade social”⁸⁴⁰, visto que o fiador assumiu a obrigação, voluntariamente, expondo o bem à excussão. Logo, não é o dispositivo legal que se apresenta inconstitucional, mas sim a interpretação que não permite ao devedor-locatário dispor, igualmente e voluntariamente, de um benefício que entende renunciável em vista de outros interesses que julga mais importantes em determinado negócio jurídico.

No julgamento do Recurso Extraordinário 407.688/SP, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, o pleno do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o artigo 3º, inciso VIII, da Lei 8.009/90, à luz do artigo 6º da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 26/2000. Dessa forma, entendeu o STF que no caso da penhora do bem de família dado em garantia em contrato de locação, o indivíduo, ao assumir a condição de fiador em um contrato de locação, assume espontaneamente o risco de sofrer constrição em seu imóvel, ainda que seja aquele onde reside com sua família⁸⁴¹.

⁸³⁹ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 216-217.

⁸⁴⁰ ASSIS, Araken de. Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, out. 2009, p. 36.

⁸⁴¹No mesmo sentido também o Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento reiterado e pacificado: STJ, REsp 1.363.368/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 12.11.2014, (REsp

Nessa linha de ideias, também não haveria razão para se entender que poderia o fiador, em uma possível ação de regresso contra o devedor-locatário, se valer dessa regra de exceção à impenhorabilidade do imóvel residencial para pleitear a penhora do bem de família daquele se este não o ofereceu como garantia. Isso porque, além da lei não contemplar essa hipótese ou possibilitar esse alcance – e aqui se trata de uma “exceção à exceção”, o que justifica ainda mais uma interpretação restritiva – estar-se-ia a utilizar do mesmo argumento falho para retirar de mais uma pessoa, que sequer ofereceu bem como garantia, o seu bem de família⁸⁴².

6.4.3.7. Para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente (art. 3º, VIII, da Lei 8.009/90)

A Medida Provisória nº 871/2019, assinada em 18 de janeiro de 2019, inseriu nova exceção às hipóteses de impenhorabilidade de bem de família previstas no art. 3º da Lei 8.009/90, que passou a excetuar a regra da impenhorabilidade para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos (inciso VIII, art. 3º da Lei 8.009/90).

O dispositivo apresenta vestes claramente fazendárias e dissonantes da *ratio* do instituto do bem de família. Mais uma vez, põe-se em xeque a proteção à moradia do devedor em face de um crédito fazendário, de modo afrontoso aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade. A partir da inserção do referido dispositivo legal será prescindível a comprovação de um delito para proceder-se com a penhora do bem, bastando a prova do recebimento indevido

repetitivo – art. 543-C do CPC/73); STJ, AgRg no REsp 1.088.962/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 15.06.2010.

⁸⁴² Atento a tal discrepância, Bruno Garcia Redondo chega a chamar de “inconstitucionalidade ao quadrado” tal hipótese, já que retira não apenas de uma pessoa, mas sim de duas, a proteção constitucional ao mínimo necessário à existência digna (A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 63, jun. 2008, p. 26).

de benefício previdenciário. Ressalte-se, ainda, a irrelevância em se apurar a origem da aquisição do bem, de modo que o mesmo poderá ser penhorado ainda que não tenha sido adquirido pelo objeto do recebimento indevido, haja vista a presunção de conhecimento do ato ilícito por aquele que recebeu o benefício de forma indevida, ainda que a fraude tenha sido realizada por terceiro.

Debate surge a respeito da (in)constitucionalidade do referido dispositivo legal. Conforme discutido no tópico 5.1 supra, entende-se que as regras de impenhorabilidade apresentam natureza jurídica de direito processual, apesar de, em alguns casos, estarem previstas de forma heterotópicas em diplomas de natureza híbrida. Por sua vez, o art. 62, § 1º, I, b, da Constituição Federal prevê a vedação à “edição de medidas provisórias sobre matéria [...] relativa a [...] direito penal, processual penal e processual civil”.

Ademais, a “cobrança de crédito constituído” parece transbordar os limites materiais afetos a uma medida provisória, pois, trata-se de matéria processual, na medida em que a via procedimental adequada para cobrança do referido crédito, cujo titular é a Fazenda Pública, é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Portanto, salvo as considerações doutrinárias que entendem tratar-se as regras sobre impenhorabilidade pertencentes ao direito material, o inciso VIII do art. 3º da Lei 8.009/1990 está eivado de inconstitucionalidade.

6.4.3.8. O devedor insolvente e de má-fé (art. 4º, *caput* e § 1º da Lei nº. 8.009/90)

Dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei nº. 8.009/90 que “não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”, podendo o juiz do caso “transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese” (§ 1º). Demonstra o legislador verdadeira preocupação com a efetividade da execução e, do mesmo modo, com a probidade da atuação das partes (arts. 5º e 80

do CPC), a dignidade da justiça (art. 77, VI do CPC) e a cooperação (art. 6º, CPC) dos envolvidos no processo, buscando desestimular atos que demonstrem exercício abusivo de direito pelo executado.

Tem-se aqui, portanto, a exigência da cumulação de três requisitos para a incidência do art. 4º: a) a ciência acerca da situação própria de (possível) insolvência pelo devedor; b) a comprovação de sua má-fé e c) a aquisição de novo imóvel mais valioso. Quanto à insolvência, exige-se apenas que o executado não possua outro imóvel passível de penhora e, ciente de sua situação econômica ao adquirir o novo imóvel, não possua meios de satisfazer integralmente o crédito. No tocante a má-fé, Rita Vasconcelos explica que “deve estar evidente a intenção do devedor, ao substituir seu imóvel residencial por outro de maior valor, de fazer com que a impenhorabilidade recaia sobre bem mais valioso, sabendo-se insolvente, ou diante de previsível e iminência insolvência”⁸⁴³. Dessa forma, a simples mudança de residência por outra de valor similar, sem grande variação entre os preços ou por motivos de conveniência do devedor ou de sua família, não configuraria a má-fé⁸⁴⁴ exigida pelo dispositivo.

O art. 4º, § 1º, da Lei 8.009/90 apresenta duas possíveis soluções ao juiz, adotadas no interior do próprio processo executivo (“*na respectiva ação do credor*”), a depender do negócio jurídico realizado pelo adquirente de má-fé: a) não se desfazendo da morada antiga e adquirindo outra de maior valor, a impenhorabilidade será transferida para aquela primitiva, visto que o benefício recai sobre o imóvel de menor valor (art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.009/90). A nova residência, portanto, ficaria passível de expropriação em execução singular ou coletiva (concurso); b) em sendo realizada a alienação do imóvel residencial anterior de menor valor, estaria aberta a possibilidade de o juiz “anular-lhe” a venda.

Há doutrina que entende se tratar o referido inciso de nova hipótese de fraude à execução, por força do que dispõe o art. 792, V, do CPC⁸⁴⁵. Outros, entretanto, defendem não existir qualquer tipo de fraude, visto que duas situações são passíveis

⁸⁴³ *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93.

⁸⁴⁴ Diz a súmula 375 do STJ: “*O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*”.

⁸⁴⁵ Com esse entendimento, Araken de Assis defende se tratar de nova forma de fraude à execução, consistindo tal fraude “em criar impenhorabilidade aparente de residência familiar, adquirida para tal fim, nela concentrando valores antes dispersos em outros bens móveis ou imóveis” (*Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 417).

de ocorrência: a) ou não há fraude, pois não tendo sido alienado o imóvel anterior, a aquisição de um novo mais valioso implicaria aumento do patrimônio do devedor, ainda que insolvente; ou b) o imóvel antigo foi alienado, mas existindo outro de maior valor, restariam protegidos os credores com o aumento patrimonial, inexistindo, aqui também, qualquer tipo de fraude⁸⁴⁶.

A bem da verdade, a técnica da redação utilizada pelo legislador da Lei 8.009/90 não foi da mais acurada. Ao possibilitar ao juiz *anular* a venda do imóvel menos valioso, independentemente da provocação da parte interessada, o legislador criou problemas tanto para o credor-exequente, que terá que se valer de uma ação autônoma para se discutir a fraude contra credores ou, no mínimo, aguardar a anulação da alienação do primitivo bem de família; quanto para o adquirente de boa-fé do imóvel de menor valor que, normalmente, terá que aguardar a expropriação do imóvel de maior valor para reaver o dinheiro ou bem investidos no negócio jurídico anulado. Nessa ordem, aponta Rita Vasconcelos que não seria o caso de “pronunciar-se sobre a nulidade, pois a alienação e transferência da residência não são atos nulos (CC, art. 166, VIII; e CC, art. 168, parágrafo único⁸⁴⁷)”⁸⁴⁸.

Ante tais constatações, a doutrina nacional buscou trazer soluções, ou sugestões, para o imbróglio criado pelo legislador. Para Araken de Assis, solução mais vantajosa residiria, simplesmente, na eliminação da impenhorabilidade da nova moradia, não anulando, assim, o negócio jurídico realizado pelo terceiro adquirente⁸⁴⁹. Em posição semelhante, destaca Álvaro Villaça Azevedo a desnecessidade de anulação da alienação do primitivo imóvel de família, bastando que o novo, mais valioso, fosse

⁸⁴⁶AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 203. Em síntese, a ideia do autor pode ser resumida no seguinte excerto: “Em verdade, não houve fraude, porque o patrimônio remanescente é maior do que o alienado”.

⁸⁴⁷ Art. 166: “É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Art. 168: “As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”.

⁸⁴⁸ VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

⁸⁴⁹ E, em ocorrendo a anulação, simplifica o autor que “no tocante à anulação, e não ineficácia (...) o juiz deverá resguardar o direito do terceiro à restituição integral de sua prestação no negócio, como sói decorrer da anulação (art. 182 do CC), que implica restituições recíprocas dos figurantes do negócio jurídico” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 418).

levado à expropriação, até o valor que ultrapassar o do antigo imóvel⁸⁵⁰. Tal posição parece-nos a mais acertada, visto que impingirá ao alienante de má-fé – e não ao credor ou terceiro adquirente de boa-fé - o labor de ter que buscar novo imóvel em valor igual ou inferior ao antigo.

De todo modo, não se afigura probo que um devedor, sabedor de seu estado de insolvência, ou de sua possível iminência, adquira imóvel mais valioso, ainda que destinado à sua moradia. A atitude desejada (e esperada) de um cidadão honesto e colaborativo é que, primeiro, cumpra suas pendências e resolva seus débitos para, só então, buscar o investimento imobiliário⁸⁵¹.

6.4.3.9. O imóvel rural como bem de família (art. 4º, § 2º da Lei nº. 8.009/90)

A proteção da pequena propriedade rural pela impenhorabilidade encontra respaldo constitucional, sendo prevista no art. 5º, XXVI, da Constituição Federal nos seguintes termos: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”. O dispositivo é mais um exemplo de casos em que o constituinte confere ao legislador ordinário um amplo *poder de conformação*, permitindo que a lei concretize ou densifique determinada faculdade fundamental⁸⁵² (direito à moradia e à vida digna do camponês e de sua família).

Tal qual o art. 833, VIII, do CPC⁸⁵³, a Lei 8.009/90 vem reforçar, em seu art. 4º, § 2º, a regra sobre a proteção da pequena propriedade rural prevista constitucionalmente. Fá-la, entretanto, de modo a restringir a impenhorabilidade à sede da moradia, com

⁸⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.

⁸⁵¹ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p.235.

⁸⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 196.

⁸⁵³ Art. 833. São impenhoráveis: (...) VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família.

os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, XXVI, da CF/88, à área limitada como pequena propriedade rural.

Para o correto entendimento do que se trata a *pequena propriedade rural* referenciada no art. 4º, § 2º da Lei nº. 8.009/90, faz-se mister compreender, dentro do âmbito da legislação infraconstitucional, a mudança ocasionada pela Lei 11.382/2006, a qual alterou a redação do art. 649, VIII, do CPC-73, passando a *considerar impenhorável a pequena propriedade rural, definida em lei, desde que trabalhada pela família* - redação esta mantida incólume pelo art. 833, VIII, do CPC. Nota-se, por uma leitura mais acurada da redação constituitucional e do dispositivo ordinário, que a Constituição Federal e o Código de Processo Civil trazem requisitos distintos para a caracterização da impenhorabilidade da pequena propriedade rural.

O texto constitucional declara dito bem impenhorável (*rectius*: protegido contra a expropriação) quando: a) tratar-se de pequena propriedade rural, nos termos da lei; b) seja explorado pela família; e c) a dívida for referente à sua atividade produtiva. Por sua vez, o Código de Processo Civil reduz para dois os requisitos para o afastamento da penhora, alargando, dessa forma, o âmbito de incidência do alcance da impenhorabilidade sobre esses imóveis quando: a) enquadrar-se o bem na definição de pequena propriedade rural, nos termos da lei; e b) ser o imóvel trabalhado pela família.

Em virtude desses fatos, tem se sustentado⁸⁵⁴ que o Código de Processo Civil extinguiu a impenhorabilidade restrita da pequena propriedade rural, passando a mesma a ter o igual tratamento do imóvel urbano de moradia, ou seja, impenhorável ainda que em face de dívidas que não decorram de sua exploração.

Esta é a opinião de Márcio M. Maidame, para quem “a imunidade não se subscreve mais à exceção constitucional relativa às despesas de custeio da atividade produtiva. Em face de qualquer tipo de cobrança, agora, o benefício pode ser oposto (...)”⁸⁵⁵, bastando que: a) a propriedade seja trabalhada pelo devedor ou sua família, ainda

⁸⁵⁴ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Bens absolutamente impenhoráveis. In: NEVES, Daniel A. A. et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: revista dos Tribunais, v. II, 2007, p. 223; MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 232.

⁸⁵⁵ *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 232.

que indiretamente; e b) seja considerada “pequena propriedade rural” nos termos da Lei 9.393/96.

Entendemos, com o devido respeito às opiniões contrárias, que a impenhorabilidade da pequena propriedade rural continua sendo *relativa*. Explica-se. Além da exceção prevista no §1º, do art. 833, do CPC, pela qual “a impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição”, ainda há outra exceção que possibilita a penhora do imóvel residencial rural e dos móveis que o guarnecem, qual seja, quando a execução se fundar em crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato (art. 3º, II, da Lei 8.009/90).

A pequena propriedade rural ainda poderá ser objeto de penhora quando hipotecada na cédula trazida à execução⁸⁵⁶ (art. 3º, V, da Lei 8.009/90), excepcionando-se os casos em que os débitos são decorrentes de sua atividade produtiva (art. 5º, XXVI, da CF/1988)⁸⁵⁷, visto que a lei ordinária não pode se sobrepor às disposições constitucionais. Isso porque, malgrado o tema da penhorabilidade ou impenhorabilidade seja afeto da lei ordinária, de forma que esta pode versá-lo livremente, a mesma não poderá reduzir o alcance da proteção constitucional⁸⁵⁸.

Questão tormentosa está na definição do que se entende por *pequena propriedade rural nos termos da lei*. Quando promulgada a Constituição Federal de 1988 ainda não havia lei ordinária definindo o que seria *pequena propriedade rural* de forma específica. Havia, nos termos do art. 4º, I, II, e III Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) a definição do que seriam, respectivamente, “imóvel rural”, “propriedade familiar” e “módulo rural”, sem trazer, contudo, qualquer referência à pequena propriedade rural. Somente em 1993, por meio do artigo 4º, II, da Lei 8.629/93, a pequena propriedade

⁸⁵⁶ “A ressalva prevista no art. 3º, inciso V, da Lei 8.009/90 não alcança a hipótese dos autos, limitando-se, unicamente, à execução hipotecária, não podendo benefício de a impenhorabilidade ser afastado para a execução de outras dívidas. Por tratar-se de norma de ordem pública, que visa a proteção da entidade familiar, e não do devedor, a sua interpretação há de ser restritiva à hipótese contida na norma” (STJ, REsp 1.115.265-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 24.04.2012).

⁸⁵⁷ Em sentido contrário: VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96.

⁸⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 395.

rural foi definida como sendo a “área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais”⁸⁵⁹.

Posteriormente, a Lei 9.393/96 (que revogou o art. 7º da Lei 8.847/94) trouxe, em seu art. 2º, parágrafo único, a definição do que seriam *pequenas glebas rurais* nos termos do art. 153, § 4º, *in fine*, da Constituição Federal⁸⁶⁰. Para relevante posição doutrinária, tal é a definição legal da pequena propriedade rural, ou seja, aquela que se encontra nos limites de 100 a 30 hectares, dependendo da região em que a propriedade esteja situada⁸⁶¹.

Pensamos, contudo, que pelo fato da Lei 9.393/96 dispor acerca do imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), bem como utilizar-se da definição de *pequenas glebas rurais* a fim de regulamentar o art. 153, § 4º, *in fine*, da Constituição Federal, a melhor definição de *pequena propriedade rural* para os fins do art. 4º, §2º da Lei 8.009/90 e do art. 833, VIII, do Código de Processo Civil seria aquela trazida pela Lei 12.651/2012 (denominada de Novo Código Florestal Brasileiro). Isso porque o citado diploma conceitua, na literalidade, o que se entende por *pequena propriedade ou posse rural familiar* como sendo “aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006”.

Por sua vez, a Lei 11.326/2006, estabelece o seguinte: “art. 3º- Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais (...)”. Sendo assim, *pequena propriedade rural familiar* é definida, nos termos da lei, como aquela que tem até 4 (quatro) módulos fiscais e simultaneamente apresenta os

⁸⁵⁹ A Lei 13.465/2017 alterou a redação do dispositivo, passando a pequena propriedade rural a se referir a “área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento”.

⁸⁶⁰ Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, pequenas glebas rurais são os imóveis com área igual ou inferior a: I - 100 ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense; II - 50 ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental; III - 30 ha, se localizado em qualquer outro município.

⁸⁶¹ Tal é a posição de Márcio Manoel Maidame. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 231) e Rita Vasconcelos (*A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96).

critérios estabelecidos no artigo 3º, da Lei 11.326/2006⁸⁶². É a partir da ideia de módulo fiscal a melhor forma de definir o que representa uma pequena propriedade rural.

Não se tratando de pequena propriedade rural, o imóvel rural é passível de penhora na fração que exceda o necessário à moradia do devedor e de sua família, conforme remansoso entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸⁶³. E, ainda que se trate de pequena propriedade rural, se o proprietário arrenda no todo ou em parte sua área, a mesma torna-se penhorável por dívida de qualquer natureza, visto que o CPC e a Constituição Federal resguardam apenas o bem objeto de *efetiva moradia e exploração* pelo proprietário ou sua família.

6.5. Hipóteses de afastamento da impenhorabilidade do bem de família não contempladas pela Lei nº. 8.009/90

Além das exceções à regra da impenhorabilidade taxativamente elencadas pela Lei 8.009/90 e discutidas acima, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm reconhecendo a possibilidade de denegação do benefício da impenhorabilidade do bem de família em outras hipóteses, mormente, quando a insuficiência da redação ou a atecnia legislativa esbarram em outros princípios de ordem axiológica ou lógica que compõem o sistema do direito positivo brasileiro.

Conforme se demonstrou, a aplicação pura e literal das regras contidas na Lei 8.009/90 levaria a um tratamento flagrantemente desigual entre pessoas que se encontram em situações iguais, tais como as pessoas solteiras, viúvas e que vivem sozinhas e o exequente de crédito oriundo de ilícito civil. A melhor exegese no que tange à aplicação da Lei 8.009/90, portanto, seja para o credor ou para o devedor, não

⁸⁶² Também compartilhando do mesmo entendimento: Humberto Theodoro Junior (*Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 396) e Araken de Assis (*Manual da execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 366).

⁸⁶³ STJ, REsp 1.237.176-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 04.04.2013. O STJ, outrossim, já decidiu pela possibilidade de penhora de 50% da área total de propriedade rural, desde que nos 50% da área rural que ficarão a salvo da penhora esteja abarcada a residência (sede da moradia) da família (STJ, REsp 1.018.635-ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 22.11.2011).

é aquela que interpreta sempre na literalidade seus dispositivos, mas a que imprime primazia aos fins teleológicos da lei, de modo que o intérprete busque o verdadeiro sentido desta, os efeitos por ela pretendidos, as situações que se encontram albergadas pelo seu alcance e os fins a que a norma se dirige. Deve-se procurar o sentido imanente no texto como fundamento do labor do hermenêuta, e não o que o elaborador teve em mente na sua feitura, pois a ação do tempo é irresistível e não respeita a imobilidade aparente dos códigos⁸⁶⁴.

Não é outra conclusão que se obtém ao verificar o art. 5º da LINDB (Lei de Introdução as Normas Jurídicas Brasileiras), segundo o qual na aplicação de toda e qualquer norma jurídica, o intérprete atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Erige-se fundamental, portanto, a aplicação teleológica, ou finalística, da Lei 8.009/90, buscando o aplicador a todo o momento os fins a que a norma é destinada, qual seja, o caráter sociológico que inspirou o legislador a abrigar e resguardar o direito à moradia⁸⁶⁵ sem que, para tanto, incorra em discricionariedade.

Passa-se, a seguir, ao estudo dos fundamentos mais frequentes que a doutrina e a jurisprudência têm se utilizado para proceder com a expropriação de bem de família fora das hipóteses taxativas da Lei 8.009/90.

6.5.1. Alienação do bem de família em fraude à execução ou em abuso de direito

A impenhorabilidade do bem de família, como se demonstrou, não é ilimitada e absoluta. A execução civil, ao mesmo tempo em que não pode reduzir o devedor a uma situação indigna e de escárnio, deve atuar com a finalidade de proporcionar ao

⁸⁶⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 35 (e-book).

⁸⁶⁵ Assim, se manifesta Antônio de Pádua Ferraz Nogueira: “Na espécie, como se vê, há de preponderar a interpretação finalística do art. 5º, XXIII, da CF (LGL\1988\3), que se entrosa com a *voluntas legislatoris* contida no art. 6º da Lei 8.009/90, a fim de que seja ofertada solução mais adequada à questão, atendendo aos seus fins sociais, como preconizado pela melhor doutrina hermenêutica, ou seja, aquela que leva à lógica do razoável, à ideia de justiça emergente do interesse social, que se sobrepõe aos interesses particulares e objetiva o bem comum” (Fundamentos sócio-jurídicos do bem de família (lei 8.009/90). *Revista dos Tribunais*, vol. 691, mai. 1993, p. 12).

credor-exequente a efetivação do direito material reconhecido por intermédio de um título executivo e a fruição do respectivo bem da vida.

De tal modo, as regras da impenhorabilidade do bem de família devem ser interpretadas teleologicamente e em atenção aos princípios que norteiam a atividade executiva⁸⁶⁶. Decerto, o legislador da Lei 8.009/90 não buscou que o devedor inadimplente se utilizasse dos mecanismos protetivos da legislação como salvaguardo do inadimplemento de suas obrigações.

Como sói acontecer diante da interpretação de qualquer dispositivo legal, não se pode tolerar a utilização abusiva do direito, sobretudo, para fins escusos. Afinal, não há como prevalecer a regra de impenhorabilidade da Lei 8.009/90 em detrimento do princípio fundamental da boa-fé objetiva, de modo que caracterizada a má-fé do devedor e o abuso de direito, demonstrados mediante a “chicana processual” e da fraude aos credores, há de se relativizar as regras protetivas que lhe asseguravam a limitação da responsabilidade patrimonial.

Os deveres de proteção, confiança e lealdade, corolários da boa-fé, devem ser observados não apenas enquanto as partes se relacionam no âmbito do direito material e têm seus interesses tutelados pelo direito privado, mas também na esfera processual quando haja deflagração de um processo litigioso⁸⁶⁷. Percebe-se que a boa-fé do direito privado e a boa-fé processual se complementam, de forma a possibilitar uma interpretação finalística do julgador para cada caso concreto.

A boa-fé é trabalhada no Código Civil em diversos artigos⁸⁶⁸, o que demonstra a sua importância para os institutos de direito privado. Contudo, é no âmbito processual que repousamos a nossa atenção. O Código de Processo Civil alçou a *boa-fé* ao patamar de *norma fundamental do processo civil* ao estabelecer, em seu art. 5º, que "aquele

⁸⁶⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 423.

⁸⁶⁷ FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p.236.

⁸⁶⁸ Conforme FERRIANI (*Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese [Doutorado em Direito] – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p.236), eis o dispositivos que abordam a *boa-fé* no Código Civil: 113, 128, 164, 166, §2º, 187, 242, caput e parágrafo único, 286, 307, parágrafo único, 309, 523, 606, 637, 686, 689, 765, 814, §1º, 856, parágrafo único, 878, 879, 896, 925, 1049, 1149, 1201, caput e parágrafo único, 1202, 1214, caput e parágrafo único, 1217, 1219, 1222, 1228, §4º, 1238, 1242, 11247, parágrafo único, 1255, caput e parágrafo único, 1257, caput, 1258, 1259, 1260, 1261, 1268, §1º, 1270, 1561, caput e §1º, 1563, 1741, 1817, 1827, parágrafo único e 1826.

que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé"⁸⁶⁹.

Como exemplos recorrentes de atuação em má-fé⁸⁷⁰, em abuso do direito⁸⁷¹ (de propriedade) ou em fraude à execução (além das hipóteses elencadas no art. 792 do CPC⁸⁷²), encontra-se o devedor que, no curso do processo, aliena o bem imóvel, ainda que impenhorável, visando se desfazer de patrimônio que possa responder pelas dívidas; o devedor que aliena o *bem de família* posteriormente à inscrição do débito tributário em dívida ativa (art. 185 do CTN, após a LC n. 118/05)⁸⁷³; o devedor que doa *bem de família* a terceiro, com o intuito de criar situação de insolvência e prejudicar credores e; o devedor que oferece bem impenhorável como garantia de crédito, ainda que não o faça por meio de hipoteca (contratos em geral, REFIS⁸⁷⁴), buscando se valer desse benefício posteriormente.

⁸⁶⁹ Há, ainda, outras referências à boa-fé no âmbito do Código de Processo Civil, dentre as quais citamos: arts. 77, 80 (aqui o correto seria tratar de *má-fé*), 322, §2º e 489, §3º.

⁸⁷⁰ A expressão "má-fé" deriva do latim *malefatus* (mau destino ou má-sorte) e será utilizada no presente estudo para fazer referência à atuação intencional investida de engodo e ardid, com o conhecimento total ou parcial do mal contido no ato executado ou do vício que pretende ocultar. A *má-fé* quer transmitir a ideia de que certa coisa ou ação aparenta-se legítima e perfeita, realizada conforme as normas (princípios e regras) do direito, mesmo não o sendo. O Código de Processo Civil faz expressa referência à má-fé em seus art. 80 e 81.

⁸⁷¹ O abuso do direito na concepção de Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger seria o "ato humano, qualificado por um comportamento emulativo; ou por um comportamento que, embora desprovido do caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro; ou, ainda, por um comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outro, se mostre, numa análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõem a 'unidade conceitual e valorativa'" (*Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 57.) do ordenamento jurídico positivo.

⁸⁷² Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei.

⁸⁷³ Em julgado recente, a 2ª Turma do STJ reafirmou o entendimento de que, ainda que em execução fiscal, mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade, visto que imune aos efeitos da execução, e, caso reconhecida a invalidade do negócio jurídico, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor ainda como bem de família (STJ, AgInt no REsp nº 1.486.437/PR, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., j. 08.05.2018).

⁸⁷⁴ Desse modo: "Trata-se, todavia, de situação peculiar, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta violação da boa-fé objetiva, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário (...) A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico" (STJ, REsp 1200112/RJ, rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 07.08.2012).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que de modo vacilante, já se posicionou em reiteradas oportunidades no sentido de que deve ser afastada a impenhorabilidade do bem de família ofertado como garantia quando em evidente fraude de execução⁸⁷⁵ (*rectius*: abuso de direito), a exemplo do executado que indica, voluntariamente, bem sabidamente de *família*, ofertando garantia inidônea⁸⁷⁶. Em outro caso, em ação que discutiu a doação realizada a menor impúbere do único imóvel onde residia a família, ocorrida dias depois de intimados os devedores para pagar quantia certa, restou reconhecida a fraude à execução e, desse modo, afastada a natureza impenhorável do bem transferido⁸⁷⁷.

O reconhecimento da fraude à execução, em verdade, não tem por consequência o retorno do bem ao patrimônio do devedor. O negócio jurídico continua válido, perfeito e acabado entre as partes, gerando o efeito jurídico de *ineficácia* apenas em relação à execução e ao exequente⁸⁷⁸. É o que dispõe o § 1º, do art. 792, do CPC ao asseverar que “a alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente”, no que encontra balizas no art. 137 do mesmo diploma. A fraude à execução pode, inclusive,

⁸⁷⁵ STJ, REsp 1.364.509/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10.06.2014; STJ, AgRg no AREsp 334975/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 07.11.2013.

⁸⁷⁶ STJ, AgRg no AREsp 689609/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., 09.06.2015. Aqui, a nosso ver, se aplicaria simplesmente a ideia de renúncia ao benefício da impenhorabilidade.

⁸⁷⁷ “A exegese sistemática da Lei nº 8.009/90 evidencia nítida preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros (...) Na espécie, as circunstâncias em que realizada a doação do imóvel estão a revelar que os devedores, a todo custo, tentam ocultar o bem e proteger o seu patrimônio, sacrificando o direito do credor, assim, portanto, obrando, não apenas em fraude de execução, mas também - e sobretudo - com fraude aos dispositivos da própria Lei 8.009/90. *Nessas hipóteses, é possível, com fundamento em abuso de direito, reconhecer a fraude de execução e afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90*” (STJ, REsp 1.364.509/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10.06.2014). Comungando do mesmo entendimento, segundo o qual, em sendo reconhecida a fraude contra a execução, os bens que “retornam” (*rectius*, ineficácia) ao patrimônio do devedor não recebem a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família: STJ, REsp 772.829/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2º T., j. 16.12.2010; STJ, AgRg no AREsp 334.975/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., DJe 20.11.2013.

⁸⁷⁸ “Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será da propriedade do terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito. Da fraude de execução decorre simples submissão de bens de terceiro à responsabilidade executiva. O adquirente não se torna devedor e muito menos coobrigado solidário pela dívida exequenda. Só os bens indevidamente alienados é que se inserem na responsabilidade que a execução forçada faz atuar” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* –V. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 323). Nesse sentido: STJ, REsp 1.252.353/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 21.05.2013; STJ, REsp 1533240/RS, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., j. 17.04.2018.

ser apreciada nos embargos de terceiro opostos pelo adquirente com o fito de livrar o bem da penhora⁸⁷⁹.

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária falida que tenha sido decretada em decorrência de fraude contra a massa falida não implica, por si só, o afastamento da impenhorabilidade dos bens de família dos sócios, sob o fundamento de que “a fraude à execução ou contra credores não se encontra prevista como exceção à regra legal da impenhorabilidade de bens de família”⁸⁸⁰.

Ainda sob o viés da proteção à família e da dignidade dos seus membros, a jurisprudência da referida Corte⁸⁸¹ vem reconhecendo que nos casos em que um *bem de família* é alienado a terceiros no curso do processo, não há a configuração de fraude à execução, visto que tal bem é considerado impenhorável e, portanto, não estaria afeto à responsabilidade patrimonial e não poderia ser expropriado para pagar o credor - com a ressalva das exceções legais. A fraude pressuporia, por seu turno, que fossem retirados do patrimônio do devedor bens que, pelo menos teoricamente, poderiam se prestar à solvência da obrigação reclamada em juízo em uma execução.

Tal linha de pensamento resguarda de modo indevido o devedor, que dispõe, gratuita ou onerosamente, do único imóvel onde reside com a família, desprivilegiando a autonomia privada e enaltecendo o engodo, pois o devedor que abre mão da proteção legal, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência, não deve receber a benesse de um instituto que foi criado justamente para a salvaguarda da moradia⁸⁸². Nessas hipóteses, é de bom alvitre, com arrimo, inclusive, no abuso do direito de propriedade, reconhecer a fraude à execução e afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90 ao bem que fora alienado.

Reitera-se que a boa-fé objetiva do devedor é determinante para que o mesmo possa se socorrer das regras protetivas trazidas pela Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos

⁸⁷⁹ CAHALI, Youssef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: RT, 1989, p. 100.

⁸⁸⁰ Além disso, a proteção legal conferida pela Lei 8.009/1990, consectária da proteção constitucional e internacional do direito à moradia, não tem como destinatária apenas a pessoa do devedor; na verdade, protege-se também a sua família quanto ao fundamental direito à vida digna”. (STJ, REsp 1.433.636/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 02.10.2014)

⁸⁸¹ STJ, AgRg no AREsp 255.799/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 17.09.2013; STJ, REsp 976.566/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T., julgado em 20.04.2010.

⁸⁸² STJ, REsp 1364509/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., j. 10.06.2014.

quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo executivo. Como bem ressaltou a ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1364509/RS, “a exegese sistemática da Lei 8.009/90 evidencia nítida preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, à custa de terceiros”⁸⁸³.

6.5.2. Preclusão da alegação de impenhorabilidade do bem de família

É de se esclarecer, inicialmente, que as conclusões a que se chega no presente tópico não diferem daquelas apresentadas no tópico 5.2.2 do presente trabalho, o qual aborda com mais profundidade a matéria das preclusões em relação à alegação de impenhorabilidade. Portanto, sugere-se a leitura dos respectivos tópicos e subtópicos para aprofundamento.

Em breve síntese, as conclusões resultantes foram as de que: a) a preclusão consumativa atinge a faculdade da alegação de impenhorabilidade do bem de família quando houver decisão anterior acerca do tema; b) a preclusão temporal atinge a pretensão que objetiva a invalidação de penhora, errônea ou não, sobre bem de família; e c) ocorre preclusão lógica em relação à pretensão daquele que oferece o bem de família à penhora no interior do processo, ou como garantia para pagamento da dívida sob o negócio jurídico discutido judicialmente, e depois busca a desconstituição do ato construtivo.

A remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸⁴ comunga do entendimento de que se opera a *preclusão consumativa* quanto à alegação de impenhorabilidade do bem de família quando houver decisão anterior acerca do tema, ainda que a considere matéria de ordem pública. Se a matéria já fora objeto de decisão

⁸⁸³ STJ, REsp 1364509/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 10.06.2014.

⁸⁸⁴ Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 635815/SP, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 19.05.2015; STJ, AgRg no AREsp 607413/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 12.11.2014; STJ, AgRg no AREsp 70180/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 25.06.2013.

anterior, não atacada por recurso, seja em impugnação ao cumprimento de sentença, em ação autônoma de embargos (à execução, à penhora ou de terceiros) ou ainda por intermédio de simples petição (v.g., as chamadas “exceções de pré-executividade”), opera-se sobre a mesma uma estabilidade processual de modo que não mais se torna possível sua rediscussão dentro do mesmo processo ou em autos conexos⁸⁸⁵.

Contudo, é possível a revisão da decisão sobre a (im)penhorabilidade de um bem, ainda que no mesmo grau de jurisdição, a partir de nova decisão nos autos do processo, em se constatando fatos novos capazes de alterar a situação do bem. Assim, por exemplo, se o devedor adquire outro imóvel residencial de menor valor após a decisão acerca da impenhorabilidade de sua residência, é de se reconhecer não haver mais razão para se manter o benefício da Lei 8.009/90 sobre o imóvel de maior valor (art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.009/90), visto que o mesmo deixa de preencher os requisitos para ser considerado bem de família. Da mesma forma, se o devedor que possuía dois imóveis residenciais deixa de possuir algum deles no curso do processo, em virtude, por exemplo, de penhora antecedente e expropriação em outros autos, aquele bem remanescente, se preenchidos os requisitos legais, poderá ser considerado bem de família e, portanto, inexpropriável a partir de então.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, em linha similar, no sentido de flexibilizar os efeitos da penhora, afirmando que a lei processual, aplicável imediatamente aos processos pendentes, se estende a ponto de retirar a eficácia de constrições já realizadas quando desatendem às disposições de lei nova⁸⁸⁶.

⁸⁸⁵ STJ, REsp 167.631/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 03.08.1999. Do mesmo modo, entendendo pela formação de coisa julgada no processo de execução, o STJ decidiu que não se poderia rediscutir a questão da impenhorabilidade em ação declaratória de nulidade de ato jurídico: “Se os ora apelantes não podiam discutir matéria processual no curso daquela execução, não podem pretender desconstituir decisão que envolve tema processual (impenhorabilidade) noutra feita (...) Cabe consignar que o julgado tem respaldo na garantia constitucional de prevalência da coisa julgada, que confere segurança jurídica às partes, valor que cabe ser preservado como qualquer de igual índole, não se identificando a vulneração dos demais dispositivos da Constituição Federal porquanto a decisão judicial imutável foi erigida ao abrigo do devido processo legal e da ampla defesa (...)” (STJ, AgRg no AgRg no REsp 991501/MS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 24.02.2015).

⁸⁸⁶ STF, RE 168.700/DF e RE 171.802/SP, rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. 28.06.96.

6.5.3. A vaga de garagem

Já se falou alhures acerca da possibilidade de cisão (desmembramento) do imóvel urbano ou rural considerado bem de família, desde que preservada a área destinada à moradia do devedor e de sua família. Assim, se a residência do devedor abrange vários lotes contíguos, sendo que parte deles estão reservados apenas para acessões voluptuárias (piscina, sauna, churrasqueira, quadra), tais áreas são passíveis de penhora e expropriação⁸⁸⁷, assim como a parte comercial daquele imóvel que possui dupla destinação (comercial e residencial)⁸⁸⁸.

Como regra geral, o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros, pelo inadimplemento e pelo cumprimento de suas obrigações (art. 789, CPC). Ocorre que as vagas de garagem, apesar de serem bens supérfluos, dotados de valor econômico considerável e *não serem consideradas bens de família*, são abrangidas por uma proteção contra a execução forçada em decorrência de dispositivos legais que lhes retiram o direito de alienabilidade se preenchidas determinadas condições.

A vaga de garagem pode ser juridicamente enquadrada como: (i) unidade autônoma (art. 1.331, § 1º, do CC), desde que lhe caiba matrícula independente no registro de imóveis, sendo, então, de uso exclusivo do titular; (ii) direito acessório, quando vinculado a um apartamento, sem a correspondente fração ideal do terreno, sendo de uso particular; ou (iii) como cota ideal de unidade autônoma coletiva, ou seja, área comum, quando sua fruição couber a todos os condôminos indistintamente, sem nenhuma delimitação⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ “Consoante a iterativa jurisprudência desta Corte, é possível a penhora do imóvel contíguo ao bem de família, com matrícula própria no Registro de Imóveis, quando, levando-se em conta as peculiaridades do caso, não houver prejuízo à parcela destinada à residência” (STJ, AgRg no REsp 1084683/MS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 18.12.2009).

⁸⁸⁸ Conforme já ficou assentado na jurisprudência do STJ: “(...) esta Corte possui também o entendimento de que é viável a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família, quando desmembrável, e desde que este desmembramento não prejudique ou inviabilize a residência da família (...) o acórdão recorrido consignou tratar-se de imóvel com destinações distintas e separadas uma da outra, situando-se a parte comercial no pavimento térreo e a residencial no pavimento superior, ficando caracterizada a possibilidade de penhora da fração do bem relativa à parcela de uso comercial” (STJ, AgInt no AREsp 573226/SP, rel. Min. Raúl Araújo, 4ª T., j. 02.02.2017).

⁸⁸⁹ VALLIM, João Rabello de Aguiar. Espécies de vaga de garagem. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, vol. 3, jan-jun. 1979, p. 67.

Prevaleceu por muito tempo o entendimento de que a vaga de garagem constituída por unidade autônoma poderia ser livremente alienada ou locada, em respeito ao direito real de propriedade. Nesse sentido, a restrição do § 2º, do art. 2º, da Lei 4.591/64⁸⁹⁰, apenas se aplicava às vagas de garagem constituídas por áreas comuns, acessórias dos apartamentos, conforme se depreende da parte final do § 1º, do mesmo dispositivo, que ressaltava: “(...) no caso de não lhe ser atribuída fração ideal específica de terreno”.

Em 07 de junho de 2010 o STJ editou a súmula 449 para reafirmar que a proteção legal do bem de família não se estende à vaga de garagem que possui matrícula própria, ou seja, matrícula distinta do imóvel, *verbis*: “a vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”. Dessa forma, indene de maiores dúvidas que a vaga de garagem que possui matrícula própria é, *a priori*, passível de penhora, o que, *a contrario sensu*, poderia levar ao equivocado pensamento de que o box de veículo que não possuísse matrícula apartada seria impenhorável.

Também não merece maior prestígio o entendimento⁸⁹¹ de que as demais vagas de garagem, tidas como acessórias ou vinculadas aos apartamentos correspondentes, determinados ou não, teriam a proteção da hipótese prevista no art. 1.º da Lei 8.009/1990.

Independentemente da natureza que a vaga de garagem assume (fração ideal da parte comum, fração ideal da parte exclusiva, absolutamente autônoma) ou de como é documentada (convenções, acordos ou regimentos condominiais ou matrícula própria no registro competente), *ela jamais poderá ser considerada como bem de família*. Afinal, a *ratio* das regras de impenhorabilidade protege o núcleo essencial daquilo que as normas da Lei 8.009/90 tutelam: o direito à moradia⁸⁹². Outrossim,

⁸⁹⁰ Dizem os §§ 1º e 2º do art. 2º, da Lei 4.591/64: “§ 1º - O direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados nas edificações ou conjuntos de edificações será tratado como objeto de propriedade exclusiva, com ressalva das restrições que ao mesmo sejam impostas por instrumentos contratuais adequados, e será vinculada à unidade habitacional a que corresponder, no caso de não lhe ser atribuída fração ideal específica de terreno. § 2º - O direito de que trata o § 1º dêste [sic] artigo poderá ser transferido a outro condômino, independentemente da alienação da unidade a que corresponder, vedada sua transferência a pessoas estranhas ao condomínio”.

⁸⁹¹ Entendimento compartilhado por Ademar Fioranelli (Bem de família no novo código civil e o registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 59, jul-dez. 2005, p. 17) e do qual discordamos, conforme exposto.

⁸⁹² MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 241.

tampouco a garagem pode ser considerada como elemento integrante do mínimo existencial necessário à salvaguarda da dignidade do executado e de sua família⁸⁹³.

Em 2012, em virtude da alteração da redação do disposto no §1º, do art. 1.331 do Código Civil, a Lei 12.607/2002 passou a prever que nos condomínios edilícios “as partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se à propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, *exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio*”.

Vale dizer, em relação às vagas de garagem que possuem matrícula própria e constituem unidades autônomas, o Código Civil somente permite a alienação, locação ou gravame por seus proprietários a outros condôminos, sendo a sua venda ou locação para terceiros estranhos ao condomínio possíveis apenas se permitida expressamente pela convenção condominial. Vale a ressalva feita por Luiz Antônio Scavone Junior⁸⁹⁴ para que não se confunda a possibilidade de vender as unidades condominiais autônomas com a vedação disposta no § 2º, do art. 1.339, do CC⁸⁹⁵, pois às *vagas autônomas de garagem* (que possuem registro próprio) não se aplica esse dispositivo, aplicando-se, em verdade, o já citado art. 1.331, § 1º do CC, que não exige a submissão da venda à aprovação da assembleia, mas tão somente à previsão convencional.

A hipótese do § 1º, do art. 1.331, do CC é de inalienabilidade relativa da vaga de garagem e, portanto, de impenhorabilidade relativa por dois motivos: a) porque a restrição à venda é somente para certas pessoas (aquelas “estranhas ao condomínio”), sendo possível sua penhora, em qualquer caso, pelo credor comum ao condomínio; e b) porque condiciona a possibilidade de alienação a uma solenidade

⁸⁹³ REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 126.

⁸⁹⁴ As vagas de garagem e a disciplina imposta pela Lei nº 12.607, de 4 de abril de 2012. *Revista Síntese direito imobiliário*, São Paulo, v. 2, n. 9, maio/jun. 2012, p. 12.

⁸⁹⁵ Art. 1.339/CC: “(...) § 2º - É permitido ao condômino alienar parte acessória de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser a respectiva assembleia geral”.

específica: a autorização insculpida na convenção condominial⁸⁹⁶. Frise-se que o fundamento para a impenhorabilidade das vagas de garagem é decorrente da previsão na lei material de sua inalienabilidade em determinadas condições.

Logo, caso conste autorização na convenção condominial permitindo a alienação da vaga de garagem autônoma a pessoas estranhas ao condomínio, isto obstará a alegação de impenhorabilidade e o referido bem poderá, em qualquer hipótese, ser objeto de expropriação. Para os abrigos de veículos que possuam natureza de direito acessório ou de cota ideal de unidade coletiva, a penhora somente poderá ocorrer se constar autorização de alienação a terceiros no ato constitutivo do condomínio e se a ela não se opuser a respectiva assembleia geral, nos termos do § 2º do art. 1.339 do CC.

Conforme esclarece Orlando Gomes⁸⁹⁷, “o fim a que se visa com a instituição do ônus da inalienabilidade seria frustrado se o bem pudesse ser penhorado e, afinal, arrematado ou adjudicado”. Com razão, nesse sentido, Venceslau Tavares Costa Filho ao ponderar que se não fosse assim, careceria de funcionalidade a “proibição de alienar determinado abrigo para veículo (...) bastando ao beneficiário contrair dívidas, deixar de solvê-las no vencimento e aguardar, em seguida, execução do credor sobre os bens clausulados”⁸⁹⁸.

Por outro lado, a existência de regra impeditiva da alienação e utilização de vaga de garagem por pessoa diferente dos condôminos, no regimento interno ou na convenção condominial, ainda assim não é óbice para que a penhora recaia sobre os frutos do bem. Afinal, o fato de o bem ser relativamente impenhorável não significa, necessariamente, que não possa ser fruível⁸⁹⁹ e economicamente explorado. Assim, se o bem oferecer frutos e rendimentos, tais como o aluguel temporário para aqueles que não possuem tal impedimento (condômino, funcionário do prédio), esses

⁸⁹⁶ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Ponderações acerca da nova redação do § 1.º do art. 1.331 do Código Civil: uma nova hipótese de impenhorabilidade? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 220, jun. 2013, p. 360.

⁸⁹⁷ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 154.

⁸⁹⁸ Ponderações acerca da nova redação do § 1.º do art. 1.331 do Código Civil: uma nova hipótese de impenhorabilidade? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 220, jun. 2013, p. 360.

⁸⁹⁹ MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011, p. 243.

rendimentos poderão ser objeto de penhora pelo credor no processo de execução, conforme arts. 825, III e 834, ambos do CPC.

Tal entendimento encontra arrimo no art. 1.338 do Código Civil, que permite a locação de vagas, seja qual for a espécie (vaga autônoma ou fração ideal), estabelecendo, apenas, a necessidade de se atribuir preferência aos condôminos: “*resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores*”. Com a permissão de locação de vaga de garagem ou abrigo de veículo, o Código Civil assegura o direito de fruição, condicionando, contudo, o exercício desse direito à expressa autorização da convenção ou regimento se exercitável em favor de terceiros estranhos ao condomínio, ainda que se trate de vaga de garagem como fração ideal.

Ademais, naqueles casos de pátios-estacionamentos ou prédios-estacionamentos, prática comum em centros urbanos densamente povoados, não poderia haver a restrição à utilização das vagas de garagem por terceiros, já que é justamente essa a função comercial do estabelecimento. Logo, nessas hipóteses, havendo possibilidade de desmembramento das respectivas vagas em unidades autônomas, as mesmas poderão ser objeto de expropriação, bem como seus frutos e rendimentos. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, diversos tribunais já decidiram pela possibilidade de desmembramento de vagas de garagem que integrem a mesma matrícula do imóvel para fins de penhora⁹⁰⁰.

6.5.4. Imóvel de valor suntuoso

⁹⁰⁰ APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. BOX DE ESTACIONAMENTO. PENHORA DEFERIDA. A garagem de estacionamento, ainda que não individualizada no Registro de Imóveis, não é alcançada pela Lei n. 8.009/90, sendo perfeitamente penhorável, desde que viável o desmembramento do registro sem prejuízo aos imóveis, notadamente à parte residencial. Penhora deferida. Sucumbência redistribuída. APELO PROVIDO. UNÂNIME (TJ-RS, AC nº 70041825977/RS, rel. Bernadete Coutinho Friedrich, 17ª Câmara Cível, j. 20.10.2011. Também nesse sentido: STJ, Resp 326.171/GO, rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 28.08.2001.

Por mais simplista ou tautológico que possa parecer *a priori*, o direito fundamental à moradia (art. 6º, da CF/1988)⁹⁰¹ é assegurado pela mera garantia da possibilidade concreta, e não meramente formal, de morar, ou seja, se concretiza na posse de uma habitação. *Moradia* não é sinônimo de *propriedade*, tampouco de *habitação*. Os dois primeiros são conceitos distintos que, por tal ilação, merecem tratamentos próprios.

Em breves notas, *moradia* é elemento essencial do ser humano, um bem extrapatrimonial, e *habitação* é exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel⁹⁰². Vale dizer, o direito à moradia⁹⁰³ se concretiza mediante a posse de uma habitação, seu objeto satisfativo.

A legislação em vigor não estabelece expressamente limites pecuniários à instituição, voluntária ou legal, ao bem de família. A única ressalva, nesse sentido, encontra-se disposta no art. 1.711 do Código Civil ao optar por estabelecer uma restrição relativa ao patrimônio do instituidor, de forma que o valor do bem de família voluntário não possa ultrapassar um terço do patrimônio existente ao tempo da sua instituição. A Lei 8.009/90, por sua vez, não traz outras ressalvas quanto ao valor do bem imóvel de família.

Anteriormente a atual legislação que rege a matéria, houve tentativas de limitação pecuniária sobre a instituição de determinados bens imóveis como bem de família. Exemplo legislativos são o Decreto-Lei nº 3.200/41, que fixou o limite máximo em cem contos de réis, a Lei nº 2.514/55, que aumentou o limite para um milhão de cruzeiros, a Lei nº 5.653/71, que fixou o montante no equivalente a quinhentas vezes o maior salário mínimo vigente no País e, por fim, a Lei nº 6.742/79, que retirou qualquer limitação de valor ao bem de família voluntário.

⁹⁰¹ Além da previsão constitucional, a essencialidade do direito à moradia é trazida, dentre outros, na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11.1).

⁹⁰² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53. E esclarece o autor: “no caso da habitação, o enfoque é o local, o bem imóvel, ou seja, o objeto *verbi gratia*, porque se exerce a habitação numa hotelaria, numa casa de praia, em flats etc. E, no caso do conceito de moradia, concebemo-la sob o enfoque subjetivo, pois pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo-lhe inerente” (p. 54).

⁹⁰³ Aqui vale destacar o conceito trazido por Loreci Gottschalk Nolasco, para quem “o direito à moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão” (*Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro*. Brasília, s.d. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>>. Acesso em 03 de junho de 2019).

Seguiu essa diretriz o criticável⁹⁰⁴ veto presidencial ao Projeto de Lei nº 4.497/04 (PL 51/06 no Senado, convertido na Lei nº 11.382/06) que propunha a criação de um parágrafo único ao art. 650 do Código de Processo Civil de 1973. Estabelecia sua redação original que seria permitida a penhora do bem imóvel residencial de valor superior a mil salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite seria entregue ao executado, sob a batuta da impenhorabilidade. A razão do veto presidencial se arrimou tão somente em uma referência à obsoleta tradição jurídica brasileira da impenhorabilidade absoluta do bem de família e que, mesmo reconhecendo a razoabilidade da proposta, apenas postergou o debate a respeito da matéria.

Mais recentemente, o Projeto de Lei nº 8.046/2010, convertido no Código de Processo Civil de 2015, propôs os mesmos mil salários mínimos como limite à impenhorabilidade do bem de família e, uma vez mais, a proposta foi rejeitada. Perdeu o legislador a chance de fazer verdadeira revolução no tocante às exceções à impenhorabilidade do imóvel destinado à residência da entidade familiar, previstas no art. 3º da Lei 8.009/90.

Certamente, melhor teria sido o legislador proceder com o acréscimo de dispositivo que contemplasse a possibilidade de penhora do imóvel luxuoso ou de alto valor considerado bem de família. E tal dispositivo deveria trazer conceitos jurídicos indeterminados como “alto valor” ou “luxo”, tal como fez o legislador em outras hipóteses (art. 2º, *caput*, da Lei 8.009/90 e art. 833, II, do CPC), com possibilidade de aferição e extensão dos conceitos pelo julgador no caso concreto. Isso porque, conforme bem esclarece Flávio Tartuce – apesar do referido autor se posicionar contrariamente à ideia de fixação da alçada pelo juiz do caso concreto – “o Brasil é um país continental, para cada região e localidade os critérios e padrões afetos tanto a valores necessários para a sobrevivência digna do ser humano como aqueles referentes ao mercado imobiliário são absolutamente diversos”⁹⁰⁵, tornando

⁹⁰⁴ Igualmente criticando o veto presidencial: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. II. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 324; REDONDO, Bruno Garcia. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 63, jun. 2008, p. 4; LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. *Revista brasileira de direito civil*. Rio de Janeiro, vol. 10, out/dez. 2016, p. 141-152.

⁹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. Bem de família de alto valor. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/09/bem-de-familia-de-alto-valor/>>. Acesso em 27 de fevereiro de

contraditória a ideia da elaboração de uma mesma alçada fixa e aplicável nacionalmente para caracterização de um imóvel como luxuoso.

São compreensíveis a dificuldade e o temor enfrentados pelo legislador em se desvencilhar de uma herança civilista fortemente marcada pela garantia do direito de propriedade e alavancada pelas políticas públicas de incentivo à aquisição da “casa própria”. Até meados do século passado o país contava com uma população predominantemente rural e não havia tamanha preocupação do legislador em regular as locações, sobretudo as urbanas. A primeira regulamentação legal específica para as relações locatícias no Brasil surgiu somente no ano de 1921, por intermédio do falho e ineficiente Decreto Legislativo nº 4.403⁹⁰⁶.

No âmbito dos tribunais superiores⁹⁰⁷ predomina o entendimento de que o valor pecuniário do imóvel é prescindível para a extensão da proteção da impenhorabilidade do bem de família, sob o principal argumento de que as suas exceções devem ser interpretadas de forma restritiva, já que tal bem busca tutelar a habitação da entidade familiar, de forma que, na ausência de autorização legal, a proteção do imóvel residencial de alto valor do devedor não poderia ser afastada em concreto⁹⁰⁸. Dessa forma, qualquer edificação considerada bem de família estará, *a priori*, abarcada pela proteção da impenhorabilidade, independentemente do seu valor.

2019. Para o referido autor, conforme frisado, o parâmetro para a fixação do que seja bem de alto valor deve ser fixado pelo legislador, e não pelo julgador, o que nos soa, *data venia*, contraditório, pois a ideia de alçada fixa para limitar o valor de um imóvel considerando-o impenhorável destoa das acentuadas diferenças econômicas e culturais dos mais variados cantos desse país.

⁹⁰⁶ Antes do referido Decreto Legislativo todo vínculo locatício era regulado pelo Código Civil de 1916.

⁹⁰⁷ Em 02.05.2018, por ocasião do julgamento do RR nº. -1772900-86.2005.5.09.0028, de relatoria do Min. Emmanoel Pereira, a primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho desconstituiu a penhora de um imóvel residencial avaliado em R\$ 15 milhões determinada na execução de sentença trabalhista. A decisão segue o entendimento que vem se consolidando no TST sobre a impenhorabilidade do bem de família, mesmo diante da constatação do valor vultoso do imóvel individualmente considerado. Ver também, no mesmo sentido: STJ, REsp 1.351.571/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 27.09.2016; STJ, AgRg no REsp 1397552/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 20.11.2014; STJ, REsp nº 1.440.786/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.05.2014.

⁹⁰⁸ É o que se observa, por exemplo, da fundamentação do seguinte julgado: “O art. 3º da Lei n. 8.009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão” (STJ, REsp n. 1.178.469/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. 18.11.2010).

Apesar de o posicionamento receber aval de ilustre doutrina⁹⁰⁹, tal entendimento não deve receber melhor guarida se confrontado com a real função que o instituto do bem de família desempenha no ordenamento jurídico. Sem objetivar resguardar um ativismo judicial travestido de inapropriada função legislativa, reconhece-se a possibilidade de o intérprete da lei ultrapassar a legalidade em sentido estrito a fim de colmatar, sob interpretação teleológica, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais sobre os quais a norma de fato se inspira, aplicando-os ao caso concreto⁹¹⁰. Contudo, frise-se: a discricionariedade ou completa subjetividade do juiz não deve ser aceita em hipótese alguma e não pode ser azo para que o mesmo se afaste das balizas constitucionais e legais sob o pálio de solucionar o caso singular em função de suas convicções pessoais. O juiz jamais poderá decidir conforme sua consciência⁹¹¹.

É salutar entender que a Lei 8.009/90 não pode ser interpretada em dissonância com outras legislações infraconstitucionais que buscam dar efetividade ao direito do credor à execução forçada, tampouco com os ditames garantísticos da tutela do direito material pelo processo, oriundos do texto constitucional (em especial, a efetividade da jurisdição pelo direito de acesso à justiça e do devido processo legal). Nas palavras de Carlos Maximiliano, “se o *fim* decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quanto possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultante do

⁹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. Bem de família de alto valor. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/09/bem-de-familia-de-alto-valor/>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

⁹¹⁰ A letra da lei não pode ser empecilho para a mudança de entendimento jurisprudencial quando há flagrante alteração dos valores sociais. Para Carlos Maximiliano, quando a interpretação “pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade” [*Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 164 (e-book)]. E conclui o autor: a “pesquisa não fica adstrita ao objetivo primordial da regra obrigatória; descobre também o fundamento *hodierno* da mesma. A *ratio juris* é uma força viva e móvel que anima os dispositivos e os acompanha no seu desenvolvimento” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 152 (e-book)).

⁹¹¹ “[...] o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), *como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva*” (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 19).

conjunto”⁹¹², cumprindo atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor*, e não *em prejuízo* de quem ela evidentemente visa a proteger⁹¹³.

Já se explicou que direito de propriedade e direito de moradia não coincidem, podendo ou não coexistir em uma mesma situação jurídica, a ponto de serem, inclusive, objeto de litígio próprios, por pertencerem a titulares distintos. Exemplo clássico é a locação, em que se transmite a posse direta do bem para outrem e se mantém a posse indireta com o proprietário. A respeito do direito à moradia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em controle incidental de constitucionalidade, a admissibilidade da penhora do imóvel utilizado para moradia do fiador em contrato de locação residencial, assegurando que na hipótese não haveria se falar em afronta ao direito à moradia⁹¹⁴. Na decisão ficou assentado que o direito à moradia pode ser executado sob múltiplas possibilidades, não havendo de confundi-lo com o direito de propriedade⁹¹⁵.

Em um país em que são poucos os proprietários de imóveis, o direito à moradia deve abranger não apenas a tutela da moradia desses, mas o direito à moradia em sentido amplo, ou seja, abarcando até aqueles que não sejam proprietários. O fundamento axiológico que garante a proteção do direito patrimonial do devedor (propriedade) face ao direito patrimonial do credor (crédito) é o de que o primeiro seria garantidor da dignidade humana por meio da salvaguarda do direito à moradia, e o segundo, não. Contudo, na experiência prática da vida, tal pressuposto pode não se confirmar e, ao revés, apresentar resultado oposto ao que se pretendia.

Imagine o caso de uma ex-trabalhadora doméstica que possui créditos recebíveis com o ex-patrão por ter exercido serviço durante anos em sua residência (exceção à impenhorabilidade revogada pela Lei Complementar nº 150/2015). Ou, ainda, o caso de ex-trabalhadores de uma empresa que, após julgado incidente de desconsideração

⁹¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 154 (e-book).

⁹¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 154 (e-book).

⁹¹⁴ STF, RE-407.688, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 08.02.2006.

⁹¹⁵ Em excerto retirado do voto do Ministro relator Cezar Peluso, percebe-se que o direito social à moradia pode ser garantido não apenas por intermédio da propriedade, mas num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização. A respeito: “Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com o *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* - pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias constitucionais dos locadores”.

da personalidade jurídica, possuem crédito exequíveis contra o antigo sócio da firma. É sabido que, a depender da situação econômica do exequente, a impossibilidade de penhorar e expropriar um bem de família de valor suntuoso poderá repercutir em sua própria subsistência, afetando diretamente em sua saúde, alimentação e moradia (e.g., alugueis, financiamento e taxas condominiais).

É de se indagar: não teria que ter também o credor o seu direito à moradia digna garantido? E o pior, poderá haver casos em que não só o direito à moradia do credor estará em jogo, mas também seu direito à alimentação saudável, à saúde, à educação, entre outras garantias para uma vida digna.

Categóricas são as críticas tecidas por Ênio Moraes da Silva acerca da ausência de critérios precisos quanto ao valor do bem imóvel, que “coloca na ‘vala-comum’ milionários e falidos, ricos e pobres”⁹¹⁶. Para o autor, não se afigura plausível que um proprietário de modesto imóvel goze da mesma proteção que aquele que tenha mansão cujo valor é equivalente ao de vários imóveis pequenos ou médios⁹¹⁷. Na mesma linha, Rita Vasconcelos põe em xeque a *ratio* – ou a finalidade social - de uma lei que, primeiro, não se preocupa em distinguir uma casa simples de uma mansão luxuosa e, segundo, exclui do benefício que concede, pessoas que vivem sozinhas. Ainda, a lição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem “a impenhorabilidade da casa residencial, estabelecida pela Lei do Bem de Família (lei n. 8.009/90), não deve deixar a salvo uma grande e suntuosa mansão em que resida o devedor, o qual pode muito bem alojar-se em uma residência de menor valor (...)”⁹¹⁸.

Se é objetivo da lei garantir o direito à moradia digna, erige-se como corolário do princípio da isonomia que haja tratamento igualitário para pessoas em situações semelhantes. Todavia, não se enxerga uma justificativa plausível para que haja limitação legal quanto ao tamanho de imóvel rural e não haja semelhante limitação de tamanho ou valor quanto ao imóvel urbano, sendo que, comumente, o trabalhador rural retira seu sustento do próprio labor realizado no campo ou, ainda, no fato de o fiador ter seu imóvel residencial urbano penhorado por prestar garantia fidejussória e o devedor principal não.

⁹¹⁶ *Considerações críticas sobre o novo bem de família*. Curitiba: Juruá, 1993, p. 30.

⁹¹⁷ *Considerações críticas sobre o novo bem de família*. Curitiba: Juruá, 1993, p. 30.

⁹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 298.

Na análise do caso concreto, diante da ponderação dos direitos fundamentais em jogo, dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade e dos princípios da efetividade da jurisdição e do acesso à justiça, eventualmente, poder-se-á averiguar que ainda que ocorra a venda do imóvel de valor suntuoso, com a preservação de quantia suficiente e protegida pelo manto da impenhorabilidade, possibilitada estará a posterior aquisição de outro imóvel que garanta a moradia do executado e de sua família, preservando igualmente sua dignidade e garantindo o direito fundamental do credor à tutela satisfativa efetiva. Conforme exposto no voto do Min. Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do Recurso Especial 1.351.571/SP, que analisara a possibilidade de penhora de imóvel luxuoso tido como bem de família, “se o objetivo da lei é garantir a dignidade humana e direito à moradia, acaso deferida [a penhora], os bens jurídicos manterão incólumes. Ela [executada] continua morando em local com dignidade, superior à média”.

Tal medida excepcional deve ser tomada pelo intérprete da norma a partir do exercício de jurisdição constitucional, com abertura de incidente processual para controle de constitucionalidade *in concreto*, conforme arts. 948 *usque* 950 do CPC. O afastamento da impenhorabilidade do bem de família luxuoso deve obedecer determinadas balizas principiológicas e técnicas e ser realizado apenas em situações em que o caso concreto demonstre que o direito ao crédito privilegiará o cumprimento do comando constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana se cotejado com a manutenção da impenhorabilidade do bem de família de elevado valor. Ademais, sempre deverá ser mitigado por uma fundamentação adequada da decisão (art. 489, §§ 1º e 2º do CPC) que autorizar a penhora, demonstrando expressa e claramente as razões pelas quais o imóvel é considerado de alto valor e quais os critérios utilizados para sua aferição, bem como que resguardando saldo suficiente, sob o manto da impenhorabilidade, que possa garantir ao devedor e sua família a aquisição de moradia digna para suas necessidades comuns⁹¹⁹.

⁹¹⁹ Nas palavras de Paulo Lustosa: “o juiz deve demonstrar que, naquele caso concreto, o saldo preservado sob cláusula de impenhorabilidade é suficiente para garantir ao devedor e sua família o necessário para fazer frente às necessidades comuns e inerentes a um médio padrão de vida digna, sob pena de sujeitar-se à revisão pelo sistema recursal. Nessa tarefa desafiadora, a doutrina pode e deve desempenhar o importante papel de propor parâmetros objetivos que sejam capazes de balizar o intérprete na identificação do patrimônio mínimo a ser resguardado em cada caso” (LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. Revista brasileira de direito civil. Rio de Janeiro, vol. 10, out/dez. 2016, p,151).

De fato, não é tarefa simples estabelecer o que seria “alto valor” ou “luxo” em se tratando de bens imóveis, tampouco identificar o montante do produto da venda sobre o qual deverá subsistir a impenhorabilidade. Tal exercício poderá dar azo a um espectro mais amplo e indesejado de subjetivismo por parte do julgador, o que poderia gerar insegurança jurídica e tratamento desigual aos jurisdicionados. Como sugestão de critérios mais objetivos, utilizados para a aferição da qualidade do imóvel, elenca-se: i) a identificação casuística do padrão de vida do homem comum naquela localidade e contexto, a fim de separar o que seria luxo ou não; ii) as peculiaridades do caso concreto, tais como o número de residentes no imóvel e as condições financeiras do devedor e de sua família; iii) se, com a expropriação do imóvel, o valor remanescente a ser retido em favor do executado será suficiente para a aquisição de outro imóvel que, embora mais modesto, possa acomodar razoavelmente o devedor e sua família e; iv) levantar o valor dos imóveis na região do país, do estado ou do município em que se situa o bem imóvel a fim de confrontá-lo com outros imóveis na mesma área.

Assim, o sacrifício de interesses legítimos dos credores estará legitimado, no caso concreto, se observado o fundamento axiológico-normativo do bem de família⁹²⁰. O deslocamento desse fundamento, do devedor para o credor, só poderá ser realizado em situações em que o crédito possua arrimo na dignidade da pessoa humana e em direitos existenciais, afastando, portanto, hipóteses de credores abastados, créditos fiscais e bancários e situações em que bem de família tem valor mediano ou baixo.

Em 27 de setembro de 2016, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.351.571/SP⁹²¹, em que houve em uma tentativa de *overruling*, a quarta turma do STJ reafirmou o entendimento consolidado daquela Corte segundo o qual os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não se encontram excluídos, em função do seu valor econômico, da proteção conferida pelo legislador ao bem de família. Argumentou-se que, além da letra da lei não prever tal exceção à impenhorabilidade do bem de família, sua penhora importaria em aniquilar a proteção dada, na medida em que se

⁹²⁰ LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. Revista brasileira de direito civil. Rio de Janeiro, vol. 10, out/dez. 2016, p.147.

⁹²¹ STJ, REsp 1.351.571/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 27.09.2016.

estaria saindo de uma situação de parâmetro legal seguro e objetivo para um âmbito de subjetividade e de grande insegurança.

Se, por um lado, o Tribunal perdeu uma excelente oportunidade de rever seu posicionamento adequando-o ao momento evolutivo da sociedade brasileira e às diretrizes de um processo mais efetivo a partir da funcionalização do instituto do bem de família, a votação por maioria (3x2) demonstra que, no âmbito do corpo ministerial que compõe o Tribunal, há grandes divergências sobre o tema, o que pode apontar para uma releitura do instituto em um futuro próximo.

6.5.5. A impenhorabilidade do bem de família no processo de execução fiscal

Conforme analisado no subitem retro (6.5.4), o afastamento da impenhorabilidade do bem de família fora das hipóteses do art. 3º da lei 8.009/90 deve ser realizado somente em situações excepcionais em que ficar demonstrado, no caso concreto, que o exercício do direito patrimonial do credor (crédito), por meio da execução, detém maior proximidade com as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana e da moradia do que o direito patrimonial do devedor (impenhorabilidade do bem imóvel), quando cotejados os princípios constitucionais e os direitos fundamentais em jogo.

O processo de execução fiscal encontra-se previsto e regulado pela Lei n.º 6.830/80, sendo o instrumento processual que se valem as Fazendas Públicas para promover a cobrança judicial de seus créditos, representados pelas Certidões de Dívida Ativa (CDAs).

O crédito fiscal, exequível pela Fazenda Pública, não se enquadra naquelas hipóteses. Apesar da extrema relevância que possui - sobretudo se se considerar tratar-se de dinheiro do e para o contribuinte, o qual deverá ser revertido em prol da sociedade – dificilmente o crédito da Fazenda Pública, tributário ou não, importará em maior lesão à dignidade humana ou ao direito de moradia ao seu credor se confrontado com a extensão e com os efeitos que causam nos mesmos direitos do devedor, acaso tal crédito (não) seja satisfeito por via da expropriação do bem de família desse último.

Ademais, é de se lembrar que o artigo 1º da lei 8.009/90 estabelece que o imóvel bem de família é impenhorável e não responderá por qualquer tipo fiscal ou previdenciária, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. A exceção legal está prevista justamente no art. 3º, inciso IV, da respectiva lei, assunto já abordado em tópico anterior deste estudo, que permite a penhora do bem para cobrança de imposto, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do próprio imóvel familiar.

O art. 185 do CTN estabelece a presunção de fraude na alienação ou oneração de bens ou rendas por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. E, como visto anteriormente, se a alienação do bem de família ocorre em fraude à execução, deve ser afastada a proteção do mesmo pela impenhorabilidade, seja em função do abuso de direito (má-fé) ou da renúncia ao benefício. A Primeira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, de relatoria do ministro Luiz Fux, submetido ao regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC-73 e da Resolução nº 8/2008 do STJ), consolidou entendimento de que não se aplica à execução fiscal o enunciado da Súmula 375 de sua jurisprudência, segundo a qual o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Logo, a natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução⁹²².

Entretanto, em recente julgado, a 2ª Turma do STJ⁹²³ reafirmou o entendimento de que, ainda que em execução fiscal, mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade, visto que imune aos efeitos da execução, e, caso reconhecida a invalidade do negócio jurídico, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor ainda como bem de família. Conforme explanado, esse não é o entendimento ao qual se alinha o presente estudo.

Por sua vez, o art. 185-A do CTN (Lei nº 5.172/66) estabelece que na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a

⁹²² STJ, AgInt no REsp 1598756/SC, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª T., j. 22.08.2017.

⁹²³ STJ, AgInt no REsp nº 1.486.437/PR, rel. Min. Og Fernandes, 2ª T., j. 08.05.2018.

indisponibilidade de seus bens e direitos. Contudo, como consequência lógica das regras insculpidas no art. 1º, *caput*, da Lei 8.009/90, a decretação de indisponibilidade do bem de família não surtiria os efeitos desejados para o interesse do credor fazendário, visto que a penhora e a eventual e posterior tentativa de expropriação do referido bem não seria concretizada, por força da impenhorabilidade que lhe comete.

Foi o que restou assentado pela 2ª Turma do STJ por meio do voto proferido pela Min. Eliana Calmon, relatora no julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.312.872/RS⁹²⁴, no qual ficou consolidado o entendimento de que “os bens impenhoráveis não são gravados pela indisponibilidade prevista no art. 185-A do CTN, pois em face de sua reconhecida impenhorabilidade absoluta, a manutenção da indisponibilidade de bem de família, não agregaria qualquer proveito ao exequente”.

⁹²⁴ STJ, AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.312.872/RS, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 06.06.2013.

7. CONCLUSÕES

São muitos os “por ques” e poucos os “para que” em matéria de impenhorabilidade. Sob o pálio da proteção patrimonial e da dignidade da pessoa humana tem se escondido a retirada da autonomia privada do indivíduo e, em menor grau, atribuí-lhe uma pecha de incapacidade civil do ser. Simultânea e paradoxalmente, o ordenamento jurídico brasileiro franqueia ao indivíduo plenamente capaz a possibilidade de dispor, quase que livremente, dos seus bens, podendo, inclusive, destruí-los, aliená-los, permuta-los e gravá-los com garantia real; mas, quando esse mesmo indivíduo é demandado para responder com seu patrimônio pelo inadimplemento de uma obrigação assumida, por vezes recebe tratamento similar a de um civilmente incapaz.

O presente estudo buscou trazer uma compreensão sistemática de uma teoria geral para as impenhorabilidades prevista na legislação brasileira, a partir das ferramentas dogmáticas fornecidas pela teoria dos direitos fundamentais, das preclusões e da autonomia privada. Também se compartilhou a visão de que, apesar de tímida, houve uma mudança da essência do modelo brasileiro de execução civil, sobretudo se observadas as normas fundamentais do processo civil, as quais passaram a prever expressamente a cooperação entre os participantes (art. 6º), a busca pela atividade satisfativa (art. 4º) e efetiva (art. 6º) e a efetividade do processo (art. 4º).

As normas fundamentais do Código de Processo Civil orientam a efetividade como núcleo das preocupações com a atividade executiva. O processo de execução deve ser voltado para a tutela do crédito e a execução para pagamento de quantia deve ser proposta tendo em vista o interesse do credor (*favor creditoris*), garantindo, na medida

do possível, a menor onerosidade possível ao executado (*favor debitoris*) paralelamente a agilidade e economia no interesse público.

Tal premissa foi o suporte para as diversas críticas e soluções apresentadas nesse estudo, de modo que se pudesse conceber maior efetividade à execução civil, sobretudo sob o viés do exequente, sem que, para tanto, se recorresse à novas reformas processuais (*lege ferenda*). Longe se está, porém, de significar a nossa concordância com a atual legislação processual e material pátria destinadas a regular a responsabilidade patrimonial e as impenhorabilidades. Obsoletas, despreocupadas e demasiadamente extensas, essas são merecedoras de urgente revisão legislativa, conforme foi amplamente anunciado, adequando-se tão logo às novas realidades sociais e às exigências que se impõem sobre a propriedade e sobre o patrimônio do devedor.

Dessa forma, o estudo procurou demonstrar, partindo da legislação positivada (*lege lata*), que é possível trazer mais efetividade à tutela executiva expropriatória mesmo que não haja alteração legislativas imediatas. Para tanto, encontrou-se como uma das possíveis soluções para o problema da crise de inefetividade da execução expropriatória a atribuição de maior prestígio à autonomia privada das partes e ao direito de se autorregular, numa conurbação entre o caráter publicista do direito público e as regras privatísticas da impenhorabilidade.

Com efeito, concluiu-se que: a) a impenhorabilidade é um direito do executado, que *pode ser renunciado* se o bem impenhorável for disponível. Logo, não pode ser considerada como regra de ordem pública; b) conquanto não se tratem as regras de impenhorabilidade de matéria de ordem pública, sendo passíveis, por isso, de renúncia – à exceção, frise-se, dos bens inalienáveis e dos gravados com cláusula de impenhorabilidade -, as mesmas devem ser conhecidas de ofício pelo juiz se identificadas no primeiro momento processual que teria o executado para se manifestar nos autos sobre a matéria. Isso porque *não há de se confundir poder de cognição de ofício com questões de ordem pública*; c) as regras de impenhorabilidade encontram óbice na *preclusão lógica, temporal e consumativa*, como corolário da proteção das garantias constitucionais da segurança jurídica, da coisa julgada, da duração razoável dos processos e dos deveres de boa-fé e cooperação entre os atores processuais.

Ainda no campo estritamente da *lege lata*, foi sugerida uma interpretação ampliada da autonomia da privada dentro do ambiente processual, de forma a garantir um procedimento executivo mais legítimo e efetivo. Eis as conclusões geradas: a) é possível celebrar negócio jurídico processual que verse sobre as regras de impenhorabilidade (1- *negócio processual típico*, como nos casos em que as partes celebram pacto de impenhorabilidade (art. 833, I do CPC); 2 - *negócio processual atípico unilateral*, quando se tratar de renúncia expressa ou tácita pelo devedor, tais como indicação voluntária do bem à penhora ou escoamento do prazo para defesa sem manifestação ou impugnação quanto à (im)penhorabilidade (preclusões), ou; 3 - *negócio processual atípico bilateral*, quando firmado por meio de convenção processual abdicativa, antes ou durante o curso do processo); b) é válida a convenção processual que cria nova hipótese de impenhorabilidade além daquelas típicas, previstas expressamente pela legislação ordinária; c) no tocante às regras de impenhorabilidade, o juiz poderá adotar medidas executivas atípicas (art. 139, IV do CPC), desde que sirvam unicamente à função de descortinar bens ou valores supostamente ocultos, possibilitando a eventual penhora e expropriação dos mesmos. Assim, medidas executivas atípicas não podem proibir a utilização de bem sabidamente impenhorável, visto que tal medida seria o próprio ato de apreensão daquele consistindo, portanto, em ato preparatório do ato complexo da penhora. Também não pode se coadunar com medida executiva que busca pressionar o executado a abrir mão “voluntariamente” do seu direito à impenhorabilidade sobre um bem.

De outro lado procurou-se demonstrar que a propriedade não é mais reduto inafastável da garantia da dignidade da pessoa humana. Há, na atualidade, diversos casos em que, apesar de desprovido da propriedade de vários bens considerados impenhoráveis – logo, englobados dentro da ideia do patrimônio mínimo -, o indivíduo goza de uma vida suficientemente satisfatória e digna. Em suma demonstrou-se que propriedade não é garantia de dignidade e que o ser humano não precisa, necessariamente, ser proprietário de grande quantidade de bens para gozar de uma vida digna. Compreende nesta faina a mudança da percepção axiológica do *ter* para o *ser*. Propugna-se a superação do individualismo formalista das titularidades e da propriedade, tão arraizados pela doutrina do liberalismo florescido no século XVIII.

Constatou-se que, apesar dos principais direitos fundamentais e processuais carregarem algum conteúdo em dignidade humana, nem todo direito fundamental pode ser considerado inerente à dignidade da pessoa humana ou lhe retirar fundamento direto, tampouco que possa ser considerado imprescindível para garantir a efetiva incolumidade desta. Dessa forma, o direito de propriedade nem sempre estará diretamente relacionado à garantia da dignidade humana, inclusive nos vários casos de impenhorabilidades legais, a exemplo dos bens públicos, dos altos salários e remunerações recebidas pelo executado e do bem de família luxuoso. Nesse contexto, também a limitação do direito ao crédito do exequente não significa, *a priori*, a violação indevida do núcleo protetivo da sua dignidade (*e.g.*, crédito de grandes bancos do varejo), visto que a natureza do crédito e a situação pessoal, social e econômica do exequente e do executado mostram-se fundamentais para se averiguar, em concreto, se há violação desproporcional e desarrazoada a algum núcleo de direito fundamental.

Também buscou-se demonstrar que apesar de o direito de liberdade e o direito à propriedade estarem intimamente imbricados, este deitando base naquele, a assimilação entre ambos foi ideológica, fruto de uma distorção histórica de diferentes correntes de pensamentos político-econômicos que deixaram de fazer a correta diferenciação entre o direito fundamental à propriedade e o direito privado *de* propriedade. Tal fato resultou em uma deturpação em benefício do executado pela qual, para a invasão do seu patrimônio, ou seja, ao seu direito de propriedade, exige-se um custoso, demorado e complexo procedimento executivo, com demasiadas garantias para aquele.

Logo, não há um direito fundamental *de* propriedade, mas, sim, um direito fundamental à propriedade, ou seja, de ser titular de um direito patrimonial. É esse o sentido buscado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal ao assegurar a garantia aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país à propriedade. Da mesma forma, quando a Constituição Federal, no inciso XXII do seu art. 5º, garante o direito de propriedade está, deveras, garantindo não só a proteção ao direito real de propriedade e suas faculdades (usar, gozar e dispor), mas também qualquer direito de conteúdo econômico, de índole patrimonial (direito de titularidades patrimoniais). Patrimônio não é só propriedade, mas tudo aquilo que seja capaz de produzir crédito.

Compartilhou-se, ademais, ainda que por mero recurso subsidiário não afeto à metodologia da pesquisa, sugestão legislativa proposta por Bruno Redondo e Márcio Manoel Maidame, para inclusão, como regra geral, de dispositivo legal contemplando que na falta de bens livres do executado para penhora, as regras de impenhorabilidade pudessem ser parcialmente afastadas pelo magistrado no caso concreto, por meio de decisão adequadamente fundamentada, para permitir a penhora de parte dos bens protegidos, mantendo-se como impenhorável a estrita parcela do patrimônio do executado que configure o mínimo essencial à sua sobrevivência digna.

Decerto, as regras de impenhorabilidade confluem para o conflito de normas entre princípios e entre direitos fundamentais, em que, de um lado, há a necessidade de tornar efetivo o direito fundamental do credor à tutela executiva satisfativa (execução forçada) e, de outro, a preservação da dignidade da pessoa humana do devedor.

O direito de subsistência, via proteção de um mínimo de bens que instrumentalize razoavelmente a vida digna, também é corolário da dignidade da pessoa humana. Isso não significa, contudo, que toda a regra de impenhorabilidade retira fundamento diretamente daquele princípio (e.g., art. 833, I, XI e XII do CPC e art. 3º, IV, VI e VIII da lei 8.009/90), tampouco que a propriedade esteja necessariamente vinculada a este mesmo fundamento da República, pois o que se deve preservar a todo custo é o direito fundamental à propriedade, válido tanto para o devedor, quanto para o credor.

Já dentro do campo das análises estatísticas da execução civil por expropriação, a pesquisa empírica realizada neste estudo foi fundamental para se vaticinar que as poucas reformas engendradas pelo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à execução por quantia certa, apesar de trazerem certa evolução na busca pela efetividade da tutela jurisdicional executiva, não surtirão o efeito prático esperado se não passarmos a entender que a atual crise da execução é muito mais uma *crise de adimplemento* do que uma crise legislativa. Essa crise de adimplemento decorre, de um lado, em virtude da escassez de recursos e patrimônio da população, que se vê assolada por uma crise macroeconômica nas esferas política e economia do país, e de outro, de uma crise moral e cultural dos indivíduos que, sabedores dos subterfúgios que a responsabilidade patrimonial permite, blindam ilegalmente seu patrimônio

mediante rebuscadas fraudes, dilapidações patrimoniais e utilização de terceiros para ocultação de bens.

Por isso, não se relega a consciência de que é inadequado objurgar unicamente os efeitos da inefetividade do processo executivo por expropriação aos defeitos da legislação processual civil. Contudo, é curial perceber que a manutenção de certas impenhorabilidades legais a todo custo pode levar a um desequilíbrio desproporcional na execução civil, sobretudo em favor do devedor-executado.

O procedimento executivo expropriatório brasileiro encontra, ainda, outros entraves específicos, além dos problemas advindos da manutenção de certas restrições ilegítimas à responsabilidade patrimonial (tal como ocorre em muitos casos de impenhorabilidades legais). Assim, tem-se que a ineficiência da execução resulta, também, da conjugação de diferentes fatores, tais como a escassez de órgãos judiciais e a vacância nos mesmos, a carência e a disparidade de recursos e tecnologia entre as diversas comarcas estaduais e federais espalhadas pelo território, a forte cultura da litigância enraizada no país, a negligência dos grandes litigantes do Poder Judiciário em buscar solucionar os problemas causados e a ascensão de novas áreas do direito que não encontram respostas imediatas na legislação para sua regulamentação.

Por outro lado, o estudo buscou deixar claro que não parece possível que a lei processual possa se sobrepor aos ditames e princípios constitucionais de efetividade da tutela jurisdicional quando o caso concreto demonstrar que as peculiaridades da causa envolvam a proteção da dignidade do exequente sem violar a do executado. É somente diante do caso concreto que será possível dizer se nesta ou naquela situação o bem deve ser preservado para a garantia de um mínimo existencial à manutenção da dignidade humana do credor ou devedor⁹²⁵.

⁹²⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119. No mesmo sentido, defendendo a possibilidade de flexibilização das regras de impenhorabilidades diante do caso concreto: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 383-384; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 377-378; DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. V. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 813-814; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165-168; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema*

A possibilidade de superação da legalidade em sentido estrito não pode ser álibi e válvula de escape para autorizar a discricionariedade ou a completa subjetividade do juiz, que não pode se afastar das balizas constitucionais, da principiologia fundante da dignidade da pessoa humana e do respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos quando da interpretação e aplicação do direito.

A falta da adoção de parâmetros constitucionais claros e uniformes pelos juízes e tribunais quando da fundamentação das decisões proferidas em sede de afastamento de regras de impenhorabilidade gera legítima preocupação, não apenas pela possibilidade de que continue havendo decisões que “favoreçam o calote”, mas também pela falta de segurança jurídica em virtude da incógnita que se cria na resposta do Poder Judiciário. Contudo, uma possível preocupação atinente à violação ao princípio constitucional do tratamento isonômico prestado aos jurisdicionados, deverá ser atenuada com a implementação das técnicas de julgamento de casos repetitivos e dos precedentes vinculantes (arts. 926 e 927 do CPC), uma vez que os tribunais estão obrigados a uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Ademais, o estudo propôs, durante toda explanação do tópico 2.2, o estabelecimento de uma teoria processual e constitucional que pudesse fornecer um devido arcabouço teórico-jurídico para a resolução de eventuais colisões e conflitos entre normas constitucionais e entre normas infraconstitucionais nas suas relações com as regras de impenhorabilidade, no sentido da aplicação, ampliação ou afastamento dessas últimas à luz do caso concreto. O postulado da ponderação, por meio da utilização rigorosa dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, aparece como peça imprescindível para que haja uma fundamentação adequada das decisões judiciais (art. 489, §2º do CPC), de modo que o jurisdicionado e o Estado possam exercer controle adequado sobre a mesma.

processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 159; CÂMARA, Alexandre de Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: Arruda Alvim [et al] (Coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/73 ao Novo CPC: estudos em homenagem a Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 17-18. Tratando especificamente do bem de família: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 423.

Por derradeiro, no que tange à impenhorabilidade do imóvel bem de família trazida pela Lei 8.009/90, bem como das construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e equipamentos ou móveis que o guarneçam, a realidade de sua aplicação e de sua interpretação teleológica em nada muda em relação às ideias gerais de flexibilização das regras legais de impenhorabilidade. Isso porque os aplicadores do direito não podem perder de vista os objetivos sobre os quais a lei de fato se inspira, devendo realizar, ademais, sempre um cotejamento com os princípios constitucionais e direitos fundamentais em jogo, os quais exercem função normativa e constrictora, devendo aplica-los sempre ao caso concreto.

Uma aplicação inflexível e literal da Lei 8.009/90, mediante uma interpretação meramente textual, certamente geraria inconstitucionalidades concretas, ademais de desviar o verdadeiro sentido e a função social da lei. Além de trazer excessiva e desproporcional restrição aos direitos do credor, já que foi muito além do que a garantia da dignidade humana exige, uma interpretação meramente literal pode causar violações também na esfera dos direitos fundamentais do devedor, visto que a ausência de previsão legal não pode ser motivo para excluir pessoas que, encontrando-se em situações idênticas, são tolhidas dos seus direitos fundamentais em virtude de discriminações subjetivas pelo seu estado civil ou contexto familiar, tais como a família monoparental, as pessoas viúvas, as pessoas solteiras e os integrantes de uniões e casamentos homoafetivos.

O que a Lei 8.009/90 busca preservar é o *direito fundamental à moradia* e não o direito de propriedade de um bem imóvel, visto que ninguém precisa ser proprietário para gozar daquele direito. É justamente esse direito fundamental à moradia, corolário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e meio para a garantia do bem-estar do indivíduo e de sua família, o principal fundamento para a instituição da impenhorabilidade do bem de família pela respectiva lei.

Ademais, apontou-se a disparidade entre a excessiva proteção do bem de família adotada pela legislação brasileira e aquela percebida em outros países de tradição romano-germânica (*rectius: civil law*), tais como Itália, Espanha, Portugal e Argentina. Nesses países, o ordenamento jurídico pátrio, nas poucas hipóteses em que prevê algum instituto que guarda alguma semelhança com aquele do “bem de família”

brasileiro, adota regime muito mais brando e flexível sobre as regras de impenhorabilidade dos mesmos.

Questionou-se, outrossim, a posição excessiva e desnecessariamente protetiva adotada pelos tribunais, quanto ao bem de família luxuoso, em favor do devedor. Desse modo, torna-se necessário buscar o ponto de equilíbrio entre não submeter o devedor a desmedidos sacrifícios e a satisfação rápida e integral do credor, de forma a se alcançar um processo legal justo, adequado e tempestivo. Não se corrobora, dessarte, daquele entendimento que, de forma abstrata, *ex ante* e *erga omnes*, considera sempre rígida a manutenção absoluta da impenhorabilidade de um suntuoso imóvel de luxo considerado bem de família, sem que se atente para as circunstâncias específicas do caso concreto. E a intenção, ressalte-se, não é o nivelamento a condições absolutamente mínimas, mas a preservação e garantia dos direitos fundamentais de ambas as partes litigantes.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. “Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito”. In: *Revista CEJ*. Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº 7, abril de 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* – trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial*. Vol. V. Buenos Aires: Ediar, 1962.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. Ano 31, vol. 137, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 7-31, jul. 2006.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 175-199, out./dez. 1996.
- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: *Posse e propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARAÚJO. Adilson Vieira de. *A penhora na execução civil e suas limitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de alto valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner. In: ASSIS, Araken de; et al (Org.). *Processo Coletivo e outros temas de Direito Processual – Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 589-598.

_____. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. In: Araken de Assis; et al (Coord.). *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 523-529.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional. As forças ocultas que que influenciam nossas decisões*. São Paulo: Estrela Polar, 2008.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232-235.

_____. Comentário ao artigo 5º, XXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312-314.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Processo Civil Brasileiro – volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. A Nova disciplina da impenhorabilidade no direito brasileiro. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Princípio da dignidade da pessoa humana e impenhorabilidade da residência familiar. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LVII, n. 384, p. 11-39, out. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. *Conversa sobre a interpretação no direito. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale*. Cadernos para Debates, n. 4. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, set. 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da Penhora*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Revista de Processo*, vol. 41, p. 151-168, jan./mar. 1986.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. *In: Revista de Processo*, nº 74, ano 19, p. 126-137, abr./jun. 1994.

_____. *Temas de Direito Processual. Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. *In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. Vol. 6. São Paulo: Revistas dos Tribunais, out. 2011.

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

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 232, p. 141-176, abr/jun. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentziem. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Cognition e decisões do juiz no processo executivo. *In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.)*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 358-378.

BEDÊ JUNIOR, Américo. *A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 1969.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 7ª ed. Milano: Vallardi, 1921.

BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho civil. Parte general*. 21ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. *In: Scientia Iuris*. V. 13. Londrina: UEL, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDELLI, Leonardo. Atuação notarial em uma economia de mercado: a tutela do hipossuficiente. *In: Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 25, n. 52, p. 165–188, jan./jun. 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação “contra legem”: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. *In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (Coord.)*. *Grandes temas do novo CPC. Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, p. 25-59, 2018.

_____. A coisa julgada formal faz sentido no sistema do CPC/2015?. *In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (Coord.)*. *Grandes temas do novo CPC. Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: JusPodivm, p. 141-164, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo; Fredie Didier Junior. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, p. 105-116, 2016.

CAHALI, Youssef Said. *Fraudes contra credores*. São Paulo: RT, 1989.

CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009, de 29 de março de 1990. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 662, p. 58-63, dez. 1990.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Execução Civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 831-840, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. II. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: Arruda Alvim [et al] (Coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/73 ao Novo CPC: estudos em homenagem a Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13-18, 2014.

CÂMARA, Helder Moroni. Art. 872. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa; NERY JR, Nelson (Coord.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol 1. Salvador: Juspodivm, p. 205-220, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Vol III. Buenos Aires: EJE, 1960.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*. Vol. II. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. *Fundamento jurídico da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CHAVES, Antônio. Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade. *Conferência: Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LXV, p.193-213, 1970.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Vol. III. Tradução de Santiago Sentis. Buenos Aires: Bosch, 1949.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER. Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. L'individuazione dei Beni da pignorare. *In: Rivista di Diritto Processuale*. Padova, CEDAM, ano XLVII, p. 83-134, jan-mar. 1992.

_____. Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione. *In: Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 2, p. 450-469, 1994.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. II: *Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

CORTIANO JR., Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. *In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al. [orgs.]. Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, José Rubens. *Este obscuro objeto do direito: a propriedade*. Belo Horizonte. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 1984.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Ponderações acerca da nova redação do § 1.º do art. 1.331 do Código Civil: uma nova hipótese de impenhorabilidade? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 220, p. 355-373, jun. 2013.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). *In: Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

COUTO, Macedo. Do bem de família ou homestead, sua origem histórica e estrutura jurídica - impenhorabilidade e inalienabilidade do bem familiar - questões conexas. *In: CAHALI, Youssef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). Doutrinas Essenciais – Família e Sucessões*. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COUTURE, Eduardo Juan. Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil*. T. I. Buenos Aires: Ediar, 1948.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Penhora sobre bem do fiador de locação. *In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, p. 39-74, 2016.

_____. Princípio da proporcionalidade na execução civil. *In: BRUSCHI, Gilberto (Coord.). Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: Uma proposta de releitura do princípio constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 23-38, jan./mar. 2015.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (Coord.). Execução civil e cumprimento de sentença*. Vol. 3. São Paulo: Método, p. 30-50, 2009.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol 1. Salvador: Juspodivm, p. 31-38, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. V. 7ª ed.* Salvador: JusPodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais. 2ª ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo. 12ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Execução civil. 7ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito e Processo. Fundamentos do processo civil moderno. T 1. 6ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2010

_____. *Instituições de direito processual civil. Vol. I. 4ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de direito processual civil. Vol. II.* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil. Vol. III. 2ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil. Vol. IV. 3ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Nova era do processo civil.* São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado. 17ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2014.

DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*, v. 56, p. 182-284, 1971.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil. 12ª ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DURO, Cristiano. *Execução e democracia – A tutela executiva no processo constitucional.* Salvador: Juspodivm, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs.* Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.* Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado. 9ª ed.* Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984.

ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Padua: Cedam, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araújo de Souza, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e Mínimo Existencial: Elementos de Ponderação*. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. *A Propriedade Privada Imóvel no Século XXI: Análise Econômica do Direito e Registro de Imóveis no Brasil*. 2015. 298 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

FIORANELLI, Ademar. Bem de família no novo código civil e o registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, vol. 59, p. 13-28, jul-dez. 2005.

FREITAS, José Lebre de. *A Acção Executiva depois da reforma da reforma*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2009.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. St. Paul: Minn: West Pub, 1985.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acesso em 07 de junho de 2019.

_____. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

_____. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Convenções processuais atípicas na execução civil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/convencoes-processuais-atipicas-na-execucao-civil-30102017#_ftn4>. Acesso em 05 de janeiro de 2019.

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIDI, Antonio. Enseñando derecho procesal civil comparado. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Dpj, 2005.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. HESPANHA, A. M; MALHEIROS, L. M. Macaísta. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*. 3ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

GIUBERTI, Vander Santos. In: II Congresso de Processo Civil Internacional. 2017, Vitória. Anais eletrônicos. *Contempt of Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro*. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em 24 de fevereiro de 2019.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Direitos reais*. 19ª ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇAVES, Carlos. *Impenhorabilidade do bem de família*. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de família*. Vol VI. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 24, n. 94, p. 34–66, abr./jun., 1999.

_____. A reforma do processo de execução. *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Execução Civil - Entraves e propostas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Vol. XII, n. 12, p. 399-445, 2013.

_____. *O processo de execução – V. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O processo de execução – V. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Coações indiretas na execução pecuniária. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade: Sapiens*. Porto Alegre: LePM, 2014.

HART, Hebert. The Ascription of Responsibility and Rights. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, New series. Vol. 49, p. 171–194, jun. 1949.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões). *Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro*. Vol. 18, n. 70, p. 26-41, set./out. 2015.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: Benda, Ernst; et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª. ed., trad. Antonio López Pina, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 83-115, 2001.

HYMAN, Harold M. *American Singularity: The 1787 Northwest Ordinance, the 1862 Homestead and Morrill Acts, and the 1944 G.I. Bill*. Athens: University of Georgia Press, 1986.

JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 324-345, jan./abr. 2017.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em números 2016*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

JUSTO, António dos Santos. *Direito privado romano*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 2ª ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1992.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIMA, Rafael de Oliveira. *Inadimplemento e execução civil: análise do prazo de cumprimento voluntário*. 2018. 487 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Curso de Mestrado em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 463-487, mar. 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. V. 3. Salvador: JusPodivm, p. 339-362, 2014.

_____. *O negócio processual de renúncia à impenhorabilidade*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016>>. Acesso em 15 de março de 2019.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Fazenda Pública “Sem Juízo”: Notícia de um Inconsciente Coletivo. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 253, p. 301-327, mar. 2016.

MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá. 2011.

_____; REDONDO, Bruno Garcia. Penhora da remuneração do executado e do imóvel residencial de elevado valor: uma ode ao seu cabimento independentemente da natureza do crédito. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile. Vol. III*. Torino: Giappichelli, 1975.

MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. *Corso di diritto processuale civile. Vol. III*. Torino: Giappichelli, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em 13 de dezembro de 2018.

_____. *Curso de Processo Civil, Vol. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, Vol. III. Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil, Vol. III. Execução*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Vol. III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMITT, Arnaldo. *Bem de família - legal e convencional*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1978.

MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 (e-book).

MAZZEI, Rodrigo Reis. Algumas notas sobre o ('dispensável') art. 232 do Código Civil. *In: Revista Forense*. V. 105, n. 406, p. 313-324, nov./dez. 2009.

_____. Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no Projeto de Código de Processo Civil. *In: Revista de processo*. V. 39, n. 228, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.163-204, 2014.

_____; MERÇON-VARGAS, Sarah. Breves notas sobre a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade como bases de compreensão das regras de

impenhorabilidade do Código de Processo Civil de 2015. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano LXIV, n. 466, p. 69-90, ago. 2016.

_____; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos artigos 831 a 869 do CPC-15. *In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1183-1237, 2015.

_____; TARTUCE, Fernanda. Inventário e Partilha no CPC/15: Pontos de Destaque na Relação entre os Direitos Material e Processual. *In: Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Novo código de processo civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

MEIRA, Sílvio A.B. *A lei das XII Tábuas. Fonte do direito público e privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social – Revista de Sociologia*. USP. São Paulo, vol. 18, n.1, p. 351-373, jun. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual. *In: Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*. n. 2, p. 101-128, set. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da interpretação das leis. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. LVII, p.141-151, 1962.

_____; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil - V. III*. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional – II*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of injunctions, civil and criminal. London: *Columbia Law Review*, v. 43, nº 9, p. 780-824, 1943.

MOURA, António Graça. Sobreendividamento familiar, hipoteca sobre a casa de morada de família e pacto comissório. *In: Revista jurídica portuguesa*, nº 22, p. 4-22,

2017. Disponível em <<https://revistas.rcaap.pt/juridica/issue/view/818>>. Acesso em 05 de março de 2019.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Celso. Classificação das ações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 70, p. 345-359, 1975.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Bens absolutamente impenhoráveis. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: revista dos Tribunais, v. II, 2007.

_____. Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 313-336, 2007.

_____. *Novo Código de Processo Civil Comentado - artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

_____. Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/2006. In: COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Execução extrajudicial: modificações da lei 11.382/2006*. São Paulo: Quartier Latin, p. 480-503, 2007.

_____. Medidas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, p. 627-665, 2018.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Fundamentos sócio-jurídicos do bem de família (lei 8.009/90). *Revista dos Tribunais*, vol. 691, p. 7-12, mai. 1993.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Vol 1. Salvador: Juspodivm, p. 93 – 104, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique; DIDIER JR., Fredie. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2012.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro*. Brasília, s.d. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2019.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio Jurídico Processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2017.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 8ª ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan./dez., 1984.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PARIZATTO, João Roberto. *Da penhora e da impenhorabilidade de bens*. São Paulo: Edipa, 2002.

PASTERNAK, Suzana; MACHADO BÓGUS, Lucia Maria. Habitação de aluguel no Brasil e em São Paulo. *Caderno CRH*. Vol. 27, n. 71, p. 235-254, jun-ago. 2014. Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632473002>>. Acesso em 01 de abril 2019.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. 4ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional, tomo III, 1834.

PEREZ-RAGONI, Álvaro. *The conflicts between the fundamental rights of the creditor and the debtor*. Disponível em <<https://www.ufrgs.br/caar/wp-content/uploads/2014/10/Session-4.2.pdf>>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione ala problemática dela proprietà*. Napoli: ESI, 1970.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto P. D. da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado: Direito das coisas, ações imobiliárias, perda da propriedade imobiliária*. Tomo XIV. Atualizado por

GUEDES, Jefferson Carús; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tratado de direito privado: Direitos das Obrigações: Auto-regramento da vontade e lei, alteração das relações jurídicas obrigacionais, transferência de créditos, assunto de dívida alheia, transferência da posição subjetiva nos negócios jurídicos.* Tomo XXIII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2ª ed. T. 10. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* T. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol VI.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

_____. *Tratado das ações. Tomo I: Ação, classificação e eficácia.* Atualizado por NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. *A execução do devedor no direito romano.* São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

_____. Algumas considerações à respeito do *beneficium competentiae*. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de São Paulo.* São Paulo, v. 91, p.45-59, 1996.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile.* 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile.* 6ª ed. Napoli: Jovene, 2014.

_____. Il principio di effettività nel processo civile italiano. *In: Revista de Processo,* vol. 239, jan. 2015.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REDONDO, Bruno Garcia. Impenhorabilidade no projeto de novo código de processo civil: relativização restrita e sugestão normativa para generalização da mitigação. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 36, n. 201, p. 221-233, nov. 2011.

_____. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista dialética de direito processual.* São Paulo, n. 63, p. 20–28, jun. 2008.

_____. Art. 833. *In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim Wambier [et al.] (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007.

REDONDO, Bruno Garcia; MAIDAME, Márcio Manoel. Penhora da remuneração do executado e do imóvel residencial de elevado valor: uma ode ao seu cabimento independentemente da natureza do crédito. *In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista do Tribunais, p. 99-129, 2014.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUZA, Diego Crevelin de. *Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylokiano do art. 139, IV, CPC*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Fundamentos da tutela executiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

_____. *O momento de realização da penhora online dos ativos financeiros do executado*. Out. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246666,81042-O+momento+de+realizacao+da+penhora+online+dos+ativos+financeiros+do>>. Acesso em 24 de setembro de 2018.

_____. *Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e Defesa do Executado*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/04/19/penhora-eletronica-de-ativos-financeiros-no-ncpc-e-defesa-do-executado/>>. Acesso em 29 de junho de 2019.

_____. *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em <<http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

ROQUE, André Vasconcelos. *Mais reformas legislativas no novo CPC? A execução sob ataque*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/mais-reformas-legislativas-no-novo-cpc-%E2%80%A8a-execucao-sob-ataque-18072016>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. O regime jurídico das impenhorabilidades. Um estudo sobre sua natureza jurídica material e processual. *In: Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 239, p. 121-136, 2015.

_____. *A responsabilidade patrimonial e sua natureza de direito material*. 2016. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de pós-graduação em direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

SANTOS, Igor Raatz dos. *Autonomia privada, (de)limitação dos poderes do juiz e flexibilização procedimental: Da insuficiência normativa do “princípio dispositivo” à construção compartilhada do caso concreto*. 2016. 670 f. Tese (doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. A "exceção da exceção" quanto à responsabilidade patrimonial do fiador: a penhorabilidade do bem de família. *Revista dos Tribunais*, vol. 931, p. 345-376, mai. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol III. 4ª ed, São Paulo: Max Limonad, 1969.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição de federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 13ª ed. Padova: Cedam, 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. As vagas de garagem e a disciplina imposta pela Lei nº 12.607, de 4 de abril de 2012. *Revista Síntese direito imobiliário*, São Paulo, v. 2, n. 9, p. 9-14, maio/jun. 2012.

SHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Efetividade da execução civil - Relatório Nacional (Brasil). In: *Civil Procedure Review*, vol. 4, Special Edition, p. 161-190, 2013.

_____. Direito Processual Civil Espanhol. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, p. 71-112, 2010.

_____. *Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. 2008. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA, Ênio Moraes da. *Considerações críticas sobre o novo bem de família*. Curitiba: Juruá, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Processo de execução por quantia certa. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 142, p. 65-74, abr./jun. 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002

SIMONS PINO, Adrián. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales. *Civil Procedure Review*, v.3, n. 1, p. 296-336, jan/apr. 2012.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1992

STRECK, Lenio Luiz (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise - Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2004.

_____. *STJ erra ao permitir penhora de salário contra expressa vedação legal!*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/senso-incomum-stj-erra-permitir-penhora-salario-expressa-vedacao-legal>>. Acesso em 23 de março de 2019.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em 15 de março de 2019.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. São Paulo: Método, 2011.

_____. *Bem de família de alto valor*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/09/bem-de-familia-de-alto-valor/>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, nº 2, p. 329-350, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. Penhora e veto insubsistente – Crítica a um posicionamento de Sérgio Arenhart. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 8, nº 763, 2008. Disponível em: <<http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/65-artigos-mai-2008/6024-penhora-e-veto-insubsistente--critica-a-um-posicionamento-de-sergio-arenhart.>>. Acesso em 01 de abril de 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29ª ed. São Paulo: Leud, 2017.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Vol. III*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

VALLIM, João Rabello de Aguiar. Espécies de vaga de garagem. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, vol. 3, p. 67-70, jan-jun. 1979.

VASCONCELOS, Rita. *A impenhorabilidade do bem de família*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. 2009. 139 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba/PR.

VICTOR, Alexandre Gois de. Art. 833. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

YARSHELL. Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. Vol I. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação - propostas para minimizá-la*. Revista de Processo. vol. 28, n.109, p. 134-147, jan. 2003.

_____. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei 8.009/90. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. II, p. 186-196, 1993.

_____; ALMEIDA, Flávio Renato C. de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. II. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. I. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 824 a 925 - Vol. 14*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? In: *Revista de Processo*. Vol. 257, p. 371-388, jul. 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Controle difuso no novo CPC. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 324-345, jan./abr. 2017.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

APÊNDICE – Questionário para a pesquisa estatística

Nome do componente do grupo: _____ Data: ___/___/___

Nº do processo: _____ CPC/73 CPC/15

1. Houve a realização de penhora ou indisponibilidade do bem?

Penhora ou Indisponibilidade: Sim Não

2. Se sim (penhora ou indisponibilidade), por meio eletrônico? Sim Não

Dinheiro Outro(s) bem(ns): _____

3. Houve a oposição de defesa pelo Executado/Requerido? Sim Não

4. Qual a forma de oposição do Executado/Requerido?

Embargos Impugnação Exceção de pré-executividade

Outro(s): _____

5. Em quanto tempo (foi oposta) após o início do prazo legal para manifestação?

6. Houve pedido de substituição do bem penhorado? Sim Não

7. Houve alegação de impenhorabilidade do bem? Sim Não

8. Se sim, qual foi o fundamento legal para tanto? _____

9. O juiz recebeu/acolheu a oposição do devedor? Sim Não

10. Houve expropriação do(s) bem(ns)? Sim Não
11. Se sim, por qual meio? Alienação Adjudicação Apropriação de frutos ou rendimentos
12. Se houve adjudicação, o que foi adjudicado? _____
13. A quem o bem foi adjudicado? Ao Exequente Outro credor
14. Houve licitação de credores? Sim Não
15. Se houve alienação, como a mesma ocorreu?
Por iniciativa particular Leilão judicial eletrônico
Leilão judicial presencial
16. Quem arrematou o bem? Exequente Terceiro
17. Por qual valor o bem foi arrematado? _____
18. Houve satisfação do crédito? Total Parcial Não houve