UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

A (IM)PENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA QUANDO OFERECIDO EM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA DE DÍVIDA DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SÃO ÚNICOS SÓCIOS MARIDO E MULHER QUE NELE RESIDEM

Uma análise à luz do Direito Civil Constitucional

Renan Guareschi Costa

Rafael da Silva Santiago

Brasília,

2017

RENAN GUARESCHI COSTA

A (IM)PENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA QUANDO OFERECIDO EM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA DE DÍVIDA DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SÃO ÚNICOS SÓCIOS MARIDO E MULHER QUE NELE RESIDEM

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial à obtenção de diploma no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Doutorando Rafael da Silva Santiago

Brasília
2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial à obtenção de diploma no Curso de Graduação em Direito.

A (im)penhorabilidade de bem de família quando oferecido em garantia real hipotecária de dívida de pessoa jurídica da qual são únicos sócios marido e mulher que nele residem

Renan Guareschi Costa

Aprovada por:

_____
Professor orientador: Prof. Me. Rafael da Silva Santiago - Examinador

_____
Professor: Prof. Me. Diego Barbosa Campos - Examinador

_____
Professor: Prof. João Paulo Soares Coelho - Examinador

_____
Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima - Suplente

Brasília, 29 de novembro de 2017.

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça em todo lugar”

Martin Luther King Jr.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

CAPÍTULO 1 – DA TUTELA AO BEM DE FAMÍLIA: : UMA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI 8.009/90 3

CAPÍTULO 2 – A JURISPRUDÊNCIA PROTETIVA (EM REGRA) DO STJ SOBRE O BEM DE FAMÍLIA 11

CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE DO DIREITO REAL DE GARANTIA E DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90 20

CAPÍTULO 4 - A INAPLICABILIDADE DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90 À DÍVIDA DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SÃO ÚNICOS SÓCIOS MARIDO E MULHER QUE NELE RESIDEM E A CRÍTICA AO SISTEMA DE PRESUNÇÃO 30

CAPÍTULO 5 - O LIMITE À ATIVIDADE EMPREENDEDORA E O PREJUÍZO À MICROEMPRESA: O EMPREENDEDORISMO FAMILIAR COMO NOVA CAUSA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 38

CONCLUSÃO 43

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 46

RESUMO

A pesquisa tem como principal propósito analisar criticamente um específico precedente do STJ, o REsp 1.413.717/PR, e, através das lições do Direito Civil Constitucional, propor melhor solução, sempre defendendo o direito à moradia, a dignidade da pessoa humana e a necessidade de um patrimônio mínimo. A *decisio* levou à constrição judicial um típico bem de família legal, a partir do voto que considerou natural presumir que a renda da sociedade é, também, a renda da família, colocando os patrimônios em bloco único, o que se justifica através da formação social da pessoa jurídica pelos cônjuges que no imóvel residem. Permeando as particularidades do caso, vê-se que a decisão foi um erro e um limite à iniciativa empreendedora, além de ser um acórdão em nítido descompasso com a jurisprudência tradicional e pacífica do STJ.

ABSTRACT

The main purpose of this research is to critically analyze a specific precedent of the the Brazilian Superior Courthouse, the *Superior Tribunal de Justiça* (*STJ*): the legal recourse *Recurso Especial 1,413,717 / PR* and, according to the teachings of Constitutional Civil Law, to propose a better solution, always defending the right to housing, the dignity of the human being and the need of a minimum net wage. The decision led to legal constriction a typical legal family good, considering it natural to assume from the perspective of the vote that the income of society is also the income of the family, and thus placing the assets in a single unit, which is also justified by the social formation of the legal entity by the spouses who reside in the household. Taking into account the singularities of the case, it became evident that the decision was flawed and set limits to the private enterprise, besides being a judicial decision in clear disassociation with the traditional and peaceful jurisprudence of *STJ*.

INTRODUÇÃO

Esta produção acadêmica analisa a (im)possibilidade de constrição judicial de bem de família quando oferecido em garantia real (hipoteca) de dívida de pessoa jurídica da qual são únicos sócios marido e mulher que nela residem, à luz do Código Civil e da Constituição Federal, sob a égide do *Contemporâneo Direito Civil Constitucional*.

O acórdão-paradigma que será aqui discutido é o REsp 1.413.717/PR (2013/0204788-5). No caso concreto, o devedor propôs embargos à execução, alegando a impenhorabilidade de imóvel dado em garantia hipotecária de dívida da pessoa jurídica recorrida, sob a razão de que o referido bem, de propriedade do casal, é o imóvel no qual residem, além de ser o único de sua propriedade, qualificado, portanto, como *bem de família legal*, à luz da Lei 8.009/90.

Álvaro Villaça de Azevedo sintetiza as particularidades do conceito de bem de família presente na Lei 8.009/90:

> "Cuida-se, nesse passo, da criação de uma nova espécie de bem de família, como já ressaltei, completamente diversa da contemplada pelos arts. 70 a 73 do Código Civil de 1916, e pelos arts. 1.711 a 1.722 do novo Código Civil.
>
> No Código Civil, o bem de família é imóvel, como cogitado no art. 1º sob exame, somente que, naquele, a instituição depende da iniciativa de seu proprietário, por isso que é voluntário, e do cumprimento de uma série enorme de formalidades, com os inconvenientes até aqui mostrados; neste, a constituição do bem de família é imediata, e *ex lege*, desde que ocorram as hipóteses previstas no dispositivo de emergência, incluídos, ainda, bens imóveis"[1].

Assim, no *case*, a sentença julgou improcedente a ação[2], ao passo que o acórdão do TJ/PR reconheceu a impenhorabilidade[3], afastando a aplicação do art. 3º, V, da Lei

---

[1] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 357.

[2] Embargos do devedor, opostos pelos recorridos ARAMIS CALISTO, DULCE LANE CALISTO e A.C. COMÉRCIO DE PNEUS LTDA., na qual sustentaram, no que interessa ao presente recurso, a impenhorabilidade de imóvel dado em garantia hipotecária de dívida da pessoa jurídica recorrida. Explicaram que referido bem, de propriedade do casal recorrido, é o imóvel no qual residem, sendo o único de sua propriedade.

[3] O acórdão do TJPR reconheceu a impenhorabilidade do bem imóvel dado em garantia, sob o fundamento de que o casal recorrido nele reside e, ainda, de que o inc. V, do art. 3º, da Lei nº 8.009/1990 não se aplica à espécie, "porquanto limitada à hipótese da hipoteca ser instituída em favor dos próprios devedores diretos,

8.009/90, por entender que a garantia não foi prestada pela entidade familiar, mas sim por terceiro, a pessoa jurídica, tese com a qual se concorda. O STJ, todavia, conheceu o REsp[4], concedendo, na espécie, a penhorabilidade do bem de família, ao definir que é presumido o proveito em favor da instituição familiar, confundindo as pessoas do sócio e da sociedade empresária.

Parte-se, agora, a uma análise detalhada dos elementos que circundam a *decisio*, incluindo uma análise detalhada do caso, a indicação de jurisprudência conflitante e a manutenção de elementos críticos à postura nociva do STJ.

não se aplicando quando tal garantia é prestada em favor de terceiros", que na hipótese é a pessoa jurídica recorrida.

[4] Cuida-se de recurso especial interposto por BRIDGESTONE FIRESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

CAPÍTULO 1 – DA TUTELA AO *BEM DE FAMÍLIA*: UMA ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI 8.009/90

A proteção ao bem de família, inegavelmente, tem sua base na Constituição Federal, através dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, CF) e da igualdade *lato sensu*¸ combinados com o direito fundamental à moradia, consagrado expressamente pelos art. 6º, art. 7º, IV e art. 23, IX, bem como com a proteção à família (art. 226, CF), tida como base da sociedade e especialmente resguardada pelo Estado, nos termos a seguir destacados:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania
>
> **III - a dignidade da pessoa humana;**
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político. (grifos nossos)

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> **I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;**
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifos nossos)

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifos nossos)

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de **atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia**, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (grifos nossos)
>
> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> IX - promover **programas de construção de moradias** e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. (grifos nossos)
>
> Art. 226. **A família, base da sociedade**, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
>
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
>
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)
>
> § 7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (grifos nossos)

Na era contemporânea, é imprescindível que o Direito Civil seja lido à luz da Constituição Federal, pois os poderes do Estado submetem-se a um império de um direito

que garante os direitos fundamentais dos cidadãos[5], em todos os seus campos. A supremacia constitucional atua em segmentos variados, como no juízo do controle de constitucionalidade das leis, na sinalização hermenêutica para a melhor aplicação das normas (já que "o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra de seu texto"[6]) e na própria *ratio legis*, pois é esperado que as formulações legislativas já nasçam em consonância com a letra da Carta Maior.

A aplicação das diretrizes constitucionais deve levar em conta as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, em apreço à historicidade, à conformação institucional, à aplicabilidade e à teleologia na interpretação e aplicação do Direito, vertente aplicável à conjuntura do normativo civilista e respaldada pela doutrina pátria, conforme se demonstra:

> A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

[5] PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Ciudadania y definiciones*. Alicante: Universidad de Alicante, 2002, p. 184.
[6] BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional* . 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 361

> Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado[7]"

Como bem lembra Rafael da Silva Santiago, em consagrado trabalho acadêmico para a obtenção do título de Mestre[8], a constitucionalização do Direito Civil é um caminho sem volta, especialmente pela nova configuração orgânica e dispositiva das normas constitucionais, abraçando temáticas antes ligadas intrinsecamente ao Código Civil:

> O Código Civil perdeu o seu papel de constituição do Direito Privado, na medida em que os textos constitucionais estabelecem princípios ligados a temas antes reservados de forma exclusiva ao Código Civil e à autonomia da vontade: "[...] a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, ou seja, matérias típicas de direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional."
>
> Os valores consagrados na Constituição marcam presença em todas as hipóteses do sistema normativo, de forma que todas as normas infraconstitucionais devem refletir os princípios estatuídos pela Lex Fundamentalis, sob pena de, em virtude da falta de sintonia com o ordenamento, serem consideradas inconstitucionais e terem sua validade arguida.
>
> A funcionalização dos institutos clássicos do Direito Civil aos objetivos superiores estabelecidos na Constituição, como se observa, p. ex., na instrumentalização da entidade familiar ao livre desenvolvimento de seus membros, tornou-se uma consequência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes.

O professor Gustavo Tepedino aponta para a formulação de uma visão unitária do sistema, havendo uma integração entre o Direito Privado e a Constituição, a qual deve ser o ponto de referência, antes localizado no Código Civil[9]. Paulo Lôbo, outro grande defensor do *Direito Civil Constitucional*, busca sintetizar essa integração:

> Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia uma disjunção: hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A

[7] MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília: IOB, 1994, p. 475-469.
[8] SANTIAGO, Rafael da Silva. *O mito da monogamia à luz do direito civil constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 39.
[9] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, t.2.

> mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica[10]

Valendo-se da Constituição como estrutura basilar e de integração das normas, a dignidade da pessoa humana é colocada em posição central, garantindo ao devedor um *patrimônio mínimo* e o necessário resguardo ao bem de família, especialmente quando colocado na frágil posição de cobrança por instituições financeiras ou credores com gigante capacidade produtiva[11]. Na *repersonalização do Direito Civil*, a *patrimonialização* cede espaço à *personalização*, cuja precursora é a proteção ao *homestead*, sempre buscando soluções capazes de satisfazer o credor sem sepultar drasticamente o patrimônio do devedor ou retirar-lhe a dignidade, garantindo um *mínimo*, nos termos da célebre obra de Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*:

> Enuncia o art. 1.º, III, da CF/1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macro-princípio*, ou *princípio dos princípios*. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado[12].

A dignidade da pessoa humana, para a vida em sociedade, é comando constitucional inafastável, garantidor de substâncias basilares ao indivíduo, cuja inobservância é capaz de afetar negativamente as convivências coletivas e a própria democracia, uma vez que a dignidade da pessoa humana "é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui valor fundamental subjacente às democracias

[10] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 324.
[11] Neste caso, litiga um humilde casal contra a Bridgestone, gigante japonesa da indústria de pneus.
[12] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 34.

constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente previstas nas suas constituições[13]" (grifos nossos).

O próprio STJ já postulou a dignidade da pessoa humana como um **sobreprincípio**, um dos principais argumentos para o não provimento do recurso no seguinte julgado (o caso também cuida do direito fundamental à moradia e de aspectos relativos ao imóvel habitado, no qual se discutiu a utilização de saldo do FGTS para pagamento de reforma de imóvel não financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação, em recurso proposto pela Caixa Econômica e cuja decisão permitiu a utilização do Fundo):

> Na resolução do caso concreto, os princípios se aproximam mais dos ideais de justiça (Dworkin) e de direito (Larenz), sendo imprescindível que se os busquem em sua fonte primordial: a Constituição. O primeiro deles a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88), é considerado, mesmo, um sobreprincípio, já que constitui não só um norte para a produção e aplicação de novas regras, mas fonte comum a todos os demais princípios. A partir da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna elencou inúmeros outros direitos, nos arts. 5º e 6º, este último que engloba a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (STJ, Resp 1.251.566/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 07.06.2011 – grifos nossos).

Por sua vez o exame da razoabilidade[14], pertinente a qualquer aplicação e construção de precedentes (falha apontável na construção do julgado que guia este trabalho), se alinha mais como sentido do justo, tangencia o juízo de equidade e também de ponderação e prudência, o que se alinha não só à doutrina, mas à práxis jurídico-constitucional da teoria jurídica norte-americana, seguindo as afirmações do Justice Felix Frankfurter[15], colocando em um mesmo *quantum* processo, constituição e materialidade:

---

[13] BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 63.

[14] A menção aos princípios, na construção dos precedentes legais e constitucionais, sinaliza o caminho de integração e percepção do arcabouço jurídico em relação à Carta Maior, consagrando e resguardando as partes no melhor entendimento para o intérprete.

[15] Conferir: *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* (1951), citado em: PRITCHETT, C. Herman. *American Constitutional Law*. New York: McGraw-Hill, 2ª ed., 1962.

> "O devido processo, ao contrário de alguma regras, não é uma concepção técnica com um conteúdo fixado e desligado to tempo, espaço e circunstâncias. Expressando, em última análise, uma imposição de que a lei respeite aquele sentimento de justiça ou de justo tratamento que tem sido desenvolvida durante séculos de história constitucional e civilização anglo-americana, o devido processo não pode ser aprisionado nos limites traiçoeiros de qualquer fórmula. Representando uma profunda atitude de justiça entre homem e homem, e mais particularmente entre indivíduo e governo, o devido processo é composto por história, razão, o conjunto das decisões passadas e uma grande confiança na força da fé democrática que professamos. O devido processo não é um instrumento mecânico. Não é um critério. É um processo"

Além disso, a própria doutrina extrai características que indicam e explicam a amplitude e os sentidos do conceito *dignidade da pessoa humana*:

> a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa [ou brasileira, acrescenta-se] e postula uma versão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa humana pressupõem a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas[16]

A pessoa, ressalta-se, é o centro dos estudos nas ciências humanas e razão maior para a *facticidade* da ciência do *Direito*. Há clara preocupação em resguardar suas garantias e projetar a dignidade da pessoa humana como ideal protetivo, especialmente no âmbito do direito civil e dos direitos da personalidade. Tão importante é sua proteção que Gustavo Tepedino defende uma cláusula geral de tutela e proteção da pessoa humana, a prevalecer, por exemplo, na hipótese de constrição do bem de família aqui analisada:

> "Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.° do art. 5.°, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula

[16] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

> geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento[17]"

A Lei 8.009/90 (que estabelece o conceito de *bem de família* legal) surge, então, para consagrar os dizeres constitucionais, conforme sábias palavras do professor Flávio Tartuce:

> Destaque-se que a proteção do bem de família legal, constante na Lei 8.009/1990, nada mais é do que a proteção do direito social e fundamental à moradia (art. 6.º da CF/1988), seguindo a tendência de valorização da pessoa, bem como a solidariedade estampada no art. 3.º, I, da CF/1988.[18]

O diploma legal postula, em seu art. 1º, o seguinte:

> o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei[19].

O parágrafo único, por sua vez, traz que *a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados*. Apesar de protetiva, deve-se resguardar a melhor interpretação, à luz da Constituição Federal, do léxico normativo, o que fora, em muitos casos, validado pelo STJ. Passa-se, então, a uma verificação dos precedentes da Corte sobre o tema.

---

[17] TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. I.
[18] TARTUCE, Flávio. *Curso de Direito Civil, v. 5, Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 214.
[19] BRASIL. Lei n. 8.009/90 de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

CAPÍTULO 2 – A JURISPRUDÊNCIA PROTETIVA (EM REGRA) DO STJ SOBRE O *BEM DE FAMÍLIA*

A jurisprudência do STJ, ao interpretar e aplicar a Lei 8.009/90, direciona-se massivamente a uma amplitude conceitual e à máxima proteção da família, preocupando-se em resguardar o *bem de família legal* em inúmeras hipóteses, estendendo a *ratio* da norma. Separamos algumas formulações do Pretório Excelso a fim de comprovar, *prima facie*, essa linha:

a) O STJ sumulou que a Lei 8.009/90 tem eficácia retroativa, atingindo penhoras constituídas antes de sua entrada em vigor. Eis o enunciado da Súmula 205 do STJ: *a Lei nº 8.009 , de 29 de março de 1990, aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência.*[20]

b) O imóvel em que reside pessoa solteira também está amparado pela impenhorabilidade, conforme a Súmula 364 do STJ: *o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.*[21]

Citam-se, nesse sentido, trechos de acórdãos do STJ e do TJSP[22]:

> A interpretação teológica do art. 1° (da Lei n. 8.009/90) revela que a norma não se limita ao resguardo da família, seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim, ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. Incluía a moradia como direito social, tem-se como impenhorável o imóvel residencial da pessoa solteira, tal como assegurado na Lei n. 8.009/90. (Resp. 403314 – STJ – Rel. Min. Barros Monteiro – 4ª Turma).

> Ementa: EMBARGOS E EXECUÇÃO – Penhora – Desconstituição – Bem de família – Acolhimento – Impenhorabilidade que se tornou incontroversa ante a falta de impugnação específica dos embargos – Mesmo que o devedor-embargante fosse solteiro, a impenhorabilidade do bem de família seria admissível – O sentido de entidade familiar está relacionado com o uso do imóvel, para fim residencial, de pessoa física que tenha, ou não, constituído família na acepção estrita do termo – Aplicação da súmula 364 do STJ: "O conceito de

[20] Superior Tribunal de Justiça, Súmula 205.
[21] Superior Tribunal de Justiça, Súmula 364
[22] Escolhido pela relevância e primazia na aplicação do precedente, o que se condiciona ao presente tema.

impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas" – Não procede a alegação dos embargos de que o imóvel é penhorável porque o devedor se encontra em Brasília-DF, pois a esposa dele foi intimada no imóvel penhorado, o que demonstra a sua destinação familiar – Embargos à execução parcialmente procedentes (TJSP, APL 7082347700 SP Relator: Álvaro Torres Júnior Julgamento: 02/02/2009 Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado Publicação: 16/02/2009)

Ementa: PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NÃO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. 2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família. 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que 25 a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido (Recurso Especial n.º 950.663 – SC, 2007/0106323-9. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão)

Na mesma linha foi reconhecida a impenhorabilidade ao imóvel em que residem duas irmãs, dando-lhes *status* de entidade familiar, o que leva à conclusão de que o conceito do art. 226 da CF não é taxativo, sendo verdadeira hipótese de *numerus apertus*:

"Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a lei 8.009/90" (STJ, REsp 57606 MG 1994/0037157-8, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, 11.04.1995).

c) Antes da arrematação do bem, a alegação de impenhorabilidade não está sujeita a preclusão processual, cabendo por simples petição.

> "Agravo regimental. Recurso especial. Bem de família. Impenhorabilidade. Alegação a qualquer tempo. Preclusão inexistente. Recurso manifestamente infundado e protelatório. Multa do art. 557, 2º, do CPC. 1. Antes da arrematação, a alegação de impenhorabilidade do bem de família pode ser feita a qualquer tempo e não sofre os efeitos da preclusão". (STJ, AgRg no REsp 292.907/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 18.08.2005, *DJ* 12.09.2005, p. 314).

d) Em caso de locação, sendo a renda do imóvel utilizada para a manutenção da entidade familiar, como no caso do emprego no aluguel de outro imóvel, permanece a impossibilidade de constrição judicial:

> "Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Bem de família. Locação a terceiros. Renda que serve a aluguel de outro que serve de residência ao núcleo familiar. Constrição. Impossibilidade. Lei 8.009/1990, art. 1.º. Exegese. Súmula 7-STJ. I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado. II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula 7 do STJ. III. Agravo improvido" (STJ, AGA 385692/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 09.04.2002, DJ 19.08.2002, p. 177. Veja: STJ, REsp 114119- RS, 302781-SP, 159213-ES (RDR 15/385) e 183042-AL).

O entendimento deu origem à Súmula 486, cujo enunciado preceitua que *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.[23]

e) Não é possível penhorar uma fração do único imóvel do devedor baseando-se no fato de que se trata de um "imóvel de luxo", em caso que analisa a penhora de imóvel avaliado em R$ 1,2 milhão, o REsp 1.351.571/SP.

O Relator para Acórdão, Ministro Marco Buzzi, em julgamento realizado no dia 27/09/2016, ponderou que "O valor do bem, seja ele dado pelo valor de mercado ou pelo Fisco, não afasta a garantia da impenhorabilidade, qual seja, proteger a família garantindo patrimônio mínimo para sua residência e dignidade", retomando a ideia já mencionada do *patrimônio mínimo*.

No mesmo sentido:

> Recurso Especial – Direito Civil – Questão preliminar – Julgamento proferido por Câmara composta majoritariamente por juízes convocados – Possibilidade, desde que observados parâmetros legais – Precedentes – Existência de vício redibitório e o prosseguimento da execução da forma menos onerosa ao devedor – Pré questionamento – Ausência – Incidência da Súmula 211/STJ – Penhora – Parte ideal de imóvel – Possibilidade – Precedentes – Bem de Família – Avaliação – Juízo dinâmico – Bem imóvel de elevado valor – Irrelevância, para efeitos de impenhorabilidade – índice de correção monetária – Divergência jurisprudencial – Demonstração – Inexistência – Embargos de declaração – Multa – Impossibilidade – Intuito procrastinatório – Ausência – Incidência da Súmula 98;STJ – Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (...) V – Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 1° da Lei n° 8009/90 basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem. VI – O art. 3° da Lei n° 8009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não 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 ((Resp 11178469/SP – Rel. Min. Massami Uyeda. 3ª T, J. Dje de 19/12/2010).

[23] Superior Tribunal de Justiça, Súmula 406.

f) A Lei 8.009/90 é norma **cogente** e **de ordem pública**, não podendo ser renunciada pelo devedor, conforme salienta, dentre outros julgados, o próprio REsp 1.413.717/PR.

> "Processual Civil. Agravo regimental. Execução movida contra pessoa jurídica. Imóvel de sócio dado em garantia hipotecária da empresa. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/1990, art. 3º, v. Exegese. Precedente. Questão de direito. Súmula n. 7-STJ. Não incidência. Bem de família. Único bem. Renúncia incabível. Proteção legal. Norma de ordem pública. I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/1990. II. A proteção legal conferida ao bem de família pelo mesmo diploma legal não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada ex vi legis. [...] IV. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.187.442/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJe 17/2/2011).

> "Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Bem de família oferecido à penhora. Renúncia ao benefício assegurado pela lei. 8.009/90. Impossibilidade. 1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ. 2. Dessarte, a indicação do bem à penhora não produz efeito capaz de elidir o benefício assegurado pela Lei 8.009/90. Precedentes: REsp 684.587 - TO, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005; REsp 242.175 - PR, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, DJ de 08 de maio de 2.000; REsp 205.040 - SP, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 15 de abril de 1.999). 3. As exceções à impenhorabilidade devem decorrer de expressa previsão legal. 4. Agravo Regimental provido para dar provimento ao Recurso Especial." (AgRg no REsp 813.546/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 04/06/2007).

g) Para o STJ fica protegido o imóvel **ainda que patrimônio da sociedade**, desde que único servil à sua residência, nos termos da Lei 8.009/90. Inexplicavelmente, fica desprotegido, por sua vez, o imóvel patrimônio do casal, ainda que único servil à sua

residência, nas particularidades do REsp 1.413.717/PR, objeto do presente estudo. Para indicar a aplicação das informações presentes no primeiro período do tópico, seguem algumas decisões do Tribunal da Cidadania.

> "Processual civil. Embargos de terceiro. Execução fiscal movida em face de bem servil à residência da família. Pretensão da entidade familiar de exclusão do bem da execução fiscal. Possibilidade jurídica e legitimidade para o oferecimento de embargos de terceiro. É bem de família o imóvel pertencente à sociedade, dês que o único servil à residência da mesma. *Ratio essendi* da Lei 8.009/90. 1. A Lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida *cum granu salis* pelas instâncias locais. 3. Aferida à saciedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*. 4. *In casu*, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que 'A impenhorabilidade da Lei n.º 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios' (FACHIN, Luiz Edson. 'Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo', Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154). 6. Em consequência '(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, devem beneficiar-se da impenhorabilidade legal.' [grifo nosso] 7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela Constituição Federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela *causa petendi* eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 621399/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2005, *DJU* 20.02.2006, p. 207).

> PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL DE PROPRIEDADE DE SOCIEDADE COMERCIAL RESIDÊNCIA DOS DOIS ÚNICOS SÓCIOS – EMPRESA FAMILIAR – PRECEDENTES. 1. A Lei n. 8.009⁄90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família, incluindo na série o imóvel destinado à moradia do casal ou da entidade familiar, a teor do disposto em seu art. 1º. 2. Sendo a finalidade da Lei n. 8.009⁄90 a proteção da habitação familiar, na hipótese dos autos, demonstra-se o acerto da decisão de primeiro grau, corroborada pela Corte de origem, que reconheceu a impenhorabilidade do único imóvel onde reside a família do sócio, apesar de ser da propriedade da empresa executada, tendo em vista que a empresa é eminentemente familiar. Recurso especial improvido. (REsp 1024394⁄RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14⁄3⁄2008)

h) Legitimidade processual para os filhos e cônjuge do proprietário: os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei 8.009/1990, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes: REsp 345.933/RJ e 151.238/SP.

i) Impossibilidade de penhora do imóvel em que se localiza o estabelecimento empresarial, caso este também seja servil à residência da família. Há, entretanto, possibilidade de constrição do imóvel usado como sede da empresa, caso não existam outros bens penhoráveis, e não seja habitado pela família, salientando a disposição do STJ em proteger o *homestead*, **ainda que haja dívida de pessoa jurídica**. O julgado deixa claro que a penhora somente ocorreu **porque o bem não serve para residência, vedando a satisfação da dívida de terceiro (sociedade empresária)** através da constrição do bem de família.

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL PROFISSIONAL. BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ARTIGO 649, IV, DO CPC. INAPLICABILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. 1. A penhora de imóvel no qual se localiza o estabelecimento da empresa é, excepcionalmente, permitida, quando inexistentes outros bens passíveis de penhora e desde que não seja servil à residência da família. 2. O artigo 649, V, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382/2006,

> dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. 3. A interpretação teleológica do artigo 649, V, do CPC, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV, da CRFB/88) e do direito fundamental de propriedade limitado à sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual. 4. Ademais, o Código Civil de 2002 preceitua que: "Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária." 5. Conseqüentemente, o "estabelecimento" compreende o conjunto de bens, materiais e imateriais, necessários ao atendimento do objetivo econômico pretendido, entre os quais se insere o imóvel onde se realiza a atividade empresarial. 6. A Lei 6.830/80, em seu artigo 11, § 1º, determina que, excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, regra especial aplicável à execução fiscal, cuja presunção de constitucionalidade, até o momento, não restou ilidida. 7. Destarte, revela-se admissível a penhora de imóvel que constitui parcela do estabelecimento industrial, desde que inexistentes outros bens passíveis de serem penhorados [Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no Ag 746.461/RS, Rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), Terceira Turma, julgado em 19.05.2009, Dje 04.06.2009; REsp 857.327/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 05.09.2008; REsp 994.218/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.12.2007, DJe 05.03.2008; AgRg no Ag 723.984/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 29.05.2006; e Resp 354.622/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 05.02.2002, DJ 18.03.2002]. (REsp 1114767 / RS - RECURSO ESPECIAL 2009/0071861-0; Relator(a) Ministro LUIZ FUX).

Defende-se, portanto, em conformidade com o que denota a jurisprudência selecionada, que a linha de atuação do Tribunal da Cidadania, em exegese que consagra os dizeres da Carta da República e se orienta na direção do *Direito Civil Contemporâneo*, busca aplicar a norma no sentido de maior proteção possível à pessoa humana, tanto na qualificação da amplitude de *bem de família legal* quanto na necessária flexibilização do conceito de *família*, que não se amolda à frieza de um *rol taxativo*. Nesse mesmo sentido protetivo, deveria seguir a Corte no juízo do presente caso (imóvel dado em garantia hipotecária de dívida da sociedade constituída unicamente pelos cônjuges que nela

residem), restringindo-se a penhorabilidade do art. 3º, V, da Lei 8.009/90 ao específico caso de benefício direto à própria entidade familiar, já que, na visão crítica da presente obra, o problema central está no sistema de presunção e na insistência em se pensar no empreendedorismo como mera forma de subsistência, conforme será analisado a seguir

CAPÍTULO 3 - A CONSTRIÇÃO DO *BEM DE FAMÍLIA* DADO EM GARANTIA COM BENEFÍCIO REVERTIDO EM PROVEITO DA PRÓPRIA ENTIDADE: UMA ANÁLISE DO *DIREITO REAL DE GARANTIA* E DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90

A Lei 8.009/90 conceitua de forma clara o instituto e traz algumas possibilidades nas quais o *bem de família* pode sofrer constrição judicial, com destaque para o art. 3º, nos termos seguintes:

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
>
> Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.
>
> Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.
>
> Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.
>
> **Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido**:
>
> II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
>
> III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida
>
> IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
>
> **V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar**;

> VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.
>
> VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.
>
> Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.
>
> § 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.
>
> § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.
>
> Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil. (grifos nossos)

O foco de análise da obra se direciona à hipótese do inciso V, quando o imóvel é oferecido espontaneamente como garantia real (hipoteca), convencionando-se como uma espécie de *bem de família ofertado*[24]. Inicialmente, contudo, é importante relembrar a clássica definição de Orlando Gomes para os direitos de garantia:

> Direito real de garantia é o que confere a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento.[25]

[24] O *bem de família ofertado*, na definição de Flávio Tartuce (TARTUCE, *Direito Civil. Direito de* Família. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 275) indica, conceitualmente, o "caso em que um devedor, executado, ainda sem advogado constituído ou que lhe oriente, ofereça o próprio Bem de Família, imóvel de sua residência, à penhora."

[25] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 361.

A hipoteca, uma de suas modalidades, por sua vez, "pode ser conceituada como direito real de garantia, em virtude do qual um bem imóvel (exceto navios e aeronaves) remanesce na posse do devedor ou de terceiro, assegurando preferencialmente ao credor o pagamento de uma dívida[26]".

Segundo a jurisprudência do STJ, dada na interpretação ao art. 3º, V, da Lei 8.009/90, se o bem de família for hipotecado, "**a impenhorabilidade só não será oponível nos casos em que o empréstimo contratado foi revertido em proveito da entidade familiar**"(AgRg no AREsp 48.975/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 25/10/2013), conforme destacou a própria relatora, Ministra Nancy Andrighi, no voto proferido para a composição deste acórdão-paradigma, em indicação de hipótese única.

Garantindo o direito do credor e equilibrando o conflito, deve-se concordar com tal posicionamento do Pretório Excelso, pela lógica natural de que a benesse existente na posição do *bem de família* cedeu espaço ao montante recebido (em empréstimo, conforme caso acima transcrito), satisfazendo a entidade familiar, portanto, de maneira equânime. Não pode perpetuar, contudo, a ideia de que seria desprestigiada a boa-fé objetiva (vedação do *venire contra factum proprium*) na ocasião em que o imóvel é dado em garantia pelo casal, de livre e espontânea vontade, para garantir dívida contraída por sua própria empresa, por considerar, friamente, que ambos o fizeram para beneficiar a entidade familiar, de maneira presumida ou usando a empresa como escopo, como assim propôs a ministra relatora:

> A jurisprudência tem, inegavelmente, prestigiado a essência da proteção especial conferida ao bem de família, todavia, esse cuidado peculiar não deve se afastar da observância e prestígio a valores comezinhos do Direito, destacando-se, dentre eles, a boa-fé objetiva. Assim, em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de venire contra factum proprium), à autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família, considero salutar, à vista da jurisprudência do STJ, mas também em atenção ao disposto na Lei 8.009/1990, estabelecer que o proveito à família é presumido quando, em razão da atividade exercida por empresa familiar, o imóvel onde reside o casal (únicos sócios daquela) é onerado com garantia real hipotecária para o bem do negócio empresarial

[26] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 72.

Deve-se lembrar, em análise comparada, que não se sustenta o argumento nem mesmo na hipótese do *bem de família ofertado*. Neste caso, o devedor, já executado, oferece o bem à penhora (entendido *semanticamente* como *constrição judicial para garantia do processo*, o que guarda, por natural, total semelhança com a execução de *hipoteca*). Surgem, então, duas correntes[27], acerca da rejeição imediata ou não dos embargos propostos pelo devedor:

1ª corrente: os embargos devem ser rejeitados de imediato. Os argumentos se dão em torno da regra pela qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), deixando desamparado o credor, o qual, após já saber que um bem já estaria levado à penhora, é colocado novamente na situação inicial do inadimplemento, por vedação da Lei 8.009/90, dando interpretação restritiva à norma. Entre os doutrinadores que propõem essa interpretação restritiva pode ser citado Daniel Amorim Assumpção Neves[28].

Outro argumento gira em torno do *venire contra factum proprium* pois não faz sentido o devedor ofertar o bem e, logo em seguida, embargar o processo de execução.

2ª corrente: em respeito ao direito fundamental à moradia, os embargos devem ser recebidos e conhecidos, tese defendida com veemência por Flávio Tartuce.

A segunda tese, ao refutar a ideia de torpeza (e, no mesmo sentido, de afastar a má-fé presumida no julgado em análise), aponta no sentido já consagrado pela jurisprudência:

> "o Direito, em certo sentido, acaba por ser uma *ciência endêmica*, que surge para solucionar conflitos humanos. Sendo assim, não se pode presumir que as mentes das pessoas também estão doentes. Ademais, o argumento de torpeza, baseado na boa-fé subjetiva e, por isso, essencialmente privado, não pode prevalecer sobre a proteção do *bem de família legal*, que envolve ordem pública" (STJ, AgRg no REsp 813.546/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 10.04.2007, *DJ* 04.06.2007, p. 314).

[27] Conforme lição de Flávio Tartuce. TARTUCE, Flávio. *Curso de Direito Civil, v. 5, Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 215.
[28] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Impenhorabilidade de bens. Análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. *In* https://jus.com.br/artigos/10753/a-polemica-do-bem-de-familia-ofertado. Acesso em 28/11/2017.

Ademais, no juízo de ponderação entre a *boa-fé objetiva* e *o direito fundamental à moradia*, ainda que o princípio da eticidade seja um dos baluartes do *Código Reale* e até mesmo se encontre positivado[29], deve-se sempre pautar pela supremacia dos dizeres constitucionais, em conformidade com a *constitucionalização do Direito Civil*, já analisado. Nesse sentido, cabe destacar a lição de Flávio Tartuce:

> "Ora, muito se tem dito a respeito da dignidade humana como propulsora da tendência de constitucionalização do Direito Civil e da possibilidade de aplicação das normas constitucionais protetivas da pessoa nas relações privadas (eficácia horizontal). Em realidade, parece-nos que um dos modos de especializar essa máxima proteção se dá justamente pela proteção da moradia como ocorre nos casos envolvendo o Bem de Família Ofertado. A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, concretizando o Texto Constitucional[30]"

Por fim, o argumento, a nosso ver, mais importante, também em consonância com as lições acima transcritas, relativo à aplicação das garantias fundamentais. Precisamos lembrar que, além de a interpretação conferida ao ordenamento ocorrer a partir da Constituição, o que consagra o *Direito Civil Constitucional*, os direitos fundamentais incidem de maneira direta nas relações privadas, por possuírem eficácia horizontal (*Drittwirkung*). A eficácia horizontal se dá em qualquer relação privada, seja na resolução de um contrato, na problemática do *bem de família ofertado*, ou frente à possibilidade de execução do único imóvel do casal, dado em garantia hipotecária em benefício de sua sociedade empresária.

O *Drittwirkung* afasta a vinculação das normas garantidoras dos direitos fundamentais somente às entidades públicas, cuja semântica, oriunda do direito germânico, é reiterada nos estudos pátrios, que assim se manifesta:

> "essa concepção foi superada pela mudança de significado operada no domínio dos direitos fundamentais, pois, na medida em que irradiam efeitos por toda a ordem jurídica, não apenas as

[29] A boa-fé objetiva é consagrada, de maneira positivada, no art. 187 do Código Civil: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

[30] Conforme lição de TARTUCE, Flávio. *Curso de Direito Civil, v. 5, Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 216.

> entidades públicas estão obrigadas a respeitá-los, mas também as entidades privadas. Essa vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais é denominada pela expressão germânica *Drittwirkung*, que significa eficácia perante terceiros, conhecida também também sob as definições de eficácia horizontal e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares[31]".

Nesse sentido também se posiciona o STF:

> "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sob este prisma, são limites à autonomia privada" (STF, RE 201819, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 11.10.2005).

Por isso, em uma sociedade hipercomplexa, a capacidade de regular condutas pressupõe a abertura cognitiva do sistema jurídico aos *inputs* dos demais sistemas sociais (Economia, Política, Religião etc.) e das próprias instâncias, estatais e supraestatais, de produção de normas. Não basta a mera compatibilidade vertical entre as normas estatais ou mesmo o equilíbrio das relações privadas, por intermédio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo fundamental perceber a incidência de outros campos nas previsões e conclusões jurídicas, já que o direito jamais se coloca individualmente na vida das pessoas[32].

A abordagem dos necessários diálogos institucionais guarda a própria essência do fenômeno jurídico em uma sociedade global em que, cada vez mais, toma lugar o transconstitucionalismo, devidamente explicitado nas palavras do próprio Professor Marcelo Neves:

> "O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou

[31] FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. In RAMOS, Edith Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.). *O direito no século XXI*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2010.

[32] A tese será melhor analisada no Capítulo 5 deste trabalho, ao correlacionar elementos da *decisio*, a posição do empreendedor brasileiro e a relação entre as pessoas do sócio e da sociedade empresária.

> ultima ratio. Rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de "pontes de transição", da promoção de "conversações constitucionais", do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema "monismo/pluralismo". A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfretamento dos problemas-hidra constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial"

Logo, não devem prosperar, *data maxima venia*, as considerações da Min. Isabel Gallotti, em voto-vista no REsp nº 988.915/SP (Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 08/06/2012), transcritas ao julgado cá analisado:

> "Impressionou-me [...] a alegação [...] de que os precedentes deste Tribunal não se amoldariam perfeitamente à hipótese dos autos, porque, embora a hipoteca tenha sido prestada em benefício de um terceiro, no caso uma sociedade limitada, esta sociedade limitada só possui dois sócios, e os dois sócios são precisamente o casal que ofereceu a garantia hipotecária em proveito de empresa, sendo esta 100% (cem por cento) integrante do patrimônio desses dois sócios.
>
> Portanto, penso que não há como afastar a realidade de que a quitação da dívida da empresa beneficiará direta e integralmente o patrimônio das duas pessoas que prestaram a hipoteca. Se houvesse outros sócios, a conclusão seria diferente, porque a empresa (e consequentemente outros sócios além dos dadores da garantia) seria a beneficiária direta da quitação, não revertendo o valor do bem integralmente em proveito do casal, mas apenas na proporção de suas quotas na empresa.
>
> Assim, nesse caso, dada esta peculiaridade de que as cotas dessa sociedade são 100% (cem por cento) pertencentes ao casal que ofereceu a garantia hipotecária, penso que, ao contrário dos precedentes desta Corte, deve-se aplicar o art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, até em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva, uma vez que, se não pretendiam eles que esse imóvel pudesse a

> vir a responder pela dívida, não deveriam eles tê-lo dado em garantia hipotecária.
>
> Observo que a jurisprudência, no nobre escopo de proteger o direito à moradia familiar, não deve descurar do princípio da boa-fé objetiva, basilar no Código Civil. Quanto menos valor for dado à vontade manifestada pelo devedor, no ato de constituição da garantia hipotecária, sendo ela invalidada no momento em que chamada a cumprir sua finalidade de garantir o pagamento da dívida, mais dificuldade terão os microempresários para conseguir crédito para desenvolver sua atividade econômica. A jurisprudência aparentemente protetiva acaba por prejudicar aqueles mesmos a quem, em princípio, pretendeu a Lei 8.009/90 resguardar, assegurando-lhes o direito de contar com bem apto a servir de garantia".

Frente à colisão entre *bem de família* e *autonomia privada*, pertinente tão somente ao campo do devedor, é importantíssimo que a proteção à dignidade humana e à moradia sejam colocados em primeiro plano, o que irradia para campos diversos, como uma maior segurança na livre iniciativa empreendedora. Ressalva deve ser feita, também, aos efeitos que atingem o desenvolvimento da atividade empresária, pois o que afastará a vontade dos particulares de investirem no campo empresarial não será a recusa do crédito frente à impenhorabilidade do bem de família, mas sim a propagação da ideia de que a própria moradia será colocada em xeque para o avanço da empresa[33]. O Direito deve primar por essa proteção (afastando a penhorabilidade), pois, ainda assim, restam ao empresário inúmeros outros meios idôneos para arrecadar fundos de financiamento à sua atividade, como títulos de crédito emitidos pela sociedade, **sendo a empresa, dentre outras qualificações, um meio para a subsistência da família, não o contrário**. No conflito entre *bem de família* e *boa-fé objetiva*, caso ainda restem dúvidas, deve prevalecer o primeiro, conforme outrora mencionamos. Como bem lembra Gabriel Garcia Medina, a orientação constitucional guia o intérprete no sentido de máxima satisfação dos direitos das pessoas:

> Nota-se que a jurisprudência, ainda que sem mencioná-lo explicitamente, orienta-se pelo princípio *pro persona* (ou, *in dubio pro persona*), segundo o qual deve-se privilegiar a interpretação que melhor realize (e não restrinja) o exercício dos direitos da pessoa, sendo nesse sentido o art. 29 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Dando-se essa dimensão à dignidade da pessoa humana,

[33] Em linguagem natural.

> admite-se que esta funcione também como *critério interpretativo*[34].

Defende-se, ademais, que a boa-fé objetiva não é maculada (nem se presume), já que a hipoteca, no caso concreto, consiste em tentativa desesperada para a manutenção da atividade empresarial, já que os insumos adquiridos eram indispensáveis para preservar a atividade.

Há, contudo, um problema, pois os interesses do credor também devem ser satisfeitos e sobre eles também incide a justa proteção constitucional, como bem lembra Marcelo Schenk Duque:

> "no momento em que todas as partes envolvidas são, ao mesmo tempo, titulares e destinatários, acaba sendo difícil localizar parâmetros e construir uma argumentação racional, que delimite as proteções recíprocas. É por essa razão que, nesse particular, se está diante do que a doutrina já qualificou de 'argumento de confusão' (Konfusionsargument), que é elevar um particular, ao mesmo tempo, à condição de beneficiário e obrigado frente a um direito fundamental. [...] Anote-se, com ênfase, que o modelo que compreende o particular apenas como titular de direitos não pode ser interpretado de forma a levar à falsa conclusão de que os sujeitos privados não tenham que observar os direitos fundamentais dos seus consortes jurídicos.[35]"

A solução surge da análise do caso concreto. No caso dos autos, como em muitos outros típicos da realidade brasileira, a lide se forma entre um agrupamento familiar (junto à sua sociedade empresária) e uma multinacional (aqui, especificamente, uma gigante japonesa da indústria da borracha), ou entre a família e a entidade financeira. Não é justo considerar que estejam no mesmo plano uma *borracharia* e um conglomerado empresarial que comercializa, mundialmente, seu instrumento de trabalho, os pneus, nem achar razoável que o imóvel (avaliado em R$ 194.000,00), quando executado, resultará em benefícios à empresa multinacional proporcionais ao ônus a ser suportado por esse casal, sob pena de se afastar a *democratização do judiciário*. Não se quer prosperar a ideia

---

[34] MEDINA, Gabriel Garcia. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

[35] DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição – Drittwirkung dos Direitos Fundamentais: Construção de Convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

de que o *calote* seja possível, ante um argumento de insignificância do valor da causa a uma das partes ou frente à impossibilidade de satisfação da dívida, já que alternativas existem, como a substituição da garantia real pela fidejussória, devendo ser incentivado, com total certeza, o adimplemento da obrigação.

O desgaste é ainda maior quando são analisados os efeitos da hipoteca. Primeiramente, além da perda da propriedade, os acessórios dos imóveis também entrarão no litígio, por força art. 1473, I, do CC[36], baseado no *princípio da gravitação jurídica*, segundo o qual o acessório segue o principal. Além disso, pelo princípio da *excussão* (art. 1430, CC[37]), não sendo suficiente o valor arrecadado na execução do bem, continua o devedor obrigado pessoalmente pelo restante, ou seja, o *reliquium* se mantém como obrigação a ser satisfeita.

Dessa forma, frente à análise do caso concreto, todos esses elementos devem ser ponderados, buscando o julgador a solução que melhor resolva a lide, segundo uma visão unitária do ordenamento e respeitada a supremacia da CF.

Passa-se, agora, à defesa da ideia de que não se pode presumir que o benefício da hipoteca será revertido para a instituição familiar (e, assim, encaixar essa hipótese ao art. 3º, V, da Lei 8.009/90), por considerar que a formação social de empresa (cujos únicos sócios são os cônjuges) levaria a essa inevitável conclusão.

[36] BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles.
[37] BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.430. Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante.

CAPÍTULO 4 - A INAPLICABILIDADE DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90 À DÍVIDA DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL SÃO ÚNICOS SÓCIOS MARIDO E MULHER QUE NELE RESIDEM E A CRÍTICA AO SISTEMA DE PRESUNÇÃO

Lembra-se, de início, que "a impenhorabilidade do bem de família só não será oponível nos casos em que o empréstimo contratado foi revertido em proveito da entidade familiar", e, também, que "na espécie, apesar de incontroverso tratar-se de bem de família, discute-se exatamente se o benefício à entidade familiar seria evidente, a prevalecer a excepcionalidade albergada e chancelada pela Lei 8.009/1990 em seu art. 3º, inc. V", conforme trechos retirados do próprio acórdão.

A resposta da Ministra relatora à questão é evidente:

> Na espécie, apesar de incontroverso tratar-se de bem de família, discute se exatamente se o benefício à entidade familiar seria evidente, a prevalecer a excepcionalidade albergada e chancelada pela Lei 8.009/1990 em seu art. 3º, inc. V. Em se tratando de exceção à regra da impenhorabilidade – a qual, segundo o contorno conferido pela construção pretoriana, se submete à necessidade de haver benefício à entidade familiar –, e tendo em conta que o natural é a reversão da renda da empresa familiar em favor da família, **a presunção deve militar exatamente nesse sentido e não o contrário.** Nesses termos, sendo razoável presumir que a oneração do bem em favor de empresa familiar beneficiou diretamente a entidade familiar, impõe-se reconhecer que eventual prova da inocorrência do benefício direto à família é ônus de quem prestou a garantia real hipotecária.

Em relação às sociedades empresárias em geral (não formada unicamente pelos cônjuges), a posição do STJ não permite tal conclusão, conforme os julgados a seguir transcritos:

> "Recurso especial. Processo civil. Execução. Bem de família. Imóvel dos sócios dado em garantia hipotecária de dívida contraída em favor da empresa. Impenhorabilidade reconhecida. 1. A exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 deve se restringir aos casos em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios. 2. Recurso especial conhecido e

> provido. (REsp 1.022.735/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJe 18/02/2010)"
>
> "Agravo regimental. Agravo de instrumento. Impenhorabilidade de bem de família. Art. 3º, v, da lei 8.009/90. Bem dos sócios de empresa. Hipoteca de contrato da empresa. Beneficiários próprios. Não configuração. 1. Acerca do art. 3º, V, da Lei 8.009/90, esta Corte tem entendido que ele se aplica aos casos em que os devedores constituídores da hipoteca deram o bem como garantia da própria dívida, constituindo-se nos próprios beneficiários. 2. Não se pode presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da família. 3. Agravo regimental não improvido. (AgRg no Ag 1.126.623/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 06/10/2010)."

O elemento, por conseguinte, que permite a presunção, segundo o voto em análise, é a formação social da sociedade empresária, composta pela cônjuges. Afirmar, entretanto, que o benefício é revertido diretamente à entidade familiar não é adequado. A fim de prová-lo, separamos alguns pontos de análise:

I. A sociedade empresária (ou empresário[38]) utiliza o lucro e os investimentos do sócios (capital social inicial) para o cumprimento de suas obrigações. Dentre elas estão a necessidade de registro na Junta Comercial; a manutenção de escrituras regulares de seus negócios e o levantamento de demonstrações contábeis periódicas, todas onerosas e indispensáveis à manutenção do empresário e de sua atividade.

Ainda que pequena ou microempresa optante pelo Simples Nacional, embora dispensada da obrigação de escrituração imposta aos empresários em geral, deve escriturar o livro *caixa*, conforme prevê a Lei Complementar 123, art. 26, § 2º.

> Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:
>
> I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;
>
> II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido o prazo

[38] Como analisa Fábio Ulhoa Coelho, o "empresário", na linguagem natural, deve, tecnicamente, ser chamado de "sócio". Destacamos que "em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, v. 1*, 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126 e 127).

> decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

Deve-se lembrar da importância de tais medidas, sempre destacadas na doutrina em favor da segurança jurídica e do melhor funcionamento econômico:

> "a razão de ser dessas formalidades, que o direito exige dos exercentes de atividade empresarial, diz respeito ao controle da própria atividade, que interessa não apenas aos sócios do empreendimento econômico, mas também aos seus credores e parceiros, ao fisco e, em certa medida, à própria comunidade. O empresário que não cumpre suas obrigações gerais – o empresário irregular – simplesmente não consegue estabelecer e desenvolver negócios com empresários regulares, vender para a Administração Pública, contrair empréstimos bancários, requerer a recuperação judicial etc. Sua empresa será informal, clandestina e sonegadora de tributos.[39]"

Como se vê, tais obrigações não condizem com as típicas da entidade familiar, mas, sob o argumento de que o benefício da hipoteca é revertido diretamente para a entidade familiar (não para o terceiro pessoa jurídica), é totalmente possível considerar que, consequentemente, as obrigações da sociedade são, pela lógica do raciocínio, obrigações da própria família. O caminho seguido pela *decisio* leva a uma confusão conceitual e à deturpação da ideia protetiva contida na Lei 8.009/90, colocando em diferentes realidades famílias de cônjuges sócios e de outros que realizam atividade não empresária para a subsistência.

II. O benefício recebido através da hipoteca, neste caso específico, foi utilizado para a compra de matérias-primas, ou seja, integralmente revestido na própria atividade empresária. O benefício, dentro da mesma lógica, poderia ser utilizado para o pagamento dos trabalhadores; para a satisfação das obrigações tributárias da sociedade com o Fisco; para o próprio crescimento da empresa e abertura de filiais; para despesas com publicidade; para a satisfação das despesas provocados pelo ordenamento jurídico como um todo, a exemplo das normas de Direito Regulatório ou das taxas decorrentes de eventuais exercícios do poder de polícia, como fiscalização do estabelecimento comercial. Como se nota, nenhuma dessas possibilidades sequer permeia o meio familiar.

---

[39] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, v.1*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

III. A sociedade empresária é um organismo independente e que precisa crescer, através da retroalimentação. A formação societária pelos cônjuges é mero detalhe, opção muito comum no Brasil para quem começa a empreender ou mantém um pequeno negócio, ainda mais frente ao acréscimo recente da EIRELI[40] ao Código Civil.

IV. A situação é ainda mais delicada quando adentramos ao campo do Direito Falimentar, em dois desdobramentos que merecem abordagens individualizadas:

a) Considerando a hipótese de recuperação judicial de uma sociedade empresária, a única hipoteca possível a ser promovida é a do bem de família do casal. Nesse caso, não subsiste o provável argumento de que o *bem de família* foi hipotecado no exercício da autonomia privada, ou para a proteção dos bens da própria sociedade, escolhendo aquele em vez destes. Sobrevivendo a sociedade, *o bem de família* pode ser posto em execução, sem possibilidade de ser substituído por um da sociedade, em razão dos requisitos formais para a manutenção do Direito Real, conforme o art. 1424[41] do CC. Considerando que a formação de sociedade empresária pelos cônjuges não é raro na realidade brasileira, além de que o retorno da sociedade a um cenário de estabilidade é interessante aos sócios, ao mercado e ao próprio ordenamento, o problema aqui evidenciado parece-nos bastante possível, decorrendo justamente da ideia de *presunção* aqui aplicada, abrindo espaço para possível irradiação a outros casos.

---

[40] Opção incluída apenas em 2011. Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011).
§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada
§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.
§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.
§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.
§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

[41] Art. 1.424. Os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia:
I - o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo;
II - o prazo fixado para pagamento;
III - a taxa dos juros, se houver;
IV - o bem dado em garantia com as suas especificações.

Esse raciocínio é construído a partir da inteligência do art. 1420 do Código Civil, c/c os artigos 66 e 103 da Lei de Falências (11.101/05). A fim de deixar claro o pensamento, eis a transcrição de seus dizeres:

> Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.[42]

Ou seja, é requisito subjetivo aos direitos de garantia a faculdade de dispor do bem pela alienação, conforme a Lei de Falências:

> Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.
>
> Art. 103. Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.
>
> Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis.

O empresário em recuperação, perde, portanto, a faculdade de constituir direito real sobre seus bens.

b) Considerando o processo falimentar como um todo, estamos diante de uma situação ainda mais sensível. Pensando na hipótese de um casal de sócios (como no REsp 1.413.717/PR, cá analisado) que, insolvente com alguns fornecedores e trabalhadores (notoriamente verdadeiro empresário em crise), resolve hipotecar seu único bem imóvel (*bem de família*) para honrar suas dívidas, em nome da sociedade, portanto. Nesse caso, pelo raciocínio deste REsp, o imóvel seria colocado em execução para atender outro credor, a instituição financeira, sem embargos de possível falência, seu processo e os efeitos executórios dele decorrente.

[42] BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1420.

Frente a outro cenário, no qual o sócio não se preocupa em satisfazer, já de imediato, o interesse dos credores através da hipoteca, ainda que após processo de falência, considerando situações não fraudulentas ou tipificadas como infração penal, o *bem de família* permanecerá intocado, pois as hipóteses da Lei 8.009/90 configuram rol taxativo, dentre os quais não se inclui a possibilidade de constrição pela falência da sociedade empresária. Nesse sentido, após seguir a ordem de credores do artigo 83 da Lei de Falências, é possível que algum credor *ganhe mas não leve* (justamente aquele que havia sido pago, no exemplo anterior, com o proveito econômico oriundo da hipoteca), finalizando o processo falimentar nos termos do art. 155, da LF:

> Art. 155. Julgadas as contas do administrador judicial, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de 10 (dez) dias, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido.

Assim, o sócio que mais se preocupa com suas dívidas, mais sai onerado, em lógica totalmente avessa ao sistema do *Direito Privado*, que busca privilegiar o exercício da boa-fé e a satisfação dos interesses das partes pelo adimplemento.

V. Mostra-se, em mais um exemplo, que não é natural a reversão direta da renda da empresa para a família, já que esse conceito é embasado unicamente no critério da composição social. Em caso de parcerias, convênios privados ou de contratos empresarias que coloquem no mesmo polo empresários distintos, fica nítido que o benefício não é revertido para a família, mas sim para a sociedade ou, nessa mesma linha, para o próprio convênio ou empresa parceira, elemento que não foi levantado na *decisio* e não guardam dependência com a formação social.

Deve perseverar, portanto, a tradicional jurisprudência do STJ, fazendo completa distinção entre sócios e sociedade, sem criar um *novo modelo* para a denominada "empresa familiar":

> "PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO

> DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. [...] 2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90. 3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro. 4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 988.915/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 08/06/2012).

Há de se dar **completa razão ao acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná:**

> "No caso dos autos, esses requisitos foram atendidos, visto que é possível extrair dos autos que os apelantes Aramis e Dulce são proprietários do imóvel penhorado e nele residem. Note-se, inclusive, que o Apelado, por meio da impugnação aos embargos, não questiona o preenchimento de tais requisitos alegando para rejeição da impenhorabilidade invocada a exceção estabelecida no inc. V do artigo 3º da Lei em comento (f. 122/123). Entretanto, referida exceção não é aplicável ao presente caso porquanto limitada à hipótese da hipoteca ser instituída em favor dos próprios devedores diretos, não se aplicando quando tal garantia é prestada em favor de terceiros. Embora o imóvel penhorado tenha sido dado em garantia hipotecária pelos apelantes Aramis e Dulce, vê-se que essa garantia foi prestada em favor de pessoa jurídica, a apelante A. C. Comércio de Pneus Ltda. **Nessa circunstância, mesmo que se trate de empresa familiar, o bem de família dado em garantia hipotecária não pode ser penhorado, não sendo regular a presunção de que a divida tenha beneficiado a família**" (grifos nossos).

Para finalizar esse ponto, é importantíssimo destacar que a sociedade jamais poderá ser confundida ou equiparada, em situações de normalidade, à pessoa do sócio, ainda que estes sejam casados. O sistema de presunção é falho e não dialoga com o empreendedorismo, sendo afastáveis as conclusões da Relatora:

> Ora, afigura-se um tanto quanto axiomático que a garantia de dívida de empresa da qual são únicos sócios marido e mulher reverte-se em favor destes e, consequentemente, em benefício da entidade familiar. Até mesmo porque, frise-se, o "terceiro" a que alude o acórdão recorrido é a "empresa familiar" (fl. 263, e-STJ) cujo quadro societário é composto exclusivamente pelo casal recorrido.
>
> Em se tratando de exceção à regra da impenhorabilidade – a qual, segundo o contorno conferido pela construção pretoriana, se submete à necessidade de haver benefício à entidade familiar –, e tendo em conta que o natural é a reversão da renda da empresa familiar em favor da família, a presunção deve militar exatamente nesse sentido e não o contrário.

O benefício, portanto, na tese que aqui se defende, sempre será direcionado a terceiro (ao menos em parte ou porção substancial), afinal a pessoa jurídica é sujeito diferente das pessoas físicas que dão formação à sociedade, criando-se, então, uma nova motivação para desconsiderar a personalidade jurídica. É o que se passa a analisar.

CAPÍTULO 5 - O LIMITE À ATIVIDADE EMPREENDEDORA E O PREJUÍZO À MICROEMPRESA: O EMPREENDEDORISMO FAMILIAR COMO *NOVA CAUSA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.*

A iniciativa empreendedora, no Brasil, conta como uma série de desafios burocráticos e tributários, colocando o ordenamento jurídico pátrio como um verdadeiro entrave à iniciativa privada. Algumas medidas, entretanto, favorecem o investimento e diminuem os riscos, naturais à atividade, como a separação, em regra, das pessoas sócio e sociedade. Caso os requIsitos objetivos, previamente determinados, não sejam aplicados no cotidiano empresarial, ocorre a desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Como se vê, apenas nas hipóteses dos atos ilícitos acima estabelecidas, afastar-se-á a separação entre as pessoas do sócio e da sociedade, usando do patrimônio daquele para a satisfação de dívida da pessoa jurídica. Para o STJ, formar sociedade empresária com o cônjuge aparece, **para o fim de constrição do bem de família**, como nova causa de *desconsideração da personalidade jurídica*, já que o Tribunal convencionou as rendas da família e da sociedade como um bloco único, considerando natural a reversão dos proveitos à entidade familiar (o que se assemelha a uma confusão patrimonial) e afastando a proteção de patrimônio que o instituto consagra. Assim explica Tartuce:

> As pessoas jurídicas, também denominadas pessoas coletivas, morais ou fictícias, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal. Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa

> jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica[43].

O caráter da desconsideração é, em verdade, excepcional:

> A despersonalização da pessoa jurídica, também denominada de teoria da desconsideração ou penetração, tem por finalidade impedir que os sócios, administradores, gerentes e/ou representantes legais, acobertados pela independência pessoal e patrimonial entre pessoa jurídica e os entes que a compunham, pratiquem abusos, atividades escusas e fraudulentas. Assim, o instituto está previsto nos arts. 50 do CC e 28 da lei 8.078/90, facultando ao juiz desconsiderar a autonomia jurídica da sociedade para adentrar o patrimônio dos sócios em casos comprovados de fraude que causem prejuízos ou danos a terceiros.[44]

O Enunciado 146 da II Jornada de Direito Civil do CJF[45] estabelece que *"nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50"*.

A formulação da *decisio* apresenta importantes equívocos:

I. Considerar o empreendedorismo como mera forma de subsistência

II. Imaginar que, naturalmente, a renda da empresa seja revertida integralmente à família, não como retroalimentação para expansão do negócio, ainda que familiar.

III. Confundir o patrimônio da sociedade e da família levando em conta instituto diverso, o matrimônio. Nas demais formações de capital, o raciocínio é diverso:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL COM HIPOTECA. IMÓVEL HIPOTECADO DE PROPRIEDADE DE PESSOA JURÍDICA. ÚNICO BEM A SERVIR DE MORADA À ENTIDADE FAMILIAR. LEI 8.009/1990. IMÓVEL DADO EM GARANTIA EM FAVOR DE TERCEIRA PESSOA JURÍDICA. INTERVENIENTES HIPOTECANTES NÃO BENEFICIÁRIOS DO EMPRÉSTIMO. BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. BENEFÍCIO QUE NÃO

---

[43] TARTUCE, Flávio. *Curso de Direito Civil, v. 1, Direito Civil, Lei de Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 216

[44] ALMEIDA, Luiz Fernando do Vale. Código Civil Comentado. São Paulo: Rideel, 2013, p. 71.

[45] Jornada de Direito Civil.

ADMITE RENÚNCIA POR PARTE DE SEU TITULAR. CARACTERIZAÇÃO DO BEM, OBJETO DA EXECUÇÃO, COMO BEM DE FAMÍLIA. CONVICÇÃO FORMADA COM BASE NO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. "Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 1º, da Lei n° 8.009/90, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem." (Resp 1.178.469/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 10/12/2010). 2. A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que a incidência da proteção dada ao bem de família somente é afastada se caracterizada alguma das hipóteses descritas nos incisos I a IV do art. 3º da Lei 8.009/1990. Precedentes. 3. O benefício conferido pela Lei n. 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente mesmo sobre a vontade manifestada, não admitindo sua renúncia por parte de seu titular. A propósito, entre outros: REsp 875.687/RS, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/8/2011, DJe 22/8/2011; REsp 805.713/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15/3/2007, DJ 16/4/2007). 4. A firme jurisprudência do STJ é no sentido de que a excepcionalidade da regra que autoriza a penhora de bem de família dado em garantia (art. 3º, V, da Lei 8009/90) limita-se à hipótese de a dívida ter sido constituída em favor da entidade familiar, não se aplicando na hipótese de ter sido em favor de terceiros - caso dos autos. (AgRg no Ag 1.126.623/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/9/2010, DJe 6/10/2010; REsp 268.690/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 12/3/2001). [...] 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 264.431/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 11/03/2013)

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. [...] 2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90. 3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro. 4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos

> sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90. 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 988.915/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 08/06/2012)

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DOS SÓCIOS DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE DÍVIDA CONTRAÍDA EM FAVOR DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. 1. A exceção do inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90 deve se restringir aos casos em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1.022.735/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJe 18/02/2010)

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. ART. 3º, V, da Lei 8.009/90. BEM DOS SÓCIOS DE EMPRESA. HIPOTECA DE CONTRATO DA EMPRESA. BENEFICIÁRIOS PRÓPRIOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Acerca do art. 3º, V, da Lei 8.009/90, esta Corte tem entendido que ele se aplica aos casos em que os devedores constituídores da hipoteca deram o bem como garantia da própria dívida, constituindo-se nos próprios beneficiários. 2. Não se pode presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da família. 3. Agravo regimental não improvido. (AgRg no Ag 1.126.623/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 06/10/2010)

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOA JURÍDICA. IMÓVEL DE SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/90, ART. 3º, V. EXEGESE. I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90. II. Recurso especial não conhecido. (REsp 302.186/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, DJ 21/02/2005).

IV. Fragilidade no conceito de empresa familiar e em quais possibilidades é presumida a reversão de renda. Vale para sociedade formada por pai e filho?

Apesar das dúvidas, é certo que o casal perdeu sua casa e, provavelmente, viu sua empresa ser levada à bancarrota, a partir de uma decisão do STJ que gera grande revés à iniciativa empreendedora no país.

CONCLUSÃO

A liberdade de cátedra é, sem dúvida, uma dádiva, pois permite a crítica aos precedentes e ao próprio judiciário.

Verifica-se que a necessidade de diálogos institucionais como mecanismo de superação do monismo institucional da função legiferante ou da função jurisdicional é uma decorrência da própria concepção de Estado de Direito em sociedades hipercomplexas (como as da atualidade, como a brasileira): não sendo mais a positividade do Direito fundada no consenso sobre certos e determinados valores ou conteúdos pretensamente compartilhados e, mais ainda, sendo o dissenso quanto a valores um elemento estrutural à vivência democrática, faz-se necessária a superação da "última palavra[46]" atribuída a um ou outro órgão ou Poder de Estado como lastro de legitimação da função interpretativa.

A indissociabilidade dos diálogos institucionais é inerente à própria conformação do Direito enquanto sistema social (tributária da concepção de Niklas Luhmann) e enquanto fluxo comunicativo (decorrência da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas): se o consenso quanto a valores metafísicos não é base do sistema jurídico, a legitimação procedimental por si só também não há de ser seu ápice.

Necessária, portanto, a existência de procedimentos formais institucionalizados de produção de conteúdo jurídico, mas desde que sejam capazes de preservar-se enquanto esfera institucional para assimilação e preservação da diferença. Há de se aludir à complexidade das relações sociais e ao necessário diálogo de fontes de conteúdo jurídico (fontes essas também sociais, especialmente nas Cortes), em par com a literatura especializada, mormente com a Sociologia do Direito Constitucional:

> Para Luhmann, à positividade do direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos "donos do poder", mas também a neutralização moral do sistema jurídico. Habermas reconhece que as fronteiras entre direito e moral existem, considerando que a racionalidade procedimental do discurso moral não regulado juridicamente é incompleta, eis que inexiste um terceiro encarregado de decidir as questões entre as partes (Habermas

[46] Em linguagem natural, como posição final imutável.

1992). Mas, embora não negue a autonomia do sistema jurídico, atribui-lhe uma fundamentação ética: "Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si sozinho. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no direito e na política. Não há autonomia do direito sem democracia real" (Habermas 1987; 1992). Nesse sentido, sustenta que a positivação não significa eliminação da problemática da fundamentação, mas o deslocamento de problemas de fundamentação (Habermas 1992 bII).

Entretanto, embora haja concepções teóricas diferenciadas da autonomia do direito, uma de caráter ético-procedimental, outra de base sistêmico-funcional, não só Habermas vincula a presença dessa autonomia à realização do Estado de direito democrático. Na perspectiva sistêmica, dá-se ênfase à não sobreposição dos códigos de preferência do poder e da economia ao código de preferência do direito (lícito/ilícito), sustentando-se que este é o segundo código do sistema político (Luhmann 1986; 1988b) e que a "Constituição enquanto conquista evolucionaria" atua como mecanismo de autonomia operacional do direito (Luhmann 1990b). E, por fim, partindo-se de que desapareceu a moral tradicional de conteúdo hierárquico, partilhada generalizadamente na "comunidade", argumenta-se que o pluralismo democrático no sistema político é pressuposto da positivação do direito (Luhmann 1981; 1983a; 1987a; Neves 1992a). Em Habermas (1992), a autonomia do direito, inerente ao Estado de direito, embora também possa ser vista como uma autonomia em relação aos meios poder e dinheiro, resulta da presença de procedimentos políticos com fundamentação ético-discursiva. Isso implica autonomia privada em conexão com autonomia pública, ou seja, "direitos humanos" e "soberania do povo" pressupondo-se reciprocamente (1992).

Em ambos os modelos, a positividade como autonomia do direito só é concebível com o desaparecimento de uma moral conteudística e hierárquica (Luhmann 1981). Diante da pluralidade reconhecida de valores, Habermas interpreta a racionalidade ético-procedimental do Estado de direito Democrático como forma de construção do consenso na esfera pública, imprescindível à indisponibilidade do direito. Em face da diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade moderna, Luhmann interpreta os procedimentos eleitoral, legislativo e judicial do Estado de direito como mecanismos funcionais de seleção, filtragem e imunização das influências contraditórias do meio-ambiente sobre os sistemas político e jurídico. Entretanto, o dissenso contenudístico em face de valores e interesses torna os procedimento democráticos do Estado de direito, que implicam o princípio da legalidade, não só uma exigência sistêmico-funcional como também uma imposição ética da sociedade moderna. Por um lado, tais procedimentos não podem legitimar-se sem uma esfera pública pluralista que lhe dê fundamentação moral. Por outro lado, a inserção da discussão

> pública no direito é impossível sem a estruturação "sistêmico-legal" dos mesmos (sic).
>
> Por fim, cabe observar que os procedimentos do Estado do direito não servem, geralmente, à construção do consenso jurídico-político em torno de valores e interesses. É o consenso em relação àqueles que possibilita a convivência do dissenso político e jurídico sobre estes no Estado de direito democrático. Isso porque é no âmbito deste que se constrói um espaço público de legalidade, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação de conteúdo da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as "regras" procedimentais "do jogo". Intermediando consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado de direito Democrático viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea[47].

Defende-se, portanto, a rejeição ao monopólio judicial da interpretação constitucional e, ainda, a rejeição à tese da última palavra. Nesse sentido, a possibilidade de plurivocidade sistêmica quanto ao conteúdo constitucionalmente adequado dos institutos e do agir das instituições contempla, necessariamente, a correlação de forças que pode haver, inclusive com sinergias positivas (e não com antagonismos, eis que superada a tese da última palavra), como na construção de normas primárias, pelo legislador, considerando recomendações e entendimentos prévios da jurisdição constitucional, difusa ou concentrada, aplicando-se necessária indução ao intérprete, inapto ao ignorar elementos diversos, como o crescimento da atividade empresarial em um organismo jurisdicionado.

Desse modo, que permaneça a crítica e fluam-se[48] bons ventos às Cortes, para um direito dialógico, amplo, justo e social.

---

[47] NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. Recife: Lua Nova, Revista de Cultura e Política, 1995. Disponível em http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451996000100006. Acessado em 22/11/2017.

[48] A opção pelo pronome reflexivo é crítica velada, já que não se espera uma mudança espontânea do interior dos órgãos jurisdicionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luiz Fernando do Vale. Código Civil Comentado. São Paulo: Rideel, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional* . 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, v. 1*, 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso didático de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição – Drittwirkung dos Direitos Fundamentais: Construção de Convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. São Paulo: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. In RAMOS, Edith Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.). *O direito no século XXI*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2010.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDINA, Gabriel Garcia. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília: IOB, 1994.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Impenhorabilidade de bens. Análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. *In* https://jus.com.br/artigos/10753/a-polemica-do-bem-de-familia-ofertado. Acesso em 28/11/2017

NEVES, Marcelo. "Da Autopoiese à Alopoiese do direito", *in: Anuário do Mestrado em direito*, nº 5. Recife: Editora Universitária/UFPE, 1992.

NEVES, Marcelo. "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente", *in*:*DADOS-Revista de Ciências Sociais*, vol 37, nº 2. Rio de Janeiro:Iuperj, 1994.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. Recife: Lua Nova, Revista de Cultura e Política. Disponível em http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451996000100006. Acessado em 22/11/2017.

PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Ciudadania y definiciones*. Alicante: Universidad de Alicante, 2002.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *O mito da monogamia à luz do direito civil constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor*. Curitiba: Juruá, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Curso de Direito Civil, v. 1, Direito Civil, Lei de Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Curso de Direito Civil, v. 5, Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, t.I.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. II.