

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA I**

**MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA**

**NEFI CORDEIRO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-197-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



**CONPEDI**

Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)

# **XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I**

---

### **Apresentação**

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

# **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A IMPENHORABILIDADE DO BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA DE ELEVADO VALOR: UMA ABORDAGEM PÓS-POSITIVISTA**

## **HUMAN DIGNITY AND IMMUNITY FROM ATTACHMENT THE HIGH VALUE FAMILY'S PROPERTY: AN APPROACH POSTPOSITIVIST**

**Carla Eugenia Caldas Barros  
Thiago Moreira Da Silva <sup>1</sup>**

### **Resumo**

Objetiva-se demonstrar a possibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana através da penhora de bem imóvel de família de elevado valor como exigência da cláusula do devido processo legal substancial. Pelo método teórico-descritivo, expor-se-á a evolução, sob influência do pós-positivismo, da cláusula do devido processo legal como instrumento de limitação da intervenção estatal, para justificar a inadequação de juízos de subsunção para solução do caso proposto. Em conclusão, forte no método dedutivo, demonstrar-se-á a contribuição da Teoria da Ponderação de Alexy para fundamentar, de forma argumentativa e racional, a decisão judicial que impõe tal restrição a direito fundamental.

**Palavras-chave:** Dignidade humana, Bem de família, Elevado valor, Devido processo, Ponderação

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The objective of this study is to demonstrate the possibility of relativization of human dignity through the attachment of high value family's property as a requirement of clause substantial due legal process. Through the theoretical-descriptive method, will be exposed the evolution, under the influence of post-positivism, the clause of due process as limiting instrument of state intervention, to justify the inappropriateness of subsumption judgments solution for the proposed case. In conclusion, by deductive method, will be demonstrated the contribution of Alexy's Weight Formula to support, argumentative and rational manner, the court decision imposing such restriction on a fundamental right.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Human dignity, Family's property, High value, Due process, Weighting

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe. Professor de Direito Processual Civil. Procurador da Fazenda Nacional.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a possibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana através da penhora do bem imóvel de família de elevado valor como exigência da cláusula do devido processo legal substancial, com apoio na Teoria da Ponderação de Alexy.

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015), não previu a possibilidade de penhora do bem imóvel de família de elevado valor, de modo que remanesce apenas a Lei nº 8.009/90 (BRASIL, 1990) como suporte legislativo acerca da questão.

A ausência de um instrumento típico que permita a constrição nessa situação e o argumento da proteção incondicional da dignidade da pessoa humana costumam ser utilizados como óbices intransponíveis para a validação da penhora em comento.

Pretende-se, desta forma, analisar a viabilidade jurídica desse tipo de constrição, a despeito do vácuo legal, e a constitucionalidade da medida judicial que impõe tal intervenção na dignidade da pessoa humana do devedor.

Para isso, em um primeiro momento, através do método teórico-descritivo, far-se-á a exposição da problemática da impenhorabilidade do bem imóvel de família de elevado valor em detrimento de outros possíveis direitos e valores fundamentais colidentes.

Na sequência, por meio do mesmo método, será realizada a exposição do ideário do positivismo jurídico e suas características principais, seguida da demonstração das bases do constitucionalismo atual, seus marcos histórico, filosófico e teóricos, de modo a justificar a inaplicabilidade da utilização do método subsuntivo para a solução do problema proposto nos dias atuais.

Na terceira parte do trabalho, ainda de acordo com o método teórico-descritivo, será demonstrada a evolução da cláusula do devido processo legal de uma simples garantia de ordem processual para um instrumento de limitação do conteúdo da própria intervenção estatal, notadamente pelo desenvolvimento da teoria do *judicial review* pela Suprema Corte norte-americana e pela ascensão do ideário pós-positivista nos países de tradição jurídica romano-germânica.

Na última parte do trabalho, por meio do método dedutivo, procurar-se-á demonstrar em que medida a Teoria da Ponderação de Alexy poderá contribuir para a compreensão do *substantive due process of law* ao fundamentar, de forma argumentativa e racional, a decisão judicial que valida ou não restrições a direitos fundamentais nos chamados *hard cases*, como

no caso ora proposto, em que não se mostra adequada a aplicação do método hermenêutico tradicional de subsunção.

A pesquisa, diante de seu caráter qualitativo, valeu-se da leitura primária de material doutrinário, legal e jurisprudencial pertinente ao objeto do presente estudo.

## **2 A RELATIVIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A NECESSÁRIA CONFORMAÇÃO COM OUTROS DIREITOS E VALORES FUNDAMENTAIS COLIDENTES**

Doutrina (MAZZEI, MERÇON-VARGAS, 2015, p. 523) e jurisprudência parecem consentir no fato de que a impenhorabilidade do bem de família reside na necessidade de se conferir proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado entre nós como fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, grande parte da jurisprudência entende ser desnecessário perquirir pelo seu valor e/ou circunstâncias que o caracterizem como bem luxuoso, uma vez que inexiste exceção legal.

Tal ordem de ideias foi bem representado no julgamento do Recurso Especial nº 1.178.469 (BRASIL, 2010), que restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL [...] - PENHORA - [...] - BEM DE FAMÍLIA - BEM IMÓVEL DE ELEVADO VALOR - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITOS DE IMPENHORABILIDADE - [...].IV - A avaliação da natureza do bem de família, amparado pela Lei nº 8.009/90, por ser questão de ordem pública e não se sujeitar à preclusão, comporta juízo dinâmico. E essa circunstância é moldada pelos princípios basilares dos direitos humanos, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do nosso Estado Democrático, nos termos do 1º, inciso III, da Constituição da República. V - Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.009/90, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem. VI - O art. 3º da Lei nº 8.009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Precedente da eg. Quarta Turma. [...] (RESP 1.178.469, MASSAMI UYEDA, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:10/12/2010)

O julgado acima demonstra, de forma exemplificativa, que a discussão acerca do assunto se resume a identificar se há ou não a possibilidade legal de se relativizar o bem imóvel de família de elevado valor, de forma a demonstrar que a solução do conflito ainda se encontra presa ao ideário positivista de realização de meros juízos de subsunção.

Costumeiramente, nesse tipo de situação, não há qualquer registro acerca da possibilidade de se relativizar a própria dignidade da pessoa humana em prol de outros direitos e valores fundamentais envolvidos na lide.

A presente seção tem por objetivo expor esse tipo de conflito, de modo a viabilizar a explanação, na próxima seção, do modelo de interpretação e aplicação do direito adequado ao ideário pós-positivista.

Antes de prosseguir, cumpre desde logo desmistificar o seguinte fato: a dignidade humana, seja como valor ou princípio, admite relativização, de modo que, em certas circunstâncias fático-jurídicas de um dado caso concreto, poderá ceder frente a outros valores ou princípios igualmente fundamentais.

Acerca do tema, leciona Barroso (2014, p. 64):

Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. Um exemplo evidente de uma dessas situações ocorre quando alguém é condenado à prisão após um procedimento condizente com o devido processo legal: neste caso um componente importante da dignidade dessa pessoa – representado por sua liberdade de ir e vir – é restringido. Esta hipótese ilustra, de maneira clara, que um aspecto da dignidade de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor. A dignidade humana, portanto, é um valor fundamental, mas não deve ser tomada como absoluta.

Também Alexy concebe a dignidade da pessoa humana em termos relativos, que pode ser balanceada em confronto com outros valores igualmente relevantes, como a segurança pública ou o interesse público (2015a, p. 16-17).

Percebe-se, portanto, que a proteção irrestrita ao bem de família imóvel em nosso país poderá esvaziar completamente, por seu turno, o direito fundamental a uma tutela efetiva e adequada, extraído do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), conhecida como a cláusula da vedação do *non liquet*.

Plasmada como norma fundamental, referido dispositivo constitucional assegura a todos não só apenas o mero ingresso ao Judiciário, mas, precipuamente, em razão do monopólio estatal da atividade jurisdicional, o comprometimento do Estado-juiz em prestar uma tutela que seja adequada ao direito pleiteado, bem como a estruturação de um processo que seja dotado de meios que proporcionem efetividade a essa tutela.

Acerca da fundamentalidade do direito a uma prestação efetiva e adequada, mostra-se pertinente a lição de Marinoni (2010, p. 143):

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência de direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante de situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito de fazer valer os próprios direitos.

Entendemos ser possível defender, até mesmo, a extensão do direito fundamental a uma tutela efetiva e adequada às pessoas jurídicas de direito público, na esteira do entendimento de que direitos fundamentais de cunho processual são extensíveis a esse tipo de pessoa jurídica (SARLET, 2015, p. 231). Assim, em uma execução fiscal, por exemplo, além desse direito fundamental, outros valores constitucionais, como justiça fiscal, proteção à livre concorrência e aos direitos fundamentais (ordem objetiva) dos trabalhadores<sup>1</sup>, podem se contrapor à dignidade da pessoa humana do devedor quando da necessidade da penhora do bem imóvel de família de elevado valor.

De igual modo é possível visualizar a colisão, nessa situação, com princípios da ordem econômica e social, previstos no art. 170 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a exemplo dos da defesa aos direitos do consumidor e do meio ambiente e o da valorização do trabalho humano, como sói ocorrer em ações civis públicas em que há a necessidade de promover ressarcimentos para além do patrimônio social, como nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Nessa linha de raciocínio, sustenta-se que não se mostra compatível com a cláusula do devido processo legal substancial analisar esse tipo de situação pela ótica positivista de meros juízos de subsunção, sendo necessário sopesar os direitos e valores envolvidos no caso concreto.

E esse sopesamento exige a utilização da técnica da ponderação, como bem destacado por Alexy (2015a, p. 36):

Todas as tentativas de apresentar cânones clássicos da interpretação como uma alternativa para ponderar a dignidade humana nos casos atinentes se vê condenada ao fracasso. Ponderação, [...], é uma forma de argumentação

---

<sup>1</sup> Nas execuções fiscais oriundas de multas impostas por infração à legislação trabalhista, a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, muitas das violações cometidas pelos empregadores afetam, de forma direta ou indireta, direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição Federal.

racional. Por outro lado, as alternativas contrárias à ponderação são relegadas para algo como “intuicionismo” de dignidade da pessoa humana. Argumentação é uma expressão da racionalidade; intuicionismo é uma confissão de irracionalidade. Em última análise, é isso que nos prova porque somente a concepção relativa da dignidade humana pode ser considerada como correta.

A superação do método tradicional de subsunção como modelo único de resolução de conflitos e a demonstração da ponderação como técnica necessária ao tratamento adequado da presente questão, como exigência da cláusula do devido processo legal substancial, serão objetos de análise nas próximas seções.

### **3 A VIRADA HERMÊUTICA DO DIREITO COMO PONTO DE PARTIDA PARA COMPREENSÃO DA RELATIVIDADE DA PENHORA DO BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA DE ELEVADO VALOR**

Diante do atual panorama legislativo, o questionamento que se permite fazer neste trabalho, em um primeiro momento, como advertido em seção anterior, é se a ausência de um instrumento típico de relativização da impenhorabilidade do bem imóvel de família, quando de elevado valor, pode ser utilizada como argumento intransponível.

É sobre esse problema que cuida a presente seção.

Para um positivista, o assunto estaria encerrado diante da inexistência da lei.

A chamada teoria positivista, também conhecida como positivismo jurídico, surgiu em fins do século XVIII, quando o direito natural é desqualificado como categoria de direito, de modo que todo o direito restou reduzido ao direito positivo. O direito positivo, portanto, passou a ser entendido como aquele que é “posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’”, de modo que o positivismo jurídico tem sua origem histórica no prestígio da legislação, que resultou na codificação (BOBBIO, 2006, p. 119).

Ainda segundo Bobbio, o positivismo jurídico está na base do movimento das codificações, observado a partir do início do século XIX, o qual explica como “fruto da cultura racionalista trazida pelo Iluminismo” (2006, p. 64).

A crença na razão e no progresso, notas marcantes do Iluminismo, embasou o movimento jurídico-filosófico segundo o qual seria possível disciplinar, por meio da edição de leis escritas, todos e quaisquer conflitos sociais e relações humanas.

Para Bobbio, esse pensamento se encontra enraizado na mentalidade jurídica até os dias atuais, no sentido de que o direito deve ser pensado sempre em termos de codificação.

Segundo o filósofo italiano, “isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar” (BOBBIO, 2006, p. 63).

A codificação, na verdade, representou a supremacia da lei sobre as outras fontes do direito como produto do racionalismo iluminista, assim estruturado por Bobbio: a) necessidade de um ordenamento racional da sociedade, por meio de regras gerais e abstratas, em contraposição aos “comandos individuais e ocasionais”, identificados como arbitrários e caprichosos; b) desejo de modificação da sociedade de forma racional, consciente, o que não poderia ser realizado pelos costumes, “inconsciente e irrefletido” (2006, p. 119-120).

Não obstante, é cediço que é humanamente impossível prever todas as situações de conflituosidade de um grupo social, muito menos os caminhos trilhados pelas relações humanas na esteira da evolução da sociedade. Como referido por Alexy, “Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado” (2015b, p. 36).

A decadência do positivismo é correntemente associada à derrocada do nazifascismo na Alemanha e na Itália ao final da Segunda Guerra Mundial. Após aquele período, o pensamento jurídico ocidental abandonou a ideia de um ordenamento jurídico dissociado de valores éticos, preocupado apenas com sua estrutura formal (BARROSO, 2015, p. 276).

O Estado legislativo de direito cedeu espaço ao Estado constitucional de direito, cujo ideário, fixado a partir do marco histórico da Segunda Guerra Mundial, permanece prevacente até os dias atuais, caracterizado, notadamente, pela subordinação das leis a uma constituição rígida, em que a compatibilidade das normas legais não é aferida apenas em seu aspecto formal, mas, sobretudo, em função do conteúdo das normas constitucionais (BARROSO, 2015, p. 278-279).

Ainda conforme Barroso, o marco filosófico do constitucionalismo atual é o pós-positivismo, caracterizado pela “confluência” das duas correntes de pensamento anteriores: o jusnaturalismo e o positivismo (BARROSO, 2015, p. 281).

O jusnaturalismo moderno foi desenvolvido a partir do século XVI e buscou aproximar a lei a preceitos racionais, defendeu a existência de “princípios de justiça universalmente válidos” e serviu de arcabouço teórico para as revoluções liberais ocorridas no século XVIII. (BARROSO, 2015, p. 281).

Considerado anticientífico e metafísico pelo positivismo, o jusnaturalismo foi abandonado ao final do mesmo século XVIII, em nome da necessidade de se dotar o direito da

característica da objetividade científica. O direito restou reduzido à lei e afastado da ética, relegando-se discussões como legitimidade e justiça à filosofia (BARROSO, 2015, p. 281-282).

O pós-positivismo procurou conciliar essas correntes antagônicas, mas complementares, ao prestigiar ordens como clareza, certeza e objetividade, tão necessárias à vida moderna e ao progresso social, sem abandonar os postulados de filosofia moral e da filosofia política, em uma clara aproximação do direito com a ética (BARROSO, 2015, p. 282).

Como marco teórico do constitucionalismo contemporâneo, Barroso destaca “três grandes transformações” operadas pela doutrina pós-positivista em relação à interpretação e aplicação do direito constitucional, quais sejam: a) a força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (BARROSO, 2015, p. 296).

Após a Segunda Guerra Mundial, a constituição perdeu seu caráter meramente programático para assumir uma posição de verdadeira norma jurídica, conformadora do Estado e da sociedade, em que a necessidade de incorporação de valores múltiplos se torna necessária para a otimização de sua força normativa (HESSE, 1991, p. 21).

Outro fenômeno atribuído ao movimento pós-positivista é a expansão da jurisdição constitucional, observada após a década de 40 na Europa, em desprestígio do modelo de direito em que vigorava a supremacia do Poder Legislativo, calcado na teoria de origem inglesa de “soberania do Parlamento” e na ideia vigorante em França no sentido de que a lei representava a “vontade geral”. (BARROSO, 2015, p. 297).

A última grande transformação operada pelo marco teórico do pós-positivismo, conforme Barroso, é o desenvolvimento de uma nova hermenêutica, notadamente influente no direito constitucional, a partir da consolidação dos ideários do constitucionalismo democrático e da expansão da jurisdição constitucional, aliada à complexidade da sociedade contemporânea, marcada pelo “pluralismo de visões, valores e interesses”, às demandas incessantes por justiça e consagração de direitos fundamentais e ao crescente interesse na participação dos processos políticos (BARROSO, 2015, p. 299-300).

Referido conjunto de fatores provocou uma reelaboração das premissas teóricas da interpretação tradicional, em que novos elementos categóricos ganharam destaque, como as cláusulas gerais, a força normativa dos princípios, a constante colisão entre normas constitucionais e direitos fundamentais e a utilização das técnicas de ponderação e da razão prática para validar e legitimidade das decisões judiciais (BARROSO, 2015, p. 300).

Diante desse cenário de abertura do direito, refere Alexy que

[...] De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma [...] (2015b, p. 36).

A nova hermenêutica jurídica não despreza o método clássico de subsunção, caracterizado pela prevalência da aplicação de regras, tampouco os elementos tradicionais, quais sejam, as interpretações gramatical, histórica, sistemática e teleológica (BARROSO, 2015, p. 343).

Consoante Barroso, “a grande virada na interpretação constitucional” ocorreu quando houve a constatação de que a norma não possui sentido unívoco, objetivo, aplicável a qualquer situação através do método de subsunção (BARROSO, 2015, p. 343).

A interpretação tradicional centrava o foco no sistema, relegando o problema ao papel secundário de ofertar elementos fáticos para a aplicação do juízo de subsunção. O intérprete, por seu turno, exercia uma atividade objetiva, neutra, de identificar o conteúdo da norma inserido no texto da lei e fazê-lo incidir no caso concreto por meio do método da subsunção (BARROSO, 2015, p. 343).

A nova interpretação constitucional restabelece o papel da norma jurídica na atividade hermenêutica, papel esse revelado por dois aspectos: a) a norma já não basta em si para oferecer a solução, ao revés, ela é “apenas um início de solução”, ou seja, ela não traz em si todos os elementos necessários para a determinação de seu conteúdo; b) a norma não se confunde com seu texto, mas é fruto da interação entre seu texto e a realidade em que se encontra inserida (BARROSO, 2015, p. 344).

Nas palavras de Machado Jaborandy (2014, p. 70), “o exegeta deve sempre ter presente a interação, ou mesmo, a tensão dialética entre texto e contexto, de maneira que haja uma conformação do enunciado normativo com a realidade circundante”.

O intérprete, por seu turno, não é mais tomado de forma objetiva, como sujeito apenas cognoscente do problema. Para o pós-positivismo, o intérprete assume papel não apenas declarativo do direito, mas, sobretudo, criativo, pois complementa “o trabalho do constituinte ou do legislador”, notadamente por meio do preenchimento das cláusulas gerais e da escolha “entre soluções possíveis” (BARROSO, 2015, p. 345).

Dentre as mudanças paradigmáticas trazidas pelo pós-positivismo observadas no último quarto do século XX no Brasil, conforme Barroso (2015, p. 345), destacamos, para fins de nosso estudo, a superação do formalismo jurídico, o qual, por sua vez, era caracterizado

pelas ideias de que o direito era pura expressão da razão e que se realizava mediante mero exercício mecanicista de interpretação lógico-dedutiva de subsunção de fatos a normas.

O pós-positivismo prega que o direito nem sempre é expressão de uma ideia de justiça imanente, mas muitas vezes representa a consolidação de interesses hegemônicos de uma dada sociedade. De outro giro, as respostas muitas vezes não se encontram prontas e acabadas no ordenamento jurídico, sendo necessário, então, construir a solução de forma argumentativa e racional a partir de elementos fáticos e até mesmo externos ao direito, através de uma postura ativa do intérprete (BARROSO, 2015, p. 345-346).

A hermenêutica trazida pela cultura pós-positivista, portanto, ao incorporar novos elementos de interpretação (cláusulas gerais, força normativa dos princípios, colisões entre normas constitucionais e direitos fundamentais, técnicas de ponderação e de razão prática), procura ofertar uma adequada solução aos chamados casos difíceis (*hard cases*), para os quais não se mostra suficiente a utilização do método tradicional de subsunção, operada pelos elementos consagrados no positivismo (interpretações gramatical, histórica, sistêmica e teleológica) (BARROSO, 2015, p. 347).

A possibilidade de penhorar um bem de família imóvel de elevado valor encontra-se dentro dessa categoria de problema jurídico (*hard case*), a demandar um tipo de cognição que não pode se esgotar na simples realização de juízos de subsunção dos fatos à norma. É preciso ir além, até como exigência da observância do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito.

É o que será demonstrado a partir do próximo tópico.

#### **4 DA NECESSIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DO BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA DE ELEVADO VALOR DIANTE DA CLAÚSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SEU ASPECTO SUBSTANCIAL**

Inicialmente pensada como instrumento de outorga aos cidadãos de garantias de ordem processual, com o passar dos anos, houve uma evolução no sentido da cláusula do devido processo legal, que passou a incorporar novos significados, sem perder seu caráter processual.

De fato, com o desenvolvimento jurisprudencial levado a efeito pela Suprema Corte norte-americana, a cláusula do devido processo legal passou a incorporar um sentido material, tendo por *leading case* o julgamento realizado em *Calder v. Bull* (1798), em que foram

discutidos os limites da intervenção do poder estatal nos direitos dos cidadãos (SOARES, 2008, p. 67-68), antes mesmo do famoso caso *Marbury v. Madison* (NERY JUNIOR, 2012, p. 98).

Como julgamento paradigmático em que pela primeira vez houve declaração de inconstitucionalidade da lei, Lima aponta o caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), em que a Suprema Corte julgou inconstitucional a *Missouri Compromise Act* (1820), lei que aboliu a escravidão naquele estado, violando, assim, o direito à propriedade sem um devido processo legal (1999, p. 72-73).

Nascia, desta forma, o *substantive due process of law*, que permitia ao Judiciário anular leis consideradas inconstitucionais (LIMA, 1999, p. 76).

Ensina Lima que, a partir do século XIX, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em suas decisões, passou a agregar o aspecto substancial à cláusula do devido processo legal, em busca de conferir às decisões soluções mais justas e razoáveis (1999, p. 106).

A partir dessa premissa, a ideia de supremacia da Constituição se impôs à Soberania do Parlamento, de modo a outorgar ao Poder Judiciário, com base na cláusula do devido processo legal, o poder de anular leis que não se mostrassem compatíveis com a ordem constitucional. O objetivo desse poder conferido ao Judiciário, àquela época, era proteger o cidadão contra atos estatais abusivos, doutrina que buscou inspiração em teorias do direito natural, que gracejavam na nascente comunidade norte-americana (LIMA, 1999, p. 107).

Para Lima, a filosofia dos “direitos naturais” observada no julgamento paradigmático de *Calder v. Bull* (1798) e as cláusulas utilizadas ao longo do século XIX para controlar os atos do Poder Legislativo, como as proibições de *bills of attainder* e de leis retroativas (*ex post facto laws*), a *contract clause* (cláusula de comércio), *supremacy clause*, *commerce clause* (proibição de intervenção irrazoável de lei estadual no comércio), estiveram na origem do desenvolvimento da teoria do aspecto substancial da cláusula do devido processo legal (1999, p. 107-110).

Inicialmente pensada como instrumento de controle de atos estatais diante da pressão de fatores econômicos (direitos de propriedade e de liberdade econômica), a cláusula do devido processo legal passou a ser aplicada pela Suprema Corte norte-americana na esfera dos direitos civis (LIMA, 1999, p. 120-121). Segundo a referida autora, a partir da década de 30 do século XX, o foco da cláusula do devido processo legal substancial passou a abordar os direitos fundamentais que, apesar de previstos desde a *Bill of Rights*, não tinham merecido a devida atenção (1999, p. 122).

Nesse contexto, ganhou importância a análise das intervenções legislativas nos direitos fundamentais pela Suprema Corte norte-americana, direitos esses já previstos no *Bill of Rights* – ou mesmo não expressos na Constituição e suas Emendas – e introduzidos nessa análise por meio da cláusula do devido processo legal consignada na 5ª e 14ª Emendas, o que passou a ser designado de *personal substantive due process of law* (LIMA, 1999, p. 123).

Diante do fenômeno que alçou a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, houve uma “modificação funcional” do devido processo legal, o qual se insere no conceito de democracia ao servir de instrumento de concretização da justiça e de direitos fundamentais, razão pela qual pode ser entendido como “elemento impulsionador da democracia frente ao respectivo governo” (LIMA, 1999, p. 187).

Essa alteração da compreensão da cláusula do devido processo legal assume fundamental importância diante do constitucionalismo moderno, caracterizado pela indeclinável conformação das normas constitucionais sobre os demais ramos dos direitos, pela força normativa dos princípios, notadamente os constitucionais, e pela compreensão dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores.

Como já demonstrado, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se nos países europeus de tradição romano-germânica um constitucionalismo mais inspirado na doutrina norte-americana de supremacia da Constituição (*judicial review*), em que direitos fundamentais foram constitucionalizados e cuja proteção passou a ser papel do Judiciário (BARROSO, 2015, p. 297-298).

Conectado a essa ordem de ideias, defende Soares que ambas as acepções do devido processo legal devem ser compreendidas a partir do “significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana”, que foi elevado ao centro do nosso ordenamento jurídico na esteira do constitucionalismo que se desenvolveu após a Segunda Guerra Mundial (SOARES, 2008, p. 68-69).

Em que pese o reconhecimento da força normativa da constituição ter se concretizado tardiamente no Brasil, eis que consagrado definitivamente somente a partir da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 (BARROSO, 2015, p. 297), Lima refere que o Supremo Tribunal Federal lançou mão do princípio do devido processo legal em seu aspecto substancial, pela primeira vez, mesmo sem fazer menção expressa, no ano de 1968, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 45.232-GB, em que declarou a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67, que impunha aos acusados por prática de crimes contra a

segurança nacional “uma medida administrativa consistente na suspensão de suas profissões e atividades particulares” (1999, p. 202)<sup>2</sup>.

Em uma ordem constitucional caracterizada pela irradiação de normas constitucionais e pela necessidade de concretização e preservação de direitos fundamentais, logo se percebe a importância assumida pela transformação da cláusula do devido processo legal de mera garantia de ordem processual para agregar uma conotação substancial, voltada para a preservação dos direitos fundamentais em face de intervenções indevidas.

Nesse sentido, defende Lima que, além de elemento de defesa do cidadão frente ao arbítrio estatal, o princípio do devido processo legal serve de instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito ao também viabilizar a análise de restrição a direito fundamental (1999, p. 189).

Em corroboração a essa ideia, Soares destaca que o direito processual, além de disciplinar uma das atividades essenciais do Estado, possui significativa parte de sua principiologia sediada na Constituição, razão pela qual o processo deve ser concebido como espaço adequado para a promoção da tutela dos direitos fundamentais (SOARES, 2008, p. 82).

O fenômeno da constitucionalização dos direitos, desta forma, preside a reformulação da teoria do processo, em que a cláusula do devido processo legal substancial assume relevante destaque por funcionar como instrumento de “concretização dos valores e finalidades maiores do sistema jurídico”, ao assegurar “as condições da possibilidade de um consenso racional dos sujeitos processuais sobre as opções hermenêuticas mais justas”. (SOARES, 2008, p. 82).

Defende Soares, portanto, que a substancialização da cláusula do devido processo legal revela-se como resultado da nova epistemologia desenvolvida no curso do fenômeno que se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico, em que há uma valorização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, os quais passam a conformar as relações processuais (SOARES, 2008, p. 82).

Para a compreensão da possibilidade da relativização da penhora do bem imóvel de família de elevado valor, é central a ideia da substancialização da cláusula do devido processo legal como exigência da nova hermenêutica imposta pelo pós-positivismo jurídico para a solução dos chamados *hard cases*.

---

<sup>2</sup> O citado dispositivo foi declarado inconstitucional em face do art. 150, *caput*, e § 35, da Constituição Federal de 1967, que garantia o direito à vida, violado em face da possibilidade de o acusado restar privado dos meios necessários à sua subsistência e de seus dependentes (LIMA, 1999, p. 203-204).

De fato, sendo o instituto de bem de família necessário à proteção da dignidade humana e diante da inexistência de instrumento legal típico que permita essa relativização, somente a devida compreensão da cláusula do *substantive due process* como instrumento de proteção aos direitos e valores fundamentais poderá fornecer uma resposta positiva para a tese ora defendida neste trabalho.

A irrestrita proteção à dignidade da pessoa humana mediante a objeção em abstrato à penhora do bem imóvel de família de elevado valor poderá entrar em rota de colisão com direitos fundamentais do credor e/ou valores constitucionalmente protegidos envolvidos na demanda executiva, de modo que, para a devida composição do conflito, não se mostra suficiente a simples realização de juízos de subsunção.

Para propor um modelo de resposta a esse tipo de conflito jurídico condizente com o ideário pós-positivista, entendemos ser preciso demonstrar a estreita conexão entre a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial e a Teoria da Ponderação de Robert Alexy.

## **5 A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A COMPREENSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL COMO FORMA DE VALIDAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE RELATIVIZA A IMPENHORABILIDADE DE BEM IMÓVEL DE FAMÍLIA DE ELEVADO VALOR**

Dentro do contexto jurídico pós-positivista, sustenta Soares que a cláusula principiológica do devido processo legal substancial viabiliza a “utilização do postulado ou princípio instrumental da razoabilidade/proporcionalidade” como método hermenêutico mais adequado para concretizar a ideia de justiça, dotando o direito processual das notas de legitimidade e efetividade (2008, p. 83).

O aspecto substancial da cláusula do devido processo legal, segundo Soares, garante a aplicação de uma decisão judicial calcada em uma “hermenêutica legítima e efetiva”, produto de uma “ponderação principiológica” e não apartada “do postulado da razoabilidade/proporcionalidade” (2008, p. 68). Permite, dessa forma, a utilização do método da ponderação para solução de conflitos principiológico, em substituição ao método subsuntivo, como preconizado pelos defensores do pós-positivismo jurídico (SOARES, 2008, p. 84).

A técnica da subsunção foi, por muito tempo, o raciocínio padrão de aplicação de direito. Contudo, apesar de continuar sendo importante, não se mostrou adequada para solucionar conflitos entre princípios e direitos fundamentais (BARROSO, 2015, p. 372-373).

Nessas situações, a técnica da subsunção, por operar de forma unidirecional, não é constitucionalmente adequada por ofender o princípio da unidade da Constituição, que rechaça a hierarquia entre normas constitucionais (BARROSO, 2015, p. 373).

A nova hermenêutica viu-se na necessidade de desenvolver outros métodos, de igual racionalidade e confiabilidade, mas que operassem de forma multidirecional, como se sucede na ponderação, utilizada para os chamados casos difíceis, técnica que restou incorporada à rotina de decisões do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2015, p. 373).

Para fins do objeto deste trabalho, destacaremos a importância da aplicação da Teoria da Ponderação de Robert Alexy para a solução dos chamados *hard cases*, que costumam ocorrer em sociedades que prestigiam a normatividade de princípios constitucionais e direitos fundamentais, viabilizada em função da consagração da cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial.

Dentre os denominados *hard cases*, afigura-se a questão da (im)possibilidade de penhorar o bem de família imóvel de elevado valor, diante da incontornável necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana subjacente ao referido instituto, sem esvaziar por completo, de outro lado, outros direitos e valores fundamentais que se opõem aos interesses do devedor, a exemplo do direito fundamental a uma tutela efetiva e adequada, aos ditames de justiça social e fiscal costumeiramente envolvidos em uma execução fiscal ou até mesmo a própria dignidade humana do credor de débitos alimentares e trabalhistas.

Nessa linha de raciocínio, diante de um quadro de colisão de princípios constitucionais, notadamente quando positivados como normas fundamentais, mostra-se imperioso realizar uma construção argumentativa que possa resolver esse tipo de colisão de forma racional, tendo em vista a insuficiência do método clássico de interpretação por meio do juízo de subsunção.

Para Alexy, somente uma concepção de direitos fundamentais fundada na Teoria dos Princípios pode oferecer, de forma satisfatória, respostas racionais ao problema da colisão de princípios, por meio da Teoria da Ponderação (2015b, p. 68).

Segundo o referido teórico alemão, existem dois tipos distintos de construções de direitos fundamentais. A primeira, a qual Alexy qualifica de “estreita e rigorosa”, denomina de “construção de regras”. A segunda, que seria “larga e ampla”, é a “construção de princípios”. A utilização de uma ou de outra, conforme Alexy, é questão central da problemática da interpretação constitucional em uma ordem “que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional” (2015b, p. 105).

A concepção “estreita e rigorosa” preserva a qualidade de normas jurídicas dos direitos fundamentais, bem como sua posição de proeminência no sistema jurídico, mas defende sua aplicação pelo mesmo método das regras (ALEXY, 2015b, p. 106), ou seja, através de juízos de subsunção. Por seu turno, a concepção dos direitos fundamentais como “construção de princípios” vai além da função de meramente defender o cidadão, de forma abstrata, das intervenções estatais.

Para Alexy, esse tipo de construção está “inserida em um quadro mais amplo”, cujas bases teóricas foram desenvolvidas na Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal, pela primeira vez, quando do julgamento do caso Lüth, em 1958 (2015b, p. 106).

Conforme Alexy, o caso Lüth serviu para o desenvolvimento de três ideias que conformaram de maneira fundamental o direito constitucional alemão (2015b, p. 107). A primeira é a de que os direitos fundamentais, mais do que disporem, de forma abstrata, de garantias contra o poder estatal, representam, na verdade, uma “ordem objetiva de valores”, ou seja, os direitos fundamentais não possuem somente estrutura de regras, mas também de princípios (ALEXY, 2015b, p. 107-108). A segunda ideia é que essa “ordem objetiva de valores” se espraia “para todos os âmbitos do direito”, ou seja, vai além da relação entre cidadão e Estado, vinculando também particulares. É o chamado “efeito irradiação” (ALEXY, 2015b, p. 108). A terceira ideia, por seu turno, resulta como corolário lógico da estrutura dos direitos fundamentais como princípios e valores. Sendo princípios, os direitos fundamentais tendem a colidir. E essa colisão somente poder ser resolvida racionalmente pela ponderação (ALEXY, 2015b, p. 108).

O desenvolvimento teórico de Alexy acerca da natureza dos direitos fundamentais como estrutura de regras e princípios ajuda, portanto, a validar a intervenção judicial em um dado caso concreto. De fato, conforme o referido jusfilósofo alemão:

Direitos fundamentais, como princípios, são mandamentos de otimização. Como mandamento de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2015b, p. 110).

Segundo Alexy, a exemplo do que restou afirmado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, há uma estreita conexão entre a natureza principiológica dos direitos fundamentais e as máximas parciais do princípio da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito. Assim, as condicionantes fáticas estariam relacionadas com as máximas parciais da adequação e da necessidade; por seu turno, a máxima

parcial da proporcionalidade em sentido restrito estaria relacionada às condicionantes jurídicas, para as quais seria necessário realizar a ponderação (2014, p. 116-117).

Defende Alexy, portanto, que, para que se possa justificar uma intervenção em um direito fundamental, faz-se necessário realizar uma ponderação, que corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade (2015b, p. 67).

Antes de se realizar a ponderação, contudo, é preciso verificar se a medida proposta atende aos princípios ou máximas parciais do princípio da proporcionalidade ligadas às condicionantes fáticas, quais sejam, adequação e idoneidade; somente após a verificação do atendimento das duas máximas referidas é que se deve perquirir pela observância da última máxima parcial da proporcionalidade em sentido restrito, correspondente à ponderação (ALEXY, 2015b, p. 111).

Ao se retornar ao caso ora em estudo, verifica-se que a primeira máxima parcial resta plenamente atendida, pois o meio empregado pela medida de intervenção judicial, qual seja, a penhora do bem imóvel de família de elevado valor, a princípio, presta-se à solução do problema, sendo adequado à satisfação, parcial ou total, da dívida.

O atendimento à máxima parcial da necessidade, por seu turno, dependerá da situação do caso concreto e desde que observadas algumas condicionantes.

A primeira é a excepcionalidade óbvia da medida, que somente deverá ser adotada na inexistência de outros bens passíveis de expropriação do devedor. De fato, de modo algum poderá o juiz determinar desde logo a presente penhora sem antes esgotar as diligências necessárias para identificar os bens do devedor.

Nesse sentido, cumpre não olvidar que, nos termos no novo Código de Processo Civil, é obrigação do devedor proceder com boa-fé objetiva (art. 5º) e cooperar com o juízo e com o credor (art. 6º), através da indicação, quando intimado, de “quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores” (art. 774, inciso V, do novo CPC) (BRASIL, 2015), de modo que caberá ao próprio executado demonstrar a onerosidade da medida, também em consonância com o ônus imposto pelo parágrafo único do art. 805 do mesmo diploma legal.

A segunda condicionante é a reserva de numerários em valor suficiente para a aquisição de outra moradia que preserve a dignidade do devedor, conforme as “necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”, tomando-se por empréstimo a redação do inciso II do art. 833 do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que cuida da impenhorabilidade dos móveis, pertences e utilidades que guarnecem a residência do executado. Como padrão médio de vida podem ser tomados por parâmetros os dados constantes

dos censos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a localidade de residência do devedor.

A medida de intervenção judicial que se propõe – penhora do imóvel único de elevado valor com reserva de numerários suficientes para aquisição de outra propriedade que preserve a dignidade do executado - também atende a última máxima parcial da proporcionalidade em sentido restrito, correspondente à ponderação em sua estruturação mais simples (ALEXY, 2015b, p. 111).

Segundo Alexy, a lei da ponderação pode ser estruturada em três passos. Em um primeiro momento se atribui peso ao não cumprimento ou prejuízo de um dos princípios colidentes, conforme uma escala triádica (leve, médio ou grave); no segundo passo, atribui-se peso à importância do outro princípio em sentido contrário, conforme a mesma escala triádica; por fim, realiza-se a ponderação estritamente dita, por meio da demonstração de que a intervenção em um direito fundamental se justifica pela importância atribuída ao outro em sentido contrário, resumido pela seguinte fórmula: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (2015b, p. 133).

Conforme a lei de ponderação proposta por Alexy, pode-se atribuir grau médio à intervenção judicial que impõe a alienação do bem imóvel de família de elevado valor com reserva de numerários para aquisição de outra propriedade digna.

Justificamos a não atribuição de grau grave diante da medida compensatória de reserva de valores suficientes para a aquisição de outra moradia, medida essa que, ao mesmo tempo, permitirá a satisfação da dívida, em parte ou totalmente, e preservará a dignidade da pessoa humana do devedor, razão maior do instituto de bem de família.

No sentido contrário, afigura-se como grave, no mínimo de grau médio, o não cumprimento do direito fundamental à tutela efetiva e adequada, diante da potência de frustração da execução, por exemplo.

A hipótese fático-jurídica que autoriza o deferimento da penhora na espécie revela uma situação limite na execução, como aqui explicitado, pois somente se deve admitir a adoção desse tipo de constrição diante da inexistência de outros bens suficientes para a quitação da dívida daquele cuja dignidade humana se pretende relativizar.

É preciso destacar a importância do direito fundamental a uma tutela efetiva e adequada, de modo a justificar a atribuição do grau grave, no mínimo de ordem mediana, ao não cumprimento desse direito fundamental na hipótese ora examinada. De fato, segundo

Alexy, “se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição” (ALEXY, 2015b, p. 63).

A prestação jurisdicional garantida pela vedação do *non liquet* não deve ser compreendida pelo aspecto meramente formal de simples resposta ao direito de promover uma ação. O Estado não pode, sob o pretexto de se desincumbir da nobre missão que lhe conferiu o Poder Constituinte, prestar uma atividade jurisdicional em descompasso com a relação jurídica de direito material deduzida e sem compromisso com os postulados da efetividade e da adequação.

O descumprimento desses postulados possui grande potencial de desestabilização do próprio Estado, como destacado por Arenhart, para o ente estatal “mostra sua debilidade e artificialidade, correndo sério risco de ser substituído por ferramenta mais apropriada” (2003, p. 29).

Por meio da Teoria da Ponderação, busca-se justificar, através de um discurso racional, a intervenção judicial em um determinado direito fundamental, dada a gravidade das razões que sustentam essa intervenção, na linha do pensamento de Alexy (2015b, p. 113). E sendo proporcional, resta satisfeita a pretensão de correção quanto ao conteúdo - respeito aos direitos fundamentais (ALEXY, 2015b, p. 33) -, a ser justificada diante do contexto fático-jurídico apresentado, pretensão essa que deve ser sempre buscada por uma teoria discursiva que se pretende comprometida com a ideia de legitimidade do Direito, da qual a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial não poderá se apartar.

## 6 CONCLUSÕES

Neste trabalho, defendemos a possibilidade e a necessidade de se relativizar a dignidade da pessoa humana do devedor, como corolário da cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial, através da penhora de seu bem imóvel de família de elevado valor, desde que observadas algumas condicionantes, como a excepcionalidade da medida e a imprescindível reserva de numerários suficientes para aquisição de outra moradia digna de acordo com o padrão médio de vida da localidade de residência do executado.

A ausência de instrumento normativo que excepcione a regra de impenhorabilidade absoluta trazida pela Lei nº 8.009/90 não pode ser utilizada como argumento para negar, de forma apriorística, esse tipo de constrição, diante da superação do modelo tradicional de

interpretação positivista de mera realização de juízos de subsunção pelo ideário pós-positivista que demanda uma interpretação e aplicação multidirecionais do direito em função dos diversos valores e princípios albergados na constituição.

Na verdade, demonstrou-se que, por exigência da cláusula do devido processo legal substancial, a constrição de bem imóvel de família de elevado valor demanda um juízo de ponderação acerca das circunstâncias fático-jurídicas do caso concreto, tendo em vista a necessidade de se harmonizar a dignidade da pessoa humana do devedor e outros direitos e/ou valores fundamentais envolvidos na demanda executiva, a exemplo do direito fundamental do credor a uma tutela efetiva e adequada.

E para fins deste trabalho, como meio de validar de forma racional a decisão judicial que se depara com a situação de colisão de tamanha magnitude, valeu-se da Teoria da Ponderação de Alexy, de forma a evidenciar a possibilidade de atendimento às máximas parciais do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sem prescindir da pretensão de correção quanto ao respeito aos direitos fundamentais e a seu valor maior – a dignidade da pessoa humana -, ideia cara ao modelo do constitucionalismo contemporâneo.

## 7 REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015b.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Constituinte, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 mar. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm)>. Acesso em: 09 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045)>. Acesso em: 09 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.469. Recorrente: Luiz Marcos Suplicy Hafers E Outros. Recorrido: Flórida Agro Pastoril Ltda. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, DJe 10 dez. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000212900&dt\\_publicacao=10/12/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000212900&dt_publicacao=10/12/2010)>. Acesso em 09 fev. 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

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

MACHADO JABORANDY, C. C. A influência da Hermenêutica Constitucional para Formação do Raciocínio do Intérprete. In: ASSIS JR., Luiz Carlos de; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Hermenêutica aplicada**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

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

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Breves notas sobre a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade como bases de compreensão das regras de impenhorabilidade do Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie, et al. **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 5: execução. Salvador: Juspodivm, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOARES, R. M. F. **O devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Salvador: Juspodium, 2008.