

CAMILA CALIXTO

O BEM DE FAMÍLIA COMO EXPRESSÃO DA MORADIA DIGNA

CURITIBA
2006

CAMILA CALIXTO

O BEM DE FAMÍLIA COMO EXPRESSÃO DA MORADIA DIGNA

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Júnior

CURITIBA
2006

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA CALIXTO

O BEM DE FAMÍLIA COMO EXPRESSÃO DA MORADIA DIGNA

Monografia aprovada como requisito parcial para graduação no Curso de Direito, Setor de Ciências de Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano
Júnior

Prof. Examinador nº 1

Prof. Examinador nº 2

Curitiba, __ de outubro de 2006.

Agradeço aos meus pais, Jeferson e Lisiane, pela dedicação e força indispensáveis para a minha formação como ser humano e profissional.

Ao Samir, simplesmente por existir e tornar minha vida completa.

Aos meus amigos sempre leais, especialmente às amigas-irmãs Andrea, Camile, Fernanda, Maria Luiza, Maria Sílvia, Paula, Sílvia e Viviane, cujos laços de gratidão e amizade são tão fortes que viverão comigo para sempre.

Agradeço, por fim, ao Professor Eroulths Cortiano Júnior pela ajuda sempre presente durante estes quatro anos de convivência e

pelo apoio e paciência fundamentais para a conclusão do presente trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	01
2 O NOVO DIREITO CIVIL	02
2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	02
2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO VINCULANTE.....	06
2.3 A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA.....	09
3 A NOVA FAMÍLIA	13
3.1 A FAMÍLIA DE 1916 PARA A FAMÍLIA DE 2002.....	13
3.2 NOVAS ENTIDADES FAMILIARES.....	15
4 A MORADIA E O BEM DE FAMÍLIA	20
4.1 A GARANTIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO.....	20
4.2 A MORADIA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL.....	23
4.3 BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO E LEGAL.....	30
5 ALCANCE DO BEM DE FAMÍLIA	31
5.1 BENS MÓVEIS.....	35
5.2 DEVEDOR SOLTEIRO.....	37
5.3 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....	39
5.4 IRMÃOS SOLTEIROS COABITANTES.....	42
5.5 VIÚVOS / EX-CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE.....	43
5.6 PESSOA JURÍDICA.....	43
5.7 FIADOR.....	45
5.8 IMPOSTOS, TAXAS OU CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS EM FUNÇÃO DO IMÓVEL.....	49
6 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

RESUMO

Com a constitucionalização do direito privado, institutos tradicionais do direito civil adquirem uma nova função, visando primordialmente a proteção da dignidade da pessoa humana. O novo conceito de família, baseado nas relações de afeto entre seus membros, e a elevação da moradia como direito social garantido constitucionalmente, dão o contorno para a aplicação do bem de família a hipóteses não previstas na lei. A complexidade das relações atuais não deixa espaço para a aplicação racional das respostas simples e acabadas, motivo pelo qual cabe aos operadores do direito – doutrina e jurisprudência – analisar os casos concretos conforme os ditames sociais, de forma a extrair do texto legal os efeitos jurídicos almejados pela Constituição Federal. Dessa forma, a legislação que impede a penhora do bem de família se estende para casos antes excepcionados, sempre com vistas a permitir a todas as pessoas a manutenção de uma moradia digna para a proteção da célula familiar.

Palavras-chave: bem de família; dignidade da pessoa humana; moradia.

1 INTRODUÇÃO

A família tem elevada importância porque é nela que se funda a sociedade, através de um universo de relações diferenciadas entre os indivíduos que a compõe. É na família que o ser humano inicia a moldagem de suas potencialidades, com vistas à sua realização pessoal e para com a sociedade. A sociedade contemporânea é marcada por relações complexas, plurais, abertas e multifacetárias, o que leva a estruturas familiares de diferentes modelos. Portanto, a família deve ser compreendida a partir de uma feição ampla, de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais no decorrer do tempo.

A unidade de fonte da família instituída pelo Código Civil de 1916, que levava em conta apenas o casamento, cede espaço para a família constitucionalizada, cujas bases são o afeto e a liberdade. Os novos conceitos de família, extraídos do texto constitucional, e a vigência do Código Civil de 2002, acabaram por ampliar a proteção estatal para atender aos anseios sociais da modernidade. Diante das novas transformações, devem ser buscados outros paradigmas, para além daqueles expressos na codificação. Para isso, deve se ter como ponto de partida, segundo Luiz Edson FACHIN, “a observação dos fatos, indicadores de manifesta tendência de rearranjo social dos modelos”.¹

Presentemente, com base no texto constitucional, tem-se como principal meta a busca da dignidade da pessoa humana, ultrapassando valores meramente patrimoniais. Ganha espaço a tutela do ser, fazendo ruir o império do ter. Diante desse novo quadro social, a família tem como função ser o local de formação da pessoa digna, revelando uma democratização do ambiente familiar.

A existência e a percepção dos novos modelos familiares é uma realidade inegável. Portanto, o problema a se resolver hoje não é mais o de reconhecer estas novas entidades, mas sim protegê-las, garantindo assim a dignidade de todos os cidadãos, sem qualquer discriminação. O ponto de partida é a proteção da própria pessoa humana, em “carne e osso”.

¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 44.

É a partir do novo conceito de família e da proteção dirigida especialmente à pessoa humana que o bem de família assume um papel ainda mais significativo. A impenhorabilidade do imóvel residencial visa mais do que a sobrevivência da família que nele reside, mas garantir a sobrevivência com dignidade de cada membro individualmente. O bem de família se apresenta como garantia do patrimônio mínimo indispensável para esse viver digno, aspecto essencial do desenvolvimento humano, e instrumento para a realização da pessoa concreta.

Diante do liame existente entre os direitos fundamentais sociais, encontra-se inserido o direito à moradia. Juntamente com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, corrobora com estes, no sentido de suprir as necessidades existenciais básicas de qualquer indivíduo. Na seqüência será examinado o alcance do instituto do bem de família para o fim de garantir a moradia digna a qualquer pessoa.

A partir dessa proteção da pessoa concreta dentro do seio familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha um novo sentido naquilo que diz respeito ao direito à moradia (direito social previsto constitucionalmente – art. 6º, caput). E para colocar em prática uma vida digna para todos os sujeitos, amplia-se o conceito de bem de família para situações antes desprezadas pelo instituto. Todos merecem um lar com condições de permitir aos seus integrantes viver com dignidade. Essa é a principal função do bem de família que será a partir daqui estudada, demonstrando como a impenhorabilidade dos bens móveis e imóveis que servem de residência para a pessoa expressam o direito à moradia digna.

2 O NOVO DIREITO CIVIL

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Encontra-se consolidado atualmente o paradigma que reconhece a constitucionalização do direito civil. O Código Civil perdeu a posição central que desempenhava no sistema jurídico até pouco tempo atrás. Tal pólo foi assumido pela Constituição Federal, que prevê os princípios fundamentais que influem em todo o

ordenamento. Como corolário, a proteção do individualismo cede lugar à idéia do homem como sujeito social, porque o Estado passou a assumir funções deixadas antes exclusivamente à iniciativa privada.

Com a constitucionalização do direito privado, em especial no direito civil, seu conceito foi ampliado, de forma a abranger instrumentos tradicionais do direito público para garantir a proteção dos interesses da pessoa humana. Portanto, perdeu importância a distinção entre direito público e direito privado, tendo em vista a presença dos valores constitucionais em todos os ramos jurídicos. É através desses princípios fundamentais que o direito é aplicado ao caso concreto.

A constitucionalização do direito privado pode ser entendida em duas facetas, conforme explica Ingo Wolfgang SARLET:

A constitucionalização do Direito (e, portanto, também do Direito Privado) se manifesta por duas vias: a) a presença da Constituição no Direito Privado, onde se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas do Direito Privado e as relações entre particulares, e b) a presença do Direito Privado na Constituição, onde se cuida de institutos originalmente do Direito Privado previstos na Constituição.²

A estrutura social contemporânea impôs alterações no tradicional quadro que distinguia público e privado, devido à dificuldade em distinguir os interesses particulares dos públicos, havendo hoje uma inter-relação entre as duas esferas. Público e privado estão hoje intimamente ligados pelo sistema constitucional. Até mesmo as relações entre o Estado e os particulares sofreram alterações, porque se dão em torno da promoção e do desenvolvimento das pessoas, deixando de lado o arbítrio ilimitado do ente estatal.

A Constituição Federal de 1988, que representa um Estado Democrático de Direito, vincula seus objetivos primordiais a todo o ordenamento jurídico, na busca incessante da preservação da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Com a prioridade atribuída à pessoa humana, a norma civil passou por uma “despatrimonialização”, sendo cada vez mais urgente a

² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 552.

adequação dos conceitos tradicionais à luz da metodologia constitucional. A chamada constitucionalização do direito privado – e, por conseqüência, do direito civil – pode ser entendida como a “recepção de certos direitos em normas fundamentais, reconhecendo-os e tornando-os indisponíveis ao legislador ordinário”.³

As normas constitucionais são imperativas e dotadas de supremacia, o que significa que devem ser aplicadas não apenas na relação entre o indivíduo e o Estado, mas também nas relações interindividuais, situadas nos modelos da legislação infraconstitucional. Portanto, cabe ao operador do direito dar prioridade aos valores existenciais, quando estes se conflitarem com os valores patrimoniais.

Para que a proteção da pessoa sempre tenha prevalência, a Constituição deve ser aplicada juntamente com a norma ordinária. Sob essa ótica - explica Maria Celina Bodin de MORAES - “a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais”.⁴

O constitucionalismo social revela a maior intervenção do Estado na vida dos cidadãos, o que acaba gerando a prevalência do interesse público sobre os interesses individuais. Essa intervenção estatal decorrente da implantação do *Welfare State* afetou em muito o direito civil, porque o Estado passa a interferir em áreas que antes eram deixadas à vontade privada.

A constitucionalização de certos princípios antes tratados exclusivamente pelo direito privado elevou-os à dignidade constitucional, tais como a família, a propriedade e a atividade econômica.

Porém, não é suficiente reconhecer o deslocamento dos princípios básicos do direito civil para o texto constitucional. Mais relevante é receber a mudança do ponto de vista sistemático, reconhecendo a Lei Maior no ápice do ordenamento jurídico. Portanto, é com base nos valores expressos na Constituição que deve funcionar todo o sistema. Estes valores representam a sociedade, e devem atender a sua real necessidade. O legislador não deve, portanto, apenas refletir a realidade, mas visar

³ MELGARÉ, Plínio. *A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do Direito Privado*. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 5, vol. 19, jul-set/2004. Rio de Janeiro, Padma, 2000. p. 76.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, n.º 65, 1993. p. 23.

sempre a sua transformação, atendendo aos interesses da pessoa humana inserida no grupo social.

Vale ressaltar que a Constituição, em seu sentido material, está em constante processo de evolução, conforme os anseios da sociedade, o que reflete também na produção e alteração da Constituição formal, e no restante do direito positivado, sendo imprescindível que o operador do direito esteja em contato com essas transformações, de modo a atuar conforme os ditames sociais.

Nesse sentido, Judith MARTINS COSTA afirma ser o Código Civil um instrumento “para atuar no papel de uma *estrutura receptora dos direitos fundamentais*, difundindo-os nas relações interprivadas e contribuindo com a construção de uma nova noção de *pessoa humana*”.⁵

Ressalte-se que o direito privado perdeu seu caráter individualista e materialista, para tornar-se mais ético e solidário, em busca da concretização de sua função social. Há primazia das relações não patrimoniais, visando a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. O direito civil, em especial, perde seu caráter essencialmente formalista, passando a ser mais valorativo.

Para Luiz Edson FACHIN, “o reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do direito civil”.⁶ A Constituição passa a ser o elemento integrador de todo o ordenamento jurídico, sendo que o direito civil deve ser relido à luz dos princípios constitucionais, privilegiando-se os valores não patrimoniais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Atualmente discute-se a insuficiência e a perda gradativa da centralidade das constituições frente aos desafios e exigências da sociedade de risco contemporânea. Porém, não há que se falar ainda na superação do fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, porque é inegável a mudança essencial decorrente da superação da

⁵ COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 63.

⁶ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 98.

dicotomia público-privado e a importância da Constituição continuar sendo o parâmetro primeiro das relações jurídicas no âmbito nacional-estatal.

Não obstante estar consagrado o paradigma da constitucionalização do direito civil, este permanece sendo a ciência que orienta os ramos do direito privado através de suas regras e princípios. Porém, na aplicação das normas civilistas devem ser observadas as tendências atuais da constitucionalização, que levam os juristas a interpretar o direito como garantidor básico e nuclear dos interesses da pessoa humana. Nesse sentido, surge um novo modelo de direito de família a partir da sobreposição do direito civil com o direito constitucional. Isso porque o Código Civil de 2002 utiliza-se de cláusulas gerais, que podem “representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”.⁷

A constitucionalização das relações familiares vem colaborando no sentido de proibir discriminações entre as formas de constituição de entidades familiares, que em nada tem a ver com um Estado democrático, livre e moderno. A família deixa de ser concebida como uma instituição, e passa a ser tutelada como um instrumento para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. A partir daí o direito à moradia também ganha nova dimensão, da qual tratarei a seguir.

2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO VINCULANTE

Certos princípios presentes na Constituição são ditos fundamentais porque representam a essencial intenção do direito, indicando para um núcleo normativo primordial, que caracteriza o direito como direito. Representam também padrões a serem observados para a realização da justiça e para assegurar a qualquer pessoa condições mínimas para uma vida condigna.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. _____. *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XX.

Dentre todos os princípios que migraram do direito privado, o princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, inciso III⁸) representa o ápice do ordenamento jurídico. É o que se chama de “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”.⁹ É uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, que revela no homem o valor supremo do ordenamento. Todo ser humano é permeável aos valores, ou seja, eles orientam as relações intersubjetivas dos sujeitos, motivo pelo qual devem ser realizados.

Após a fase ditatorial, o direito brasileiro explicitou na Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, representando valor supremo e servindo como alicerce do sistema jurídico. A dignidade da pessoa humana, entendida como um direito fundamental, reflete um duplo fundamentalismo formal e material, que pode ser entendido como:

Dotada de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecer e necessitar de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.¹⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana é, dentre os princípios constitucionais, o que melhor representa o pendão de democracia trazido a nós pela Constituição Federal de 1988. A Professora Carmem Lúcia Antunes ROCHA percebeu, com extrema sensibilidade, que a justiça entre os homens só se concretiza tendo como cimento a dignidade, sendo este inerente à própria vida, um verdadeiro direito pré-estatal.¹¹

Assegura a professora, que a dignidade da pessoa humana seria, portanto, um “*superprincípio constitucional*”. Assim, este surge no ordenamento jurídico

⁸ Constituição Federal, 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: III – a dignidade da pessoa humana”.

⁹ Ademais, segundo o próprio autor, trata-se de um princípio emancipatório, que visa a defesa ética da pessoa. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 180.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais...*, p. 559.

¹¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Palestra na XVII Conferência da OAB, Rio de Janeiro, 29/08 a 02/09 de 1999.

constitucional a partir da sua centralidade, passando a incidir de forma especial e diversa sobre os demais princípios constitucionais.

Dignidade esta que não se resume à mera existência, mas que requer a possibilidade de fruição dos direitos fundamentais, permitindo o pleno desenvolvimento da personalidade. E não é apenas o Estado que tem o dever de garantir a tutela da dignidade da pessoa humana; é um dever atribuído a todos.

O direito deve ser entendido hoje não como um fim em si mesmo, mas como instrumento para a realização das necessidades que emanam da dignidade da pessoa. Principalmente, deve servir para assegurar a dignidade daquelas pessoas que se encontram excluídas do sistema, ou cujas necessidades parecem, em princípio, contrariá-lo. Nesse sentido, afirma Luiz Edson FACHIN que “um discurso de dignidade da pessoa que não parta da negatividade, ou seja, do espaço em que a dignidade é negada, não será nada além de um discurso de legitimação, sem conteúdo emancipatório”.¹²

O princípio da dignidade da pessoa humana assume o posto de maior relevância no sistema jurídico atual. Ligado a ele, no âmbito do direito de família, está o princípio do pluralismo e da democracia, que determina a liberdade na escolha da espécie de família constituída. Nesse sentido, Rita de Cássia Correa de VASCONCELOS afirma que “a proteção do Estado é dirigida à família, e não a forma pela qual é constituída”.¹³ Como consequência desta reflexão, as leis que tratam do organismo familiar – a Lei n.º 8.009/90, em especial para esse estudo – devem ser analisadas e aplicadas a partir da amplitude do dever da proteção estatal, e não com base nas diversas categorias da entidade familiar. Não se pode privilegiar uma forma de família, em detrimento da outra.

Segundo Maria Celina Bodin de MORAES:

O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isso vem a significar a

¹² FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos Fundamentais...*, p. 101.

¹³ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família – e as novas entidades familiares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 100.

completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico.¹⁴

A professora entende o princípio da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento da existência de outros sujeitos iguais, merecedores do mesmo respeito, livres para atuarem conforme a sua vontade, com a garantia de que não serão marginalizados.¹⁵ Dessa idéia decorre o fato de que, da dignidade da pessoa humana emanam também os princípios da igualdade, da integridade física, da liberdade e da solidariedade.

É com base na idéia da dignidade de todos os indivíduos que o conceito de família começa a transformar-se, abrangendo as relações que não se constituem através do casamento, mas que também merecem ter sua residência protegida, aplicando-se para tanto o instituto do bem de família.

2.3 A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

O direito, enquanto ciência humana, só possui sentido existencial quando se desenvolve tendo a realidade social como substrato. Somente através de uma acurada análise do panorama social em que se insere o direito a ser aplicado é que se possibilita o alcance da justiça social.

Ora, se as ciências humanas são frutos da racionalidade dos homens para possibilitar sua vida e o desenvolvimento destes em sociedade, elas só cumprem seu papel quando se criam e se recriam tendo como norte o indivíduo tomado como ator social. A noção de pessoa não é construída pelo direito, mas sim por ele recebida, tendo em vista que a pessoa humana é um valor pré-jurídico. Como conseqüência, o direito em sua concepção contemporânea tem como última *ratio* o homem e os valores que traz encerrados em si.¹⁶

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 116.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Obra citada. p. 118.

¹⁶ Segundo Eroulths Cortiano Jr., uma contemporânea visão do direito procura não apenas tutelar figuras como a família e a propriedade por aquilo que elas representam em si mesmas, mas sim pelos valores tidos como merecedores de proteção, protegendo o patrimônio de acordo com aquilo que ele

A Constituição Federal de 1988, ao eleger como fundamento da República o princípio da dignidade, coloca no centro da tutela do ordenamento jurídico a pessoa humana. Essa pessoa deixa de ser vista de modo abstrato e ganha uma dimensão histórico-real, que leva em conta suas efetivas necessidades e seus valores essenciais. Ademais, a pessoa é apreciada dentro do meio social em que vive e não de modo individualista, porque só existe juntamente com outros indivíduos. Ser pessoa não é, então, um ofício isolado, mas sim um ato que se forma também com o reconhecimento do outro como pessoa, permitindo a vida em sociedade.

Com a despatrimonialização do direito civil, o ser humano, como pessoa em “carne e osso” passa a estar no centro das preocupações. Dá-se um maior relevo à pessoa, e com isso seus interesses prevalecem sobre aqueles de cunho meramente patrimoniais. Visando definir quem seria a pessoa humana protegida pelo Direito atual, Judith Martins COSTA entende que:

Já não se trata do descarnado ‘sujeito de direito’, o sempre-igual titular de capacidade jurídica. Buscam-se as pessoas concretas, os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, em seu ‘modo de ser’ peculiar.¹⁷

O sujeito a que se destinam, de forma precípua, os direitos fundamentais não é o modelo abstrato, mas sim a pessoa concreta, o sujeito real das necessidades. A despatrimonialização permite o livre desenvolvimento da pessoa humana, sendo ela o fundamento e o fim do Estado e da sociedade. A visão eudemonista consagrada na Constituição busca a realização da pessoa por intermédio da família. O indivíduo não vive mais em função da instituição familiar, mas é esta que existe para atender as necessidades dos sujeitos que a compõe.

A pessoa humana jamais deve ser considerada como um instrumento para a consecução dos fins do Estado; ela deve representar um fim em si mesma, ou seja, todas as normas editadas precisam ter como escopo a proteção e satisfação dos

significa, ou seja, como suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. (CORTIANO Jr., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. FACHIN, Luiz Edson (coord). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 32/33).

¹⁷ COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais... , p. 63.

interesses da espécie humana. Daí decorre o princípio da dignidade da pessoa humana como valor absoluto do sistema, que inspira a regra ética máxima, qual seja, do respeito pelo outro. As pessoas diferem-se das coisas porque tem dignidade, e não preço. Versando sobre o tema, Plínio MELGARÉ aduz que “é o ser humano, o homem-pessoa, que se afirma como fundamento ético substancial indisponível da ordem jurídica, formando a densidade jurídico-axiológica exigida por um efetivo Estado democrático de direito”.¹⁸

Pode-se afirmar, portanto, que a vulnerabilidade humana deve ser protegida onde quer que ela se manifeste, pois alcança todos os setores da ordem jurídica. Assim, será desumano todo o tratamento dirigido à pessoa, capaz de reduzi-la à condição de objeto. O princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre servir como a medida de ponderação no caso de conflito entre interesses de igual importância.

Paulo Luiz Netto LOBO¹⁹ utiliza a expressão “repersonalização” para refletir a acentuação da raiz antropocêntrica do direito civil, com a valorização do homem comum para satisfação dos interesses do cidadão puro e simples. Na Constituição Federal de 1988 valorizou-se a dignidade humana, colocando a pessoa concreta no centro da tutela jurídica, inclusive em matéria civil, agora constitucionalizada.

Ademais, a pessoa humana em “carne e osso”, destinatária das normas jurídicas, deve ser entendida dentro do contexto social em que vive. O homem não é um ser isolado, abstrato e dotado de poderes ilimitados, mas sim um ser social cujo desenvolvimento leva em conta a coexistência solidária com os demais. A condição de pessoa decorre da justaposição e do equilíbrio do ser pessoa e do ser social. Para proteger toda a coletividade é preciso assegurar a dignidade das pessoas, garantindo um patrimônio mínimo, a partir do qual se pode oferecer proteção e amparo. Dessa forma, a valorização da pessoa, no que se refere a sua dignidade e solidariedade social, acaba por revelar uma sociedade mais justa e igualitária.

A realidade aponta hoje para a migração da relação jurídica fundada na garantia do crédito para a que dá prevalência à proteção da pessoa. Opta-se pela dignidade humana frente a garantia creditícia, com vistas a propiciar condições indispensáveis à sobrevivência. Parte-se do sentido ético do conceito de pessoa, em

¹⁸ MELGARÉ, Plínio. *A jus-humanização...*, p. 70.

¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Repersonalização das famílias*. Revista Brasileira de Direito de Família, n.º24, Jun/Jul. 2004. p. 152.

que cada um deve respeitar a si mesmo e aos outros. O ser humano é o centro e o destinatário do direito civil, por isso o sistema jurídico protege a pessoa através dos direitos de personalidade, de família e patrimonial.

Entretanto, a proteção jurídica dispensada ao patrimônio não se dá sem qualquer ligação com o ser humano e suas necessidades, mas sim o que ocorre é uma *outra mirada*²⁰ na questão patrimonial, utilizando-a como uma maneira de zelar pela dignidade do homem. O patrimônio ganha maior importância naquilo que apresenta como indispensável ao viver digno da pessoa humana. Como ser autônomo e responsável, o indivíduo necessita ser visto como titular de direitos e obrigações, o que alude principalmente a manutenção de suas condições de existência.

A Constituição Federal, no art. 226, §8^o²¹, impõe ao Estado, além da proteção da entidade familiar, “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Portanto, pouco importa o modelo de entidade familiar adotado, é dever do Estado assegurar a realização das necessidades de cada integrante da família e prover *ex officio* seus direitos fundamentais. Assim, cada integrante é titular de uma dignidade mínima, que está incessantemente exigindo tutela. Cada pessoa requer uma proteção específica, que está em constante mutabilidade – cada qual necessita uma tutela específica, mas sempre em busca de um viver digno.

A condição de pessoa *não se paga e nem se apaga*²², o que veda qualquer tipo de discriminação, porque permite a diversidade, tendo em vista que cada indivíduo é considerado a partir de condições que o tornam único na sociedade. Ao mesmo tempo que os homens se distinguem uns dos outros pelas suas diversidades, eles se afirmam pela coexistência.

²⁰ CORTIANO Jr, Eroults. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos [org]... et al. *Diálogos sobre o Direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 156.

²¹ Constituição Federal, art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §8º O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

²² Expressão utilizada por Plínio MELGARÉ. *A jus-humanização...*, p. 71.

3 A NOVA FAMÍLIA

3.1 A FAMÍLIA DE 1916 PARA A FAMÍLIA DE 2002

Durante o século passado e sob a égide do Código Civil de 1916 era somente a família advinda do casamento que merecia a proteção estatal. Este conceito tradicional de entidade familiar perdurou por muitos anos, mas hoje se mostra insuficiente. Atualmente, e principalmente com escopo na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, a família abrange um amplo campo de situações, que independem muitas vezes do casamento. Ganham espaço formas familiares baseadas em relações afetivas não formais, calcadas num projeto existencial comum e da mesma forma duradouro. O bem de família passa a ter, a partir destas inovações, uma nova razão de ser, muito mais ampla do que aquela vigente anteriormente.

A família começa a modificar-se com a idéia de exaltação do amor materno, até então reprimido. Abandona-se a autoridade para dar lugar ao amor, criando um ninho afetivo no qual a família se refugia, voltada para si mesma. O Estado passa a dar atenção às crianças antes abandonadas, consideradas como forças em potencial. É a época do discurso da igualdade e da felicidade de Rousseau, que partia da idéia de família como única sociedade natural, que permitia aos indivíduos o alcance de sua felicidade. A partir daí vieram novas modificações políticas e sociais, decorrentes da moralização da sociedade, que terminam por dar à família novas funções morais e espirituais.

A família tradicional, protegida pelo Código Civil de 1916 sofreu – e continua sofrendo – o choque de fatores externos, que acabam por afastar o instituto da família para dar prevalência aos indivíduos que a compõe. As uniões que privilegiavam a aliança ao amor dão lugar a modelos de família “mais igualitárias nas relações de sexos e idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo”.²³

²³ PERROT, Michelle. *O Nó e o Ninho. VEJA – 25 anos: Reflexões para o futuro*. São Paulo: Editora Abril, 1993. p. 81.

A Constituição Federal de 1988 declara, em seu art. 226, caput, que a família é a base da sociedade, tendo por isso direito à proteção do Estado e da sociedade em que ela se constitui.

Segundo Gustavo TEPEDINO²⁴, a evolução do tratamento das entidades extramatrimoniais no Brasil passou por três fases distintas. No início havia a rejeição pura e simples das formas familiares não fundadas no casamento. Em seguida foram atribuídas a estas relações uma maior relevância (em especial ao concubinato), considerando-as como vida lícita em comum, da qual decorriam certos efeitos jurídicos. Já a terceira fase, consolidada com a Constituição Federal de 1988 compreende a tutela das entidades familiares não fundadas no casamento, conforme expressa o art. 226, §3º, do texto constitucional.

Hoje resta evidenciado na célula familiar a noção de afeto nas relações entre os seus componentes, que agora são considerados em sua individualidade, e não mais como meros elementos de um valor maior. A entidade familiar existe hoje para proporcionar a realização dos interesses pessoais de seus membros, que vêm na família o refúgio para os problemas e as tensões da sociedade. Assim, a família é considerada instrumento para o desenvolvimento e a realização de cada um de seus membros. A família existe hoje para o indivíduo, na busca de suas realizações e felicidade e, segundo Marcial Barreto CASABONA,

Rege-se pelo chamado eudemonismo que vem da eudaimonia de Aristóteles e que significa a satisfação, o bem-viver de cada uma das pessoas que a integram. A família é o *locus* existente para o desenvolvimento e a busca da felicidade de cada um de seus componentes. É o espaço de inter-relação afetiva, de múltiplas interdependências entre seus membros.²⁵

A família é garantida pela Constituição Federal em função do seu papel no desenvolvimento da pessoa, conformando-se com os valores que caracterizam as relações civis, principalmente a dignidade da pessoa humana. Ganha maior importância a idéia de família baseada em relações de afeto constante e espontâneo,

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. _____. *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 329.

²⁵ CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 384.

mesmo que não existam laços sanguíneos entre os indivíduos que a integram. A família não é titular de um direito separado e autônomo, mas sim existe em razão do interesse do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa, funcionando em colaboração com as demais instituições sociais, todas organizadas para um escopo comum.

3.2 NOVAS ENTIDADES FAMILIARES

Diversos modelos familiares surgiram na sociedade ao longo dos tempos. Atualmente, diversas são as formas de família presentes na sociedade, não se resumindo apenas ao casamento e à união estável previstos na lei. Não é possível hoje conceber um modelo único de família, porque esta vem sofrendo grandes transformações ao longo dos anos, influenciada pelos sistemas político, econômico, religioso e social. Por conseguinte a essa pluralidade, o sistema jurídico deve igualar o tratamento conferido aos vários tipos de família, para assim atender a todos os anseios da sociedade.

Tendo em vista que o princípio fundamental de toda a atividade jurídica é a dignidade da pessoa humana, servindo como base da existência do Estado e da família, a proteção da entidade familiar deve ser tratada como garantia fundamental. Dessa forma, não apenas as famílias matrimonializadas devem ser protegidas, mas também as demais formas familiares revestidas pelo afeto entre seus membros. Ao cuidar de todos estes agrupamentos afetivos, o Estado estará tutelando o ser humano em seu desenvolvimento pessoal.

A constitucionalização do direito civil também se estende ao direito de família, reconhecendo a existência de princípios constitucionais que devem reger a aplicação das normas relacionadas às entidades familiares, principalmente quanto à dignidade das pessoas. Diante disso, afirma Rita de Cássia Correa de VASCONCELOS que:

Reconhecido o pluralismo dos modelos familiares, não mais se concebe um Direito de Família voltado apenas às famílias originadas nas formas expressamente previstas em lei, sendo imprescindível uma reformulação de seus princípios, sob o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.²⁶

²⁶ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família...*, p. 97.

As codificações brasileiras ligadas ao direito de família representaram, no decorrer do tempo, uma disparidade entre o direito positivo e a realidade social, pelo fato de não reconhecerem as uniões formadas fora do casamento. Uma primeira transformação desse quadro se deu no texto constitucional de 1988, que garantiu a proteção estatal também para as famílias surgidas a partir de uniões estáveis, bem como àquelas por qualquer um dos pais e seus descendentes – famílias monoparentais. Verifica-se, portanto, certa pluralidade do conceito de família, que não se resume mais somente aquelas advindas do casamento.

Não obstante as modificações trazidas, o novo Código Civil já nasceu excludente no que se refere a algumas formas familiares, tal como as uniões estáveis (em sentido amplo) e as famílias constituídas por irmãos. De forma alguma se pode interpretar como *numerus clausus* as famílias expressamente previstas na lei civilista. Isso porque o afeto não permite exclusões preconceituosas ou visões pré-concebidas e porque “entre tornar-se conceitualmente família e realizar-se como tal, há uma fenomenal distância”.²⁷ Assim, desnivelar a proteção da pessoa humana sob o argumento de proteger a instituição familiar significa violar o texto constitucional e subverter a ordem de valores por ele apresentada. A proteção à família só se justifica em razão do ser humano.

Entretanto, mesmo diante dessa nova abertura dada ao conceito de família, o direito ainda não reconhece as demais formas familiares existentes. E isso acaba por excluir uma parcela da população que se relaciona de modo diverso, e que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, teria os mesmos direitos dos membros dos demais agrupamentos familiares. Discorrendo sobre o tema Euclides de OLIVEIRA assevera que

Os seres humanos mudam e mudam os seus anseios, suas necessidades e seus ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família enquanto ninho. A maneira de organizá-lo e fazê-lo prosperar, contudo, se altera significativamente em eras e culturas não muito distantes umas das outras. Ora, sob o vigor e a rigidez do direito codificado, esse fenômeno pode se revelar engessado, por ser estreita demais a norma para tão expansível realidade.²⁸

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família...*, p. 06.

²⁸ OLIVEIRA, Euclides de. Do direito de família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 07.

O reconhecimento jurídico de outras entidades familiares, para além daquela advinda do casamento, comprova a superação da concepção formal e estrita da família. Essas outras entidades sempre existiram, mas viviam à margem da sociedade e da própria lei, sem qualquer proteção. A partir daí nasce a família nuclear, com a valorização dos seus membros.²⁹ Luiz Edson FACHIN ensina que

A vigência do novo Código Civil e o principiar do século XXI testemunham tempos frutíferos de inquietude, denunciam dilemas expostos na fratura social, arrostam a exclusão econômica e jurídica e apontam para novas situações sociais. Eis o nó em desate pela contemporaneidade, cujos elos se projetam da sociedade para o ninho familiar. Afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas.³⁰

Essas transformações não representam, ao contrário do que muitos afirmam, uma crise da família. O que vem ocorrendo, na verdade, é uma transformação no perfil da entidade familiar, que pede por uma reorganização das regras de direito que a regulam. No entanto, apesar das modificações, a família continua tendo papel central no desenvolvimento do ser humano, porque é a base da sociedade e sua manutenção mostra-se fundamental.

Deve-se reconhecer a importância de cada membro da família dentro da sociedade, buscando sempre a preservação dos vínculos de afeto para permitir a sua continuidade. São cada vez mais importantes ações que visem o desenvolvimento da família, baseadas nos princípios da convergência e da complementaridade. A família não é apenas a soma dos anseios individuais de seus membros, mas um instituto que deve ser preservado para o bem individual e comum.

Baseado na dignidade e na inclusão é que os direitos da família evoluem visando a realização concreta da própria família. Para isso deve abranger as diversas ocasiões e situações em que ela se manifesta, principalmente nas formas desigualmente tratadas pelo direito. Não cabe ao direito determinar quais são as formas possíveis de

²⁹ Rosana FACHIN reconhece que as famílias de fato não são situações novas, mas infinitas são as conseqüências advindas de sua recepção pelo Direito, principalmente naquilo que diz respeito ao papel da mulher e dos filhos dentro da entidade familiar. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 133).

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família...*, p. 01.

constituir uma família, porque, “antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno”.³¹

No reconhecimento de novas formas de entidades familiares, os sentimentos tais como o afeto, o amor e a solidariedade são erigidos como valores jurídicos, indispensáveis a todos os modos de convivência humana.

Discorrendo sobre o tema, Paulo Luiz Netto LOBO enumera alguns aspectos da proteção dada à família na Constituição Federal de 1988.³² Ressalta que a proteção estatal se estende a qualquer entidade familiar, sendo que a família passa a ser sujeito de direitos e obrigações. Os interesses das pessoas humanas que constituem a família têm primazia sobre os interesses patrimoniais, inclusive no que se refere à liberdade para o planejamento familiar, sem qualquer imposição do Estado. Portanto, a família importa para a realização pessoal dos seus membros, principalmente com o estabelecimento da igualdade entre os cônjuges e os filhos.

Nesse sentido, Luiz Edson FACHIN ensina que,

Não se trata mais, tão-só, da liberdade de encetar um projeto parental. Sob a ótica dos filhos, consiste, isso sim, num direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio, ao menos o atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação, saúde e educação.³³

Pelo fato da lei não reconhecer juridicidade àquilo que se afasta do conteúdo normatizado, é negada a existência de fatos, quando na verdade deveria haver uma correlação entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto. A rigidez do ordenamento jurídico tem um efeito perverso, porque ao mesmo tempo em que não alcança a finalidade pretendida (proteger como um todo a sociedade para a qual foi criado), não consegue esconder as formas “não legais” de conduzir a vida escolhida pelas pessoas. As pessoas, na busca constante pela felicidade, acabam por reunir-se de forma espontânea, que muitas vezes não encontram previsão legal. Uma entidade familiar não se mantém unida pela lei, mas sim pela afetividade existente entre seus

³¹ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p. 51.

³² LOBO, Paulo Luiz Netto. *Repersonalização das famílias*, p. 143/144.

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família...*, p. 73/74.

membros. Não é através da imposição de normas de conduta que será consolidada a estrutura familiar. Tratando do assunto, Álvaro Villaça AZEVEDO ensina que

A enumeração [legal] de formas de constituição de família não é, nem poderia ser, taxativa; primeiramente, porque não é a lei que escolhe o modo de constituir família; depois, porque as enunciadas não esgotam essas formas de constituição. A família nasce espontaneamente, como uma instituição social que é.³⁴

Não obstante a interpretação constitucional que permite dar às entidades familiares uma base afetiva, a Justiça ainda parece não enxergar realidades que evoluem a cada dia, baseadas no afeto entre os indivíduos. Esse distanciamento dos parâmetros de comportamento “normais” não pode constituir injustiças.

Cada forma familiar tem seu papel no desenvolvimento da pessoa, motivo pelo qual adquire relevância jurídica e merece ser protegida. Não pode haver, portanto, a “abstrata superioridade”³⁵ do modelo familiar nuclear em relação aos demais. Qualquer relação associativa familiar não fundada no casamento, desde que respeite os valores e os princípios da ordem pública, representa uma formação social potencialmente idônea para a realização dos interesses de seus membros, merecendo assim proteção do ordenamento jurídico.

A evolução do conceito de família está ligada ao próprio avanço e às conquistas do homem e da sociedade, “não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a idéias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto”.³⁶ A família é um direito difuso do indivíduo, núcleo natural e fundamental da sociedade, que não aceita discriminações anti-humanas ou exclusões desumanas, mas que deve existir em favor da plenitude humana.

4 A MORADIA E O BEM DE FAMÍLIA

³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 168/169.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 244.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. n. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 2004. p. 59.

4.1 A GARANTIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

A pessoa humana, em decorrência da dignidade que lhe é assegurada, tem direito a um patrimônio mínimo indispensável ao seu desenvolvimento. É uma garantia que se sobrepõe aos interesses dos credores, e que se encontra ao lado dos demais atributos inerentes à condição humana. Nesse sentido, Luiz Edson FACHIN afirma que “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”.³⁷ A vinculação do direito fundamental social à moradia tem estreita ligação com a garantia de um mínimo existencial.

Essa imunidade própria do ser humano, seja ele qual for, visa assegurar a todos a existência digna, conforme previsto nos arts. 5º, caput, e 170, da Constituição Federal. O conceito de patrimônio mínimo está ligado à verificação concreta da satisfação plena das necessidades do indivíduo, baseada no princípio da dignidade humana. Assim, o que se vê é a transposição do centro da relação jurídica para a pessoa e seus valores, enquanto que o patrimônio foi deslocado para segundo plano.

A garantia de um patrimônio mínimo está ligada à superação da compreensão formal dos indivíduos como sujeitos de direitos. A dignidade da pessoa humana deve ser buscada concretamente, diante do mundo real em que se vive e no qual há pessoas concretas, com direitos, anseios e necessidades palpáveis.

Há a primazia da pessoa sobre a norma, porque o direito se constitui a partir do indivíduo e só existe em função deste. Da pessoa emana um conjunto de direitos fundamentais, norteadores de toda a aplicação jurídica posterior. Isso se verifica a partir da Constituição Federal de 1988 e agora com o Código Civil de 2002, que pretendem recuperar a preponderância da pessoa frente ao patrimônio.

O patrimônio mínimo possui um sentido social, e deve ser definido tendo em vista a coletividade, principalmente porque a pessoa está inserida num contexto social. Da mesma maneira, a pessoa tem que receber da norma um tratamento diferenciado daquele dispensado às coisas. Em decorrência disso deve o direito valorar a vida humana em sua concretude, sem se prender ao formalismo legal. Como consequência,

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico...*, p. 01.

o patrimônio deve ser visto como um instrumento para o desenvolvimento integral da pessoa humana.

Para superar a proteção meramente infraconstitucional do bem de família, é necessária uma interpretação hermenêutica de suas regras, aplicando a noção de patrimônio mínimo e da garantia da vida digna para todas as pessoas. É na Constituição, em especial, que se encontram todos os princípios norteadores dessa garantia, protegendo em primeiro plano a pessoa.

O bem de família garante ao devedor um patrimônio mínimo, porque retira o bem da órbita da executoriedade, sem afetar, porém, o direito material de crédito. A garantia é do credor, mas a lei pode criar garantias ao devedor para proteção de seus valores extrapatrimoniais, impondo limites à proteção creditícia. Dessa forma busca-se o equilíbrio entre os interesses envolvidos, devendo prevalecer sempre os que se referem à dignidade da pessoa humana.

A garantia de um patrimônio mínimo demonstra o caráter instrumental da esfera patrimonial em relação à pessoa, que é o fim principal a ser atingido. Entretanto, não significa a exacerbação do indivíduo, mas sim o respeito à pessoa numa concepção contemporânea.

Não obstante a falta de previsão legal do patrimônio mínimo para todos os casos, isso não significa a sua não admissão no ordenamento e na realidade, tendo em vista sua essencialidade para a garantia da vida digna. Leva em conta os interesses que merecem especial tutela, porque dirigem-se à realização das necessidades básicas dos indivíduos.

O credor deve observar os princípios fundamentais e os valores expressos pela Constituição Federal quando pretende satisfazer-se por meio da execução judicial. O patrimônio do devedor, naquilo que é essencial para a manutenção de uma vida digna, ganha especial proteção. A noção de que o patrimônio do devedor serve como garantia do credor não deve ser considerado uma presunção absoluta: os bens impenhoráveis ou inalienáveis a ela não se submetem. Tais bens são assim considerados como resultado da discricionariedade do legislador, que leva em conta os interesses sociais e humanitários superiores.

Por outro lado, não é correto pensar que a pretensão creditícia se tornou ilegítima.³⁸ Trata-se apenas de um limite imposto ao credor naquilo que se refere ao patrimônio colocado à sua disposição. O bem de família é uma dessas restrições, diante do qual a execução do credor pára. A célula familiar é eleita como um bem intocável, por ser instituto de grande valor social e fator de desenvolvimento dos indivíduos.

Com base nessa concepção é que o Estado elegeu à residência familiar como um bem impenhorável, em prol de valores diversos, que tem maior destaque frente à garantia patrimonial que aproveita aos credores. O imóvel utilizado como lar de uma família é impenhorável porque busca evitar reduzir a pessoa a uma situação incompatível com a dignidade humana. Essa vida digna deve ser definida no contexto em que é exercida, conforme o padrão social do devedor.

Na aplicação das leis que restringem a constrição judicial de certos bens, o magistrado deve sempre observar o fim social para o qual elas foram editadas, evitando assim abusos ou injustiças. A noção de patrimônio mínimo representa um espaço de luta constante entre pretensões e interesses diversos, motivo pelo qual a análise deve se dar sempre com base nas garantias fundamentais.

O patrimônio e o Direito como um todo devem ser vistos a serviço da pessoa, como meio para alcançar a felicidade individual e o bem-estar coletivo. O denominado patrimônio mínimo, segundo Luiz Edson FACHIN, “não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo”.³⁹ Portanto, a idéia de patrimônio mínimo está ligada à noção de necessidade econômica e social, justificada pelo direito fundamental a uma vida digna. O direito tem como função garanti-la, tendo como fim o respeito à pessoa e aos seus interesses, calcados nos princípios constantes no texto constitucional.

4.2 A MORADIA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

³⁸ Segundo FACHIN não se pode pensar que a proteção inexpugnável do patrimônio gera uma vantagem exagerada em favor de uma das partes da relação jurídica. É apenas um elemento protetivo no reconhecimento material das desigualdades. (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico...*, p. 251).

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p. 280/281.

O direito à moradia é necessidade primária do homem e condição indispensável para uma vida digna, pois a casa é o asilo inviolável da pessoa e a base de sua individualidade. A moradia serve como proteção da vida, da saúde e da liberdade dos seres humanos, motivo pelo qual é considerada pela Constituição um direito social dos cidadãos.⁴⁰ Para ser alguém no mundo a pessoa precisa ser em algum lugar, pois a condição humana necessita de uma referência espacial determinada, segura e inviolável, onde o sujeito possa ter a garantia de desenvolver sua personalidade.

A inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais foi a única inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 26/2000⁴¹. Tal fato demonstra o especial zelo do constituinte pelo valor jurídico representado pela família e pela dignidade humana e, assim, sua preocupação em fornecer amparo legal ao extensivo apelo de juristas para a questão da justiça.

Já no século XIX podiam-se encontrar nas cartas constitucionais regras que determinavam a inviolabilidade domiciliar como uma garantia do cidadão, como uma forma de proteção da pessoa, uma vez que o lar era considerado o lugar no qual o homem encontrava a paz e a privacidade. Mas esta era uma preocupação restrita do direito público, porque o direito privado (enquanto era possível falar dessa divisão) estava interessado na função do instituto, e na representação patrimonial que ele podia ter. Tanto é que sempre se relacionou a idéia de domicílio com a propriedade nos códigos civilistas.

⁴⁰ Somente em 14 de fevereiro de 2000 o Congresso Nacional supriu a lacuna, promulgando a Emenda Constitucional n.º 26 proposta pelo senador Mauro Miranda, alterando o texto do art. 6º, incluindo entre os direitos sociais o direito à moradia, com aplicabilidade direta e imediata.

⁴¹ Conforme ensina Ingo Wolfgang SARLET, em que pese o direito à moradia ter sido incorporado ao texto constitucional vigente, na condição de direito fundamental social expresso, somente com a Emenda Constitucional n.º 26/2000, poder-se-ia sustentar que o direito à moradia já era consagrado na ordem interna, pelo menos na condição de materialmente fundamental, por conta do art. 5º, §2º, da Constituição Federal (tratados internacionais em matéria de direitos humanos estão incorporados ao direito interno). De outro lado, já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, como por exemplo quando trata do salário mínimo (art. 7º, IV), e da vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e arts. 170, III e 182, §2º). Ademais, para além disso sempre se pôde reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). (SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista de Direito do Consumidor. n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-jun, 2003. p. 205/206).

Entretanto, como analisado anteriormente, hoje já não se pode mais falar na dicotomia entre direito público e privado. A Constituição assume hoje papel central no ordenamento, do que decorre uma preocupação generalizada com a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, com a garantia da moradia.

O direito à família remete ao recinto familiar, ao lar onde residem os seus componentes. O lar é o teto da família, cuja base é o afeto, representado principalmente, pelo direito ao amor. O direito ao afeto representa o primeiro dos direitos humanos operacionais da família, seguido pelo direito ao lar, à moradia da família. O lar é o recinto basilar da entidade familiar, onde os indivíduos se desenvolvem, e onde vêm completar-se a sua identificação pessoal. A partir daí surge a necessidade de proteção da moradia e do bem de família, entre outros.

É na proteção da célula familiar que o Estado se baseia precipuamente e isso se apresenta num primeiro plano como a garantia da habitação. O direito à moradia representa um dos elementos da dignidade da pessoa humana, princípio básico garantido pelo texto constitucional de 1988. A violação do lar representa a quebra da última proteção do homem frente aos percalços da sociedade.

O direito à moradia pode ser visto em dois ângulos distintos: a um, como direito negativo, com o condão de bloquear ações contrárias, como no caso da vedação da penhora e, a dois, como direito positivo, servindo como fundamento para que o Estado atue assegurando o acesso a uma moradia, através de medidas jurídicas e materiais.

A Constituição Federal, em seu art. 6º, alçou a moradia ao *status* de direito constitucional fundamental. O direito à moradia é considerado como um dos direitos de segunda geração, também chamados de liberdades positivas. Por ser um direito social tem como característica ser inviolável e imperativo. Isso porque o indivíduo sem moradia não alcança sua identidade, indispensável ao seu desenvolvimento pessoal e de toda a comunidade. Sobre o tema ensina Rui Geraldo Camargo VIANA:

Direito humano rotulado de direito social, como se quis qualificar o instituto, inserindo-o no art. 6º da Constituição, como se de menor expressão fosse do que os

elencados no art. 5º, sua relevância, entretanto, o qualifica como imprescritível, irrenunciável, inviolável, universal e, sobretudo, dotado de efetividade.⁴²

Não obstante estar inserido no rol dos direitos sociais, o direito à moradia também possui um aspecto individual, no sentido de que está diretamente ligado ao conceito de pessoa humana e de sua dignidade. A moradia é um direito básico e elementar de cada ser humano, sendo o objetivo da norma constitucional a preservação do direito do indivíduo à moradia, visando beneficiar toda a sociedade. Portanto, “não se justifica o sacrifício do direito à moradia de uma pessoa ou de algumas delas, sob o pretexto do benefício social”.⁴³

O direito à moradia é, destarte, garantido em função da família e dos indivíduos que a compõe, de forma a garantir a dignidade de qualquer um, porque direito personalíssimo, fundamental e humano, diante de sua ligação com a necessidade básica de sobrevivência do indivíduo.

É dever do Estado e da própria sociedade criar meios pelos quais seja esta dignidade assegurada, uma vez que a sua supressão ou desconsideração fere os mais elementares valores da vida. A eficácia do direito à moradia deve ser objeto de permanente otimização pelo ente estatal, decorrendo daí a finalidade reconhecida ao bem de família, que é

ser mais um meio de proteção da família, garantindo-lhe um teto relativamente intocável, (...) de pleno acordo com o próprio art. 226, caput, da CF/1988, que eleva a família à condição de base da sociedade e merecedora de proteção especial do próprio Estado.⁴⁴

Portanto, o bem de família pode ser entendido como o imóvel sobre o qual a lei garante e resguarda o direito da família em permanecer no lar. A lei n.º 8.009/90 introduziu a impenhorabilidade do bem de família para garantir o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, sem que responda por qualquer dívida. Nas palavras de Álvaro Villaça AZEVEDO,

⁴² VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O direito à moradia*. Revista de Direito Privado. n. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-jun, 2000. p. 10.

⁴³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 125.

⁴⁴ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Da instituição do bem de família no caso de união estável*. Revista de Direito Privado. n. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-jun, 2004. p. 177/178.

o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.⁴⁵

É diante desse novo rumo advindo com a Carta Constitucional de 1988 que os institutos do direito brasileiro começam a transformar-se, moldando-se conforme a nova realidade que se apresenta. Neste sentido, Anderson SCHREIBER entende que “antigos institutos do direito civil tradicional devem ser funcionalizados à proteção do direito à moradia, como aspecto fundamental da dignidade humana”.⁴⁶ No que diz respeito ao Código Civil de 2002, os arts. 1712⁴⁷ e 1717 são expressos em determinar que a destinação do bem de família deve ser o domicílio da família.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção da família servem como base para a garantia do bem de família. Tanto a Lei n.º 8.009/90 quanto o Código Civil contém disposições acerca do bem de família, que devem ser interpretadas concomitantemente visando sempre a proteção da moradia e das necessidades de cada indivíduo. A impenhorabilidade do bem de família é uma norma de ordem pública, tamanha a sua importância, e que, em alguns casos, independe da manifestação de vontade do proprietário do bem.

Dessa forma ganha importância uma nova definição do bem de família, voltado para a proteção não apenas da residência de uma família em seu sentido mais tradicional, mas do indivíduo enquanto pessoa titular de direitos. A impenhorabilidade do bem de família garante um verdadeiro asilo familiar. O bem de família representa o patrimônio num sentido protetivo do núcleo familiar, garantindo meios materiais razoavelmente necessários – e não somente mínimos – para o desenvolver do homem.

A interpretação das normas relativas ao bem de família deve-se dar de forma a garantir a maior proteção possível da moradia, fundada nos direitos sociais previstos

⁴⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família...*, p. 93.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos (org)... et al. *Diálogos sobre o Direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.

⁴⁷ Código Civil, art. 1712. “O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar (...)”.

no art. 6º da Constituição Federal e relacionado com o novo conceito de família decorrente do texto do art. 226 também da Carta Magna.

Nesse sentido, deve-se interpretar a norma relativa ao bem de família – em especial o art. 1º da Lei n.º 8.009/90 – como garantidora não apenas da família, mas do direito à moradia, como direito fundamental da pessoa humana. E não são apenas aquelas pessoas reunidas dentro de um seio familiar formalmente instituído que merecem tal proteção, mas sim todos os indivíduos da sociedade.

Nesse sentido, afirma Marcial Barreto CASABONA que:

Pode-se concluir que, ainda que o Estado não possa ser compelido a fornecer moradia porque para tanto a inexistência de recursos justifica a abstenção, sem dúvida está no mínimo obrigado a tomar em consideração a proteção constitucional à moradia quando julga casos relacionados à penhorabilidade da residência, seja de uma pessoa, seja de uma família.⁴⁸

Portanto, ao tratar do bem de família previsto na Lei n.º 8.009/90 ou no Código Civil, deve-se dar uma interpretação extensiva sempre beneficiando o direito à moradia, como escopo do princípio da dignidade da pessoa humana. O que se protege é a moradia, a cidadania e a dignidade de toda e qualquer pessoa.

A Lei n.º 8.009/90 tem um sentido social muito forte, porque suas normas precisam ser dirigidas à pessoa em seu individualismo: não se protege um número de pessoas, mas sim o sujeito em “carne e osso”, em suas peculiaridades e necessidades.

Pode-se afirmar, portanto, que seja qual for o *status familiae* da pessoa, ela terá direito à impenhorabilidade do bem de família, porque é sujeito de direito e como tal merece ter a sua dignidade protegida. Tal concepção ganha espaço com o novo conceito de família decorrente da Constituição Federal, que dá proteção a toda e qualquer reunião de indivíduos ligados por laços de afeto.

A dignidade da pessoa humana se estende não apenas àqueles indivíduos pertencentes a uma família tradicional, mas também aos que compõe qualquer outro grupo afetivo da sociedade. Pode-se falar ainda na aplicação do instituto do bem de família à pessoa solteira, que vive sozinha. Da mesma forma todos estes merecem proteção e garantia de um lar inatingível. O artigo 1º da Lei n.º 8.009/90 deve,

⁴⁸ CASABONA, Marcial Barreto. *O conceito de família...*, p. 382.

portanto, ser agora interpretado sob a ótica do direito à moradia, que representa um dos aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana.

A moradia do homem e sua família justifica a impenhorabilidade do bem de família, isso porque a moradia constitui um direito fundamental de segunda geração, e como tal deve ser garantido pela sociedade e pelo Estado. Como direito social, tem como finalidade assegurar o atendimento às necessidades dos cidadãos e conservar a igualdade entre eles, em prol da democracia.

Conclui-se que o instituto do bem de família garante a preservação de um lugar onde o ser humano possa residir e existir geograficamente, assegurando um mínimo existencial necessário para a sobrevivência e desenvolvimento do sujeito, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Representa uma exceção à regra de que o patrimônio do devedor é a garantia do credor. O bem de família existe porque ao lar familiar é atribuído um valor de uso superior àquele que ele representa economicamente, pois é garantidor da existência do sujeito. Entretanto, ressalta Ingo Wolfgang SARLET que

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.⁴⁹

Isso ganha importância na sociedade atual, marcada pela prevalência do valor de troca das coisas diante do seu valor de uso, ou seja, de acordo com as idéias de Eroulths CORTIANO Jr, as coisas passaram a existir por aquilo que em realidade não eram, revelando o papel central que a economia ocupa no mundo globalizado. “As coisas distanciam-se de seu valor de uso – seu referencial concreto para o homem – e se transformam em mercadoria”.⁵⁰ Para transformar esse cenário, é preciso ver as coisas a partir do valor de uso que possuem, impedindo muitas vezes sua trafegabilidade jurídica.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais... , p. 564.

⁵⁰ CORTIANO Jr, Eroulths. Para além das coisas... , p. 158.

O bem de família serve como parâmetro para afastar o valor meramente econômico da coisa, dando a ela uma importância mais humana. No caso do imóvel declarado impenhorável, protege-se o valor de uso da residência, visando garantir um mínimo concreto de garantia existencial. É uma verdadeira exceção à regra que determina que o imóvel é garantia patrimonial pelas dívidas de seu proprietário.

Essa nova interpretação que deve ser dada à Lei n.º 8009/90 inclui uma ampliação no alcance do bem de família. A proteção legal ganha maior espaço diante da aplicação dada pela jurisprudência, no que diz respeito à sua impenhorabilidade, extensível a diversas situações. Tendo como base o núcleo existencial da pessoa humana, ou seja, sua dignidade e os meios necessários para seu alcance e manutenção, a moradia permanece a salvo de qualquer dívida ou obrigação patrimonial assumida pelo devedor. Reconhece-se que os bens, mais do que representarem um fim em si mesmo, servem para a sobrevivência física e moral das pessoas.

Na busca de garantir um abrigo digno e habitável para a família, esta deve ser entendida de modo favorável, nos termos daquilo que pretende a Constituição Federal. O imóvel residencial e os bens móveis que o guarnecem não devem ser vistos, nas palavras de Eroulths CORTIANO Jr, como

Uma titularidade abstrata sobre coisas que se abstraem porque mercadorias, mas uma titularidade funcional, dirigida à manutenção da dignidade da pessoa humana, e exercitável sobre coisas concretas porque tem importância concreta para o homem.⁵¹

Portanto, para a garantia da moradia digna o conteúdo do designado mínimo existencial reclama uma compreensão sempre vinculada à situação concreta da dignidade e das necessidades materiais correspondentes para cada pessoa humana, servindo como pauta para a concretização da eficácia dos direitos sociais nas relações privadas.

4.3 BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO E LEGAL

⁵¹ CORTIANO Jr, Eroulths. Obra citada. p. 163.

Para proteger o lar e a residência da família pode-se classificar o instituto do bem de família em legal e voluntário, sendo que as duas espécies coexistem.

O bem de família voluntário está previsto nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil, e se constitui por atitude voluntária do proprietário do bem (móvel ou imóvel), visando a proteção de sua família. Nesse caso a instituição do bem de família é feita por escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Para constituição do bem de família voluntário é necessária a presença dos seguintes requisitos: propriedade do bem por parte do instituidor (cf. art. 1.711, CC), destinação específica de moradia da família e a solvabilidade do instituidor.⁵² Percebe-se pelos requisitos, que a lei exige que o imóvel se destine ao domicílio da família.

Já o bem de família legal (ou involuntário) está regulamentado na Lei n.º 8.009/90, e constitui-se independentemente da iniciativa do proprietário do bem (móvel ou imóvel). Por esse motivo pode-se considerar o Estado como instituidor do bem de família, criado por norma de ordem pública que protege, assim, o patrimônio de todas as famílias. Nas palavras de Álvaro Villaça AZEVEDO,

É certo que a Lei 8.009/90, conferindo essa proteção à família, fê-lo de modo mais amplo do que a prevista no Código Civil. Neste, a instituição do bem de família depende de iniciativa do instituidor, por isso que voluntário; naquela, a impenhorabilidade do bem de família criou-se por norma de ordem pública, tornando ineficaz, quanto ao mesmo bem, a execução de dívidas do instituidor, mesmo que anteriores à lei.⁵³

Entre os requisitos para sua instituição aparecem a destinação específica e a propriedade do bem, sendo este último passível de críticas atualmente.

Dar-se-á maior importância nesse trabalho ao bem de família legal ou involuntário, que torna isento de penhora o imóvel que serve como residência e seus acessórios, por força de lei.

5 ALCANCE DO BEM DE FAMÍLIA

⁵² SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Da instituição do bem de família...*, p. 180.

⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família...*, p. 166.

No que concerne ao plano legislativo, as normas que se referem à família revelam certas transformações, operadas não apenas no ordenamento jurídico, mas principalmente na cultura e na sociedade. É papel do Direito enfrentar essas mudanças, porque a complexidade das relações atuais não deixa espaço para a aplicação racional das respostas simples e acabadas. E ademais, porque a validade do direito não é dada apenas pela análise das leis, mas principalmente pela observância dos princípios constitucionais reconhecidos pela ordem jurídica.

Em regra, a composição dos conflitos entre particulares ou entre Estado e o particular tem sua solução definida na própria lei, estando de acordo com os princípios constitucionais, não sendo necessário a intervenção do Judiciário, sob pena de extrapolar sua competência. Entretanto, em certos casos, a previsão legal viola direitos fundamentais ou princípios constitucionais, sendo então dever do órgão jurisdicional corrigir as ausências ou insuficiências da lei, de forma a extrair delas os seus efeitos jurídicos, de acordo com os ditames da Constituição Federal. No que se refere ao direito à moradia e ao bem de família, Ingo Wolfgang SARLET assevera que

O caso do direito à moradia bem ilustra a correção desta afirmação. Quando o Poder Judiciário (situações que hoje são absolutamente corriqueiras) deixa de aplicar, no caso concreto, a legislação que expressamente prevê a possibilidade de penhora do imóvel do fiador de uma relação locatícia ou mesmo do imóvel do condômino, mesmo em face de uma cobrança de débitos condominiais, se está tão somente reconhecendo a inconstitucionalidade de parte de uma opção (portanto, também e em certo sentido, de uma ponderação) legislativa prévia que concretizou o dever de proteção estatal em relação à moradia e desta em face de outros bens constitucionalmente tutelados. Em última análise, se está a dizer que a legislação que impediu a penhora nas demais situações também passa a se aplicar às hipóteses originariamente excepcionadas. De mesma forma acaba-se partindo (e é correto que assim o seja) da mediação já efetuada pelo legislador, quando se estende – como já fez o nosso Superior Tribunal de Justiça - a proteção da legislação a respeito do bem de família às uniões estáveis e até mesmo a outras hipóteses, ainda que uma ou outra dessas decisões possa ser questionada, se não quanto a seu resultado, no que diz com a fundamentação utilizada pelos órgãos jurisdicionais.⁵⁴

Analisando-se o conceito de família sob a ótica da impenhorabilidade do bem de família, resta claro que as entidades previstas expressamente no art. 226 da Constituição Federal – casamento, união estável e família monoparental – têm o

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais... , p. 576.

imóvel utilizado como sua residência garantido. As discussões ganham espaço no que diz respeito às novas entidades familiares existentes em grande número na sociedade.

Ressalte-se que a enumeração prevista no art. 226 da Constituição Federal não pode ser considerada *numerus clausus*, mas sim como uma lista meramente exemplificativa das diversas formas familiares existentes na sociedade. Partindo do pressuposto de que todas as pessoas merecem igual proteção, porque garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, excluir da ordem jurídica realidades familiares existentes resultaria no fechamento da evolução do direito de família. Ademais, haverá família sob diversas formas, sempre que houver a possibilidade de se relacionar e de expressar o amor.

O Código Civil não consegue abarcar todos os aspectos da realidade que ele se propôs a defender. A sociedade está em constante evolução e institutos como o bem de família ganharam espaço fora da codificação. A proteção prevista na lei limita a proteção do imóvel da família na sua extensão e no seu valor, o que acaba por desamparar grande parte dos núcleos familiares.

Com a evolução gradual do direito e da sociedade, os tribunais passaram a tutelar situações familiares diversas, que independem da união formal. Após a Constituição de 1988 foi perceptível essa mudança nas leis que se referem à família, tal como a própria Lei n.º 8.009/90, que estendeu às entidades familiares a possibilidade de instituir o bem de família. Ocorre que, não basta incluir como entidade familiar apenas a união estável e a família monoparental, porque habitar é fundamental para toda pessoa humana, independente do modo através do qual surjam os laços de afetividade.

O bem de família visa, primordialmente, tutelar os interesses familiares. Tendo em vista as novas entidades familiares que se apresentam hoje, o regime jurídico do bem de família deve ganhar novos contornos, revelados principalmente pela doutrina⁵⁵ e jurisprudência. Toda espécie familiar passou para a égide do Estado, merecendo, portanto, a mesma proteção. Sob esse prisma, Álvaro Villaça AZEVEDO assevera que

⁵⁵ Neste sentido FACHIN enuncia que “todas essas hipóteses devem ser apreciadas, no caso concreto, com cautela e atenção a um princípio maior. Tal princípio orienta-se pelo interesse social de assegurar uma sobrevivência digna aos membros da família, realizando, em última instância, a dignidade humana”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico...*, p. 154).

a proteção da família, hoje, deve ir além da sua mera sobrevivência física; deve impregnar-se de conteúdo integrativo para que ela, como uma célula integrada na sociedade, possa, sendo respeitada, exercer a verdadeira função social como produtora e encaminhadora dos seres, sob a vigilância sempre presente do próprio Estado, que dela depende para estruturar-se solidamente.⁵⁶

Especialmente a jurisprudência de nossos tribunais tem dado especial atenção ao bem de família e a mudança de função que adquire diante da nova realidade social. O alcance da proteção legal a ele conferido vem aumentando significativamente, o que representa que o imóvel residencial é agora garantido como o lugar da moradia de todo o ser humano, sem importar a maneira como convive em família.

A lei não escolhe o modo de constituir família, portanto, a interpretação do texto legal deve ser feita da forma mais ampla possível. Assim, há que se considerar que basta que um dos integrantes do lar seja proprietário do imóvel para que este constitua um bem de família.

Além da propriedade do imóvel é necessário que ele sirva de residência para os membros da entidade familiar, então, seja o domicílio familiar⁵⁷. A lei objetiva com isso, não a proteção exclusiva do devedor, mas de toda a sua família.

Atualmente, vem se solidificando no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que o imóvel considerado bem de família pode ser objeto de contrato de locação, mantendo inalterada a sua impenhorabilidade, conforme demonstram os seguintes acórdãos:

“BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IRRELEVÂNCIA. ÚNICO BEM DOS DEVEDORES. RENDA UTILIZADA PARA A SUBSISTÊNCIA DA FAMÍLIA. INCIDÊNCIA DA LEI 8.009/90. ART. 1º. TELEOLOGIA. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. RECURSO ACOLHIDO. I - Contendo a Lei n. 8.009/90 comando normativo que restringe princípio geral do direito das obrigações, segundo o qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que a norteia, a levar em linha de consideração as circunstâncias concretas de cada caso. II – Consoante anotado em precedente da Turma, e em interpretação teleológica e valorativa, faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da

⁵⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família...*, p. 124.

⁵⁷ Segundo AZEVEDO, o domicílio familiar é entendido a partir de um elemento objetivo – residência dos integrantes da família em um determinado local, e um elemento subjetivo – o ânimo de permanecer neste local em caráter definitivo. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada. p. 171).

renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família”.⁵⁸

“RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BENS DE FAMÍLIA – LEI N. 8.009/90 - ÚNICO IMÓVEL DA FAMÍLIA LOCADO A TERCEIROS - IMPENHORABILIDADE - PRECEDENTES. Predomina nesta Egrégia Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade da família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei n. 8.009/90). Com efeito, o escopo da lei é proteger a entidade familiar e, em hipóteses que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas. "Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família. (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 21.06.99). Recurso especial não provido”.⁵⁹

Conforme ensina Luiz Edson FACHIN⁶⁰, admite-se, excepcionalmente, que o devedor alugue seu único imóvel, para morar com a família em outro menor e alugado, aplicando-se também o instituto do bem de família.

5.1 BENS MÓVEIS

Qualquer habitação digna não pode prescindir de bens móveis, que permitam conforto e bem-estar para seus integrantes. Essa idéia ganha sentido se levarmos em consideração que a impenhorabilidade dos bens revela-se, mais que um fim em si mesma, um meio para usufruir da habitação familiar digna.

O legislador determinou a impenhorabilidade de alguns bens móveis visando impedir a aniquilação do homem, se retirado dele os meios materiais necessários para a sua sobrevivência. A residência do devedor e seus bens móveis, isentos de penhora, são patrimônios mínimos para a proteção da célula familiar. Tal proteção também se estende aos móveis da residência do locatário, ainda que guarneça imóvel alheio.

⁵⁸ STJ, REsp 315979 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/03/2003, DJ 15/03/2004.

⁵⁹ STJ, REsp 462011 / PB, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 04/11/2003, DJ 02/02/2004.

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico...*, p. 147.

A lei refere-se aos bens móveis que guarnecem a residência, cabendo ao intérprete determinar quais desses bens são supérfluos e aqueles que escapam da execução. Deve ser observada sempre a finalidade da impenhorabilidade dos bens móveis, que é resguardar a dignidade dos integrantes da família.

O art. 2º da Lei n.º 8.009/90 traz exceções à regra da impenhorabilidade dos bens móveis que guarnecem a residência da família, determinando a possibilidade de penhorar-se veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Tal regra encontra amparo na finalidade do instituto do bem de família, que é a de resguardar a dignidade da família, e não a suntuosidade ou a ostentação.

A jurisprudência vem adotando posições que levam em conta o fim social ao qual se dirige a Lei n.º 8.009/90. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. APARELHO DE TELEVISÃO, JOGO DE SOFÁ, FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR ROUPA E MÁQUINA DE LAVAR LOUÇA. IMPENHORABILIDADE. VIDEOCASSETE. PENHORABILIDADE. PRECEDENTES. HERMENÊUTICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A lei 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.

II - O aparelho de videocassete, no entanto, salvo situações excepcionais, não se inclui entre os bens impenhoráveis, consoante orientação acolhida pela turma.

III - Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5.º LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeição aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina”.⁶¹

“PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR E SECAR ROUPAS E MICROONDAS. IMPENHORABILIDADE. TECLADO MUSICAL. ESCOPOS POLÍTICO E SOCIAL DO PROCESSO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - Não obstante noticiem os autos não ser ele utilizado como atividade profissional, mas apenas como instrumento de aprendizagem de uma das filhas do executado, parece-me mais razoável que, em uma sociedade marcadamente violenta como a atual, seja valorizada a conduta dos que se dedicam aos instrumentos musicais, sobretudo quando sem o objetivo do lucro, por tudo que a música representa, notadamente em um lar e na formação dos filhos, a dispensar maiores considerações. Ademais, não seria um mero teclado musical que iria contribuir para o equilíbrio das finanças de um banco. O processo, como cediço, não tem escopo apenas jurídico, mas também político (no seu sentido mais alto) e social.

⁶¹ STJ, Resp. 162998/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 16/04/1998.

II - A Lei 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.

III -Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar exegese construtiva e valorativa, que se afeioe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina”.⁶²

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BENS DE FAMÍLIA. MÁQUINA DE LAVAR LOUÇA, MICROONDAS, FREEZER, MICROCOMPUTADOR E IMPRESSORA. LEI N. 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. PRECEDENTES. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual "são impenhoráveis todos os móveis guarnecedores de um imóvel de família, recaindo a proteção do parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 8.009/90 não só sobre aqueles indispensáveis à habitabilidade de uma residência, mas também sobre os usualmente mantidos em um lar comum. Excluem-se do manto legal apenas os veículos de transporte, objetos de arte e adornos suntuosos" (REsp 439.395/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 14.10.2002). In casu, foram penhorados uma máquina de lavar louça, um forno de microondas, um freezer, um microcomputador com acessórios e uma impressora. Os mencionados bens, consoante jurisprudência consolidada desta Corte Superior de Justiça, são impenhoráveis, uma vez que, apesar de não serem indispensáveis à moradia, são usualmente mantidos em um lar, não sendo considerados objetos de luxo ou adornos suntuosos. Precedentes. Recurso especial provido”.⁶³

Verifica-se que o legislador pátrio preocupa-se não apenas em possibilitar aos indivíduos uma moradia digna, mas através da impenhorabilidade dos bens móveis reflete os valores da sociedade na qual a lei deve ser aplicada, de modo a não desfigurar o desenvolvimento dos integrantes da célula familiar, garantindo-se os móveis que geralmente guarnecem um lar comum.

5.2 DEVEDOR SOLTEIRO

Partindo-se da interpretação literal do texto da Lei n.º 8.009/90 entende-se que somente o imóvel residencial da entidade familiar é impenhorável, ficando o desamparado aquele que é solteiro ou reside só. Entretanto, esse entendimento

⁶² STJ, Resp. 218882, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02/09/1999.

⁶³ STJ, REsp. 691729 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 14/12/2004.

demonstra a prisão do juiz à lei, em uma perspectiva patrimonialista do direito civil, que dá prevalência ao crédito em detrimento do direito à moradia.

Não se pode reduzir o conceito de entidade familiar a um agrupamento de pessoas. Protege-se também aquele indivíduo que mora sozinho, porque a pessoa solteira é uma família em potência, uma célula capaz e passível de constituir uma família. Ademais, aquele que vive individualmente precisa buscar um refúgio para as vicissitudes que encontra na sociedade, devendo portanto estar protegido pelo Estado.

Merece relevante proteção a moradia da pessoa solteira, que não coabita com seus familiares, e que assim precisa uma referência espacial mais segura para desenvolver sua personalidade. Ademais, o sujeito que vive sozinho tem no lar o seu principal ponto de apoio, juntamente com os bens móveis que o guarnecem. Nesse sentido, Álvaro Villaça AZEVEDO afirma que

Eles [os solteiros] não podem ser alijados da proteção da lei, porque cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido mais restrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem na sociedade.⁶⁴

Aqueles que por qualquer razão vivem sozinhos são considerados, portanto, entidades familiares por equiparação, tendo em vista a possibilidade de manifestar o afeto, atendendo assim ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, a Lei n.º 8.009/90 deve ser interpretada de forma a proteger a pessoa, independente se ela integra ou não uma família no seu sentido tradicional.

Conforme ensina Anderson SCHREIBER “o fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro não deve ser buscado no alargamento procustiano do conceito de entidade familiar, mas no direito à moradia”.⁶⁵ A jurisprudência dos tribunais brasileiros, em especial o Superior Tribunal de Justiça, vem adotando essa posição:

“RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE - A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o

⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família...*, p. 173/174.

⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direito à moradia...*, p. 95.

lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. "Data venia", a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, "data venia", põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal".⁶⁶

“PROCESSUAL – EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL - RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. - A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 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. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário”.⁶⁷

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1 - O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência.

2 - Recurso especial conhecido e provido”.⁶⁸

Como se percebe, os aplicadores do Direito dão proteção a pessoa humana, seja qual for a maneira pela qual ela se relaciona com os demais. Como bem ressaltado nas decisões acima, a lei não está dirigida a um número de pessoas, mas sim à pessoa, em seu individualismo. O indivíduo solteiro, mais sujeito aos problemas que surgem na sociedade merece proteção especial, que deve começar com a garantia da impenhorabilidade do seu imóvel residencial.

⁶⁶ STJ, REsp 182223/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 19/08/1999.

⁶⁷ STJ, EREsp. 182223/SP, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06/02/2002.

⁶⁸ STJ, REsp. 205170/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/12/1999.

5.3 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

A relação homoafetiva, que se baseia na união entre pessoas do mesmo sexo, atravessa um acelerado processo de afirmação, o que faz com que mereça reconhecimento e proteção legal. É uma forma de entidade familiar que, embora antiga, ainda é recusada devido aos preconceitos ligados ao conceito de família. Mas nada justifica excluir os seus integrantes da garantia da dignidade da pessoa humana, e por consequência, do direito à moradia. Um Estado de Direito que tem como base a proteção dos direitos humanos familiares não deve excluir de seus cuidados indivíduos que optam por relacionamentos homoafetivos. Admitir essa exclusão representaria a negação do direito à família.

Preconceitos de ordem moral ou ética não podem levar à omissão do Estado na regulamentação e no reconhecimento de pretensões de caráter patrimonial nas relações homoafetivas. Não cabe ao direito julgar as opções sexuais das pessoas, mas apenas dar a elas as garantias que merecem, sempre buscando a justiça. O afeto, atualmente, deve ser visto como fato gerador de efeitos jurídicos.

Como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, vige também o princípio da promoção do bem de todos, o que implica no direito na busca pela felicidade. Esse direito à felicidade deve ser visto como a liberdade para a livre condução da vida do sujeito dentro de seu contexto social. A sexualidade pertence aos direitos da personalidade, por ser um direito inerente à vida. É, portanto, um direito considerado absoluto e essencial a todos os indivíduos.

A Constituição Federal brasileira é expressa ao proibir qualquer discriminação por orientação sexual. Assim, o relacionamento e a convivência de duas pessoas do mesmo sexo não pode ficar ausente de proteção legal. Da mesma forma, negar a existência das uniões homossexuais é uma hipocrisia por parte dos operadores do direito, que devem acompanhar a evolução dos tempos e a necessidade da sociedade.

A questão das minorias – entre as quais encontra-se a união homossexual – exige ações positivas de proteção nos tempos atuais. Mesmo diante da ausência de leis que regulamentem as uniões homoafetivas, deve a jurisprudência dar uma interpretação integradora acerca da matéria, sem dar lugar a qualquer forma de discriminação.

Diante das transformações da sociedade é preciso dar um novo significado à expressão *projeto de vida em comum*, o que pode ser feito a partir do humanismo e da solidariedade social. Nesse sentido, vem corroborar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“UNIAO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA. NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS , SAO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIAO ESTAVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUCA A MELHOR HERMENEUTICA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISAO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS”.⁶⁹

“RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas”.⁷⁰

É possível se inferir dos direitos fundamentais à igualdade e liberdade, além do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito dos casais formados entres pessoas do mesmo sexo, e a necessidade de um tratamento isonômico pelo Direito. Trata-se de

⁶⁹ TJ/RS, Ap.Cível nº 70001388982, 7ª C.Cv., Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j.14/03/2001.

⁷⁰ TJ-RS. Apelação Cível n.º 7000.5488812. Sétima Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 25/06/2003

impor ao Estado e à sociedade o respeito irrestrito ao direito que cada pessoa tem quanto à liberdade para se relacionar com os demais.

Apesar de ainda ser entendimento minoritário nos tribunais pátrios, a questão das uniões homoafetivas e da proteção do seu patrimônio mínimo e residencial vai aos poucos ganhando espaço. É uma realidade que o Judiciário não pode ignorar, sob pena de infringir preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, tais como a igualdade e a dignidade de cada um de seus cidadãos.

5.4 IRMÃOS SOLTEIROS COABITANTES

Seguindo a redação literal da Lei n.º 8.009/90, os Tribunais, durante muito tempo, entendiam que o bem de família se aplicava somente às entidades familiares previstas legalmente, não incidindo no caso de irmãos que vivessem juntos. Porém, a insuficiência desse pensamento tornou-se expressa em 1995, quando o Superior Tribunal de Justiça concedeu a proteção do bem de família para irmãs solteiras que viviam juntas, em execução de dívida contraída por uma delas. O fundamento utilizado no voto é que irmãs que vivem em conjunto formam uma entidade familiar, cuja moradia merece proteção legal. O acórdão tem como ementa:

“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”.⁷¹

Aplicando-se o conceito aberto e plural de família, a impenhorabilidade do bem de família se aplica ao imóvel em que vivem irmãos ou pessoas que representem entidade familiar semelhante. A jurisprudência vem acolhendo a defesa do imóvel residencial dos irmãos, conforme se observa a partir da ementa seguinte:

⁷¹ STJ, REsp 57606/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 11/04/1995.

“EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”.⁷²

Irmãos que residem no mesmo imóvel devem ser considerados uma entidade familiar, porque também entre eles há laços de afeto que dependem da existência de uma moradia digna em que possam se desenvolver. Irmãos que perdem os pais e continuam vivendo na mesma residência não podem perder a garantia legal da impenhorabilidade do bem de família, porque a família não se extingue simplesmente com a ausência dos genitores.

5.5 VIÚVOS / EX-CÔNJUGES SEPARADOS JUDICIALMENTE

Tal como no caso de irmãos solteiros que vivem juntos, também para as pessoas viúvas e ex-cônjuges separados judicialmente os Tribunais têm aplicado o instituto do bem de família, tendo em vista os laços de consangüinidade ou afetividade que justificam a ampliação. Esse entendimento, cada vez mais crescente, pode ser observado na decisão colacionada:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2 - Recurso especial conhecido e provido”.⁷³

A separação judicial ou a viuvez não são causas de extinção da entidade familiar, porque, tais como os solteiros, essas pessoas são merecedoras de tutela por

⁷² STJ, Resp. 159851/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/03/98.

⁷³ STJ, REsp 205170/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07/12/1999.

parte do Estado, porque permanecem com o direito a uma vida e uma moradia dignas, onde possam continuar a desenvolver-se, sem ficar a mercê de proteção.

5.6 PESSOA JURÍDICA

Mesmo considerando que a Lei n.º 8.009/90 visa a proteção do imóvel residencial das pessoas físicas, nada impede que a regra da impenhorabilidade do bem de família se aplique a certas pessoas jurídicas. Ocorre, por exemplo, nos casos em que se trata de pequena empresa com conotação familiar, em que o local da atividade também funciona como moradia da família. O acórdão a seguir demonstra essa aplicação:

“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 Nº 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 sociedade 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 nº 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 conseqüência "(...) 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”⁷⁴.

Portanto, a impenhorabilidade prevista na Lei n.º 8.009/90 pode ter como destinatário pessoa jurídica caracterizada como a pequena empresa com conotação familiar, ou seja, desde que a família resida no imóvel sede da empresa.

Posição diversa é defendida por Álvaro Villaça AZEVEDO⁷⁵, para quem o imóvel pertencente à empresa não é considerado bem de família, embora de caráter residencial, porque é preciso que o imóvel seja próprio do casal ou da entidade familiar.

5.7 FIADOR

A Lei n.º 8.009/90 tratou da impenhorabilidade do bem de família, ou seja, o imóvel próprio, único e residencial do devedor não se sujeita à penhora por qualquer tipo de dívida. Posteriormente, a Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91) criou uma exceção à regra da impenhorabilidade ao determinar no art. 82⁷⁶ que o imóvel pertencente ao fiador, ainda que servisse como sua residência, poderia ser objeto de penhora, no caso de fiança concedida em contrato de locação. A penhora do bem de família por obrigação decorrente de fiança dada em contrato de locação é uma das exceções à impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor.

Ocorre que, com a elevação da moradia como um direito social (Emenda Constitucional n.º 06/2000), esta regra gerou discussões quanto a sua constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal passou a entender que o inc. VII não teria sido recepcionado pela ordem constitucional instituída pela Emenda n.º 26/2000, “violando o problema habitacional de milhões de pessoas no país”.⁷⁷

⁷⁴ STJ, REsp 621399/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/04/2005.

⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família...*, p. 175.

⁷⁶ Art. 82. “O art. 3º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII: Art. 3º (...) VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

⁷⁷ STF, AI n.º 481519-SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/03/2004.

O Supremo Tribunal Federal, através de decisão publicada em 30 de maio de 2005, proclamou a revogação da regra prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei n.º 8.009/90, que determinava a exclusão do imóvel residencial do fiador da impenhorabilidade. Tal decisão teve como base o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal no rol dos direitos sociais.

A referida decisão interpretou corretamente o contido no art. 6º do texto constitucional, dando prevalência à moradia frente a uma dívida assumida pelo fiador do contrato de locação. A norma constitucional tem a característica de imperar sobre a regra de direito privado que dispõe sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador, gerando como consequência a garantia do imóvel residencial, que se constitui num direito fundamental decisivo para o alcance da justiça social. Analisando o tema, Nagib SLAIBI Filho assevera que “a penhora da moradia de uma família é que deve estar em consonância com a proteção jus-fundamental à moradia e não o contrário, ou seja, o direito à moradia cedendo diante da proteção pura e simples ao crédito”.⁷⁸

O mesmo entendimento pode ser encontrado em decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê no julgado que teve como Relator o Ministro Félix Fischer:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. (...) II Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei n.º 8.009/90, não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 26/2000)”.⁷⁹

A impenhorabilidade do bem de família é uma norma de ordem pública, porque visa mais ao interesse da sociedade, do que do indivíduo isoladamente. A lei tem por objetivo principal a proteção da dignidade do devedor e da entidade familiar diante de interesses creditícios particulares, que ficam em segundo plano. Já a Lei do Inquilinato, como um todo, deve ser considerada uma norma de ordem privada⁸⁰,

⁷⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. *Impenhorabilidade de bem do fiador em decorrência do direito à moradia*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. N.º 65, out-nov-dez/05, Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2005. p. 15.

⁷⁹ STJ, REsp 745161 / SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 26/09/2005.

⁸⁰ GONÇALVES, Marlo Thurman. O Novo Código Civil e os efeitos das normas de ordem pública na impenhorabilidade do bem de família do fiador. Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 834, abril/05. São

motivo pelo qual suas regras não prevalecem sobre àquelas que garantem o direito à moradia. Nesse sentido a jurisprudência do STF se manifestou:

“CONSTITUCIONAL – CIVIL - FIADOR – BEM DE FAMÍLIA – IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR – IMPENHORABILIDADE. Lei n.º 8.009/90, arts. 1º e 3º, Lei n.º 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora ‘por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação’: sua não-recepção pelo art. 6º, CF, com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido”.⁸¹

O direito à moradia, como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, deve sobrepor-se aos ditames da legislação infraconstitucional quando contrária ao texto constitucional.

Isso se deve, principalmente, porque a garantia do lar não pode ser excluída somente em função de uma dívida advinda de fiança pactuada com terceiro. A pessoa do fiador não pode receber tratamento desigual, sob pena de violar o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O contrato de fiança é um contrato bilateral imperfeito, no qual há um desequilíbrio entre as partes contratantes, uma vez que a fiança é oferecida em caráter gratuito – sem contraprestação – em benefício do credor, que não contrai quaisquer obrigações com relação ao fiador.

Parece um tanto injusto que o devedor principal (locatário) não possa ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra devedor subsidiário – artigo 827 do CC) deve suportar a constrição. No mesmo sentido, a fiança, por ser um contrato acessório já que depende de uma avença principal, não pode trazer mais obrigações do que o contrato principal (locação), principalmente se tais obrigações desrespeitam a dignidade da pessoa do fiador e de sua família, que prescinde de um lar para sobreviver. Não há sustentação para fundamentar a iniquidade no tratamento do locatário devedor e do fiador.

Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36/41.

⁸¹ STF, REExt n.º 352.940-4/SP, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 25/04/2005.

Os contratos devem observar a sua função social, ou seja, devem ser interpretados de acordo com os ditames e as necessidades da sociedade para a qual existem. O contrato também deve observar interesses extracontratuais socialmente relevantes, que com ele se relacionam, tal como os fundamentos e objetivos da República descritos no art. 3º da Constituição Federal. Dessa forma, a possibilidade de penhorar-se o imóvel de domicílio do fiador não parece condizer com a condição de fundamentabilidade do direito à moradia. Assim:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. LOCAÇÃO. AMPLIAÇÃO DA PENHORA. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 685, CAPUT DO CPC. PENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. AFRONTA AO DIREITO SOCIAL A MORADIA E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ARTS. 5º, CAPUT E 6º DA CF). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É imprescindível a intimação do executado para se manifestar acerca de pedido de ampliação da penhora, ao teor do artigo 685 do caput do Código de Processo Civil.
2. Tratando-se de bem imóvel único e destinado à moradia dos fiadores estende-se à regra da impenhorabilidade, visto que o inc. VII ao art. 3º da Lei nº 8009/90 afronta o direito social à moradia (art. 6º, redação dada pela EC nº 26/00, CF) e os princípios basilares da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da isonomia (art. 5º, caput, CF).⁸²

Por todas as razões acima expostas poder-se-ia concluir que a previsão do inc. VII do art. 3º da Lei n.º 8.009/90 viola princípios norteadores do direito civil-constitucional, tais como o princípio da isonomia, porque trata desigualmente locatário e fiador, e o princípio da dignidade da pessoa humana, representado principalmente pelo direito à moradia.

Entretanto, a questão ora em estudo foi novamente examinada pelo Supremo Tribunal Federal, em 30/08/2005, no Recurso Extraordinário n.º 395.323/SP, no qual se discutia “a constitucionalidade da penhora de bem de família do fiador em contrato de locação”. O relator, Ministro Carlos Ayres Britto determinou o sobrestamento desse recurso, tendo em vista à pendência de julgamento do Recurso Extraordinário n.º 407.688, que tinha como relator o Ministro Cezar Peluso, que versava sobre a apreciação da constitucionalidade do referido inciso da lei.

⁸² TJ – PR, AI 290.542-4, 18ª C.Cv, Rel. Wilde de Lima Pugliese, j. 05/07/2005.

O Recurso Extraordinário n.º 407.688 foi julgado pelo pleno do STF em 08/02/2006, prevalecendo, por maioria de votos, a admissão da penhorabilidade do bem de família do fiador, porque “A Lei n.º 8.009/90 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família do fiador” e que “o cidadão tem a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel, e nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica”. O voto divergente entendeu que “a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia seria um direito fundamental de segunda geração, o que tornaria indisponível o bem de família para a penhora”⁸³.

Diante de tal decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, e apesar dos fortes argumentos contrários à penhora do bem de família do fiador, foi fixado agora a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador para garantir dívida decorrente de contrato de locação. Aqueles que defendem essa corrente alegam que a impenhorabilidade do bem de família do fiador seria prejudicial ao direito à moradia de grande parte da população que não possui casa própria, porque dificultaria o acesso ao mercado imobiliário e encareceria as locações⁸⁴.

Tendo em vista a nova posição adotada pela Corte Suprema, ainda que não unânime, os Tribunais tem seguido a determinação que permite a penhora do bem que serve como moradia do fiador.⁸⁵

Entretanto, o tema está longe de ser consenso. O julgamento do recurso extraordinário em fevereiro deste ano não foi unânime: três ministros votaram pela prevalência do direito social à moradia sobre o direito individual e a responsabilidade de ser fiador. O tema é polêmico e a discussão está apenas no começo.

⁸³ Disponível no site do Supremo Tribunal Federal, www.stf.gov.br. – últimas notícias de 13/02/2006.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. *Bem de famílias*. Boletim IBDFAM. n. 39. Ano 6. Julho/Agosto 2006. p. 03.

⁸⁵ Nesse sentido pode-se observar os mais recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, no Agravo de Instrumento n.º 365.382-1, que teve como relator o desembargador Rafael Augusto Cassetari (j. 03/08/2006), na Apelação Cível n.º 340.210-4, cujo relator foi o desembargador Luiz Carlos Xavier (j. 31/05/2006), e no Agravo de Instrumento n.º 330.220-7, relatado pelo desembargador Celso Rotoli de Macedo (j. 17/05/2006).

5.8 IMPOSTOS, TAXAS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS EM FUNÇÃO DO IMÓVEL

Ainda sob o fundamento do direito à moradia, garantido constitucionalmente no art. 6º, tem-se disseminada a hipótese de impenhorabilidade do bem de família em casos de inadimplemento de obrigação tributária decorrente do próprio imóvel.

O art. 3º, inc. IV, da Lei n.º 8.009/90 prevê uma exceção à impenhorabilidade do bem imóvel que serve como moradia da entidade familiar, para os casos de cobrança de impostos, taxas ou contribuições ligadas ao próprio imóvel. Ocorre que, com a elevação do direito à moradia à condição de direito social (Emenda Constitucional n.º 26/2000), essa possibilidade de penhora do imóvel residencial não parece condizer com a fundamentalidade daquela garantia.

Aqueles que defendem a constitucionalidade do inciso IV se baseiam na previsão constitucional que abriga expressamente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado (art. 5º, incisos XXIV e XXV), sendo a penhorabilidade do bem de família por dívidas tributárias de interesse público, pois não interessa à sociedade arcar com os custos de um imóvel que beneficie apenas uma família.

Entretanto, apesar da supremacia do interesse público, outros princípios constitucionais devem ser levados em consideração no presente caso, o que levaria à conclusão de que a regra do inciso IV seria inconstitucional. O principal deles é o direito à moradia, o que impede que o Estado, por ato seu, desrespeite e impeça o exercício desse direito pelos indivíduos.

Toda norma constitucional deve ter um mínimo de eficácia, de forma que impeça a promulgação de leis com ela incompatíveis. Nesse sentido poderia se afirmar que o ente estatal, através de seu poder legislativo, não pode criar lei que vá contra o sentido da garantia constitucional.

Pode-se falar também, em prol da inconstitucionalidade do inciso IV, acerca do direito à propriedade e da função social que ela deve desempenhar. No caso do imóvel, a sua função principal é a garantia da moradia da pessoa. E mais, uma moradia digna.

Não obstante a tese levantada acerca da inconstitucionalidade do inc. IV do art. 3º da Lei n.º 8.009/90, é preciso atentar para uma consequência maléfica da

possível exclusão dessa previsão. Parte da população brasileira, utilizando-se de má-fé, deixaria de pagar os tributos devidos por conta do imóvel que possuem valendo-se da impenhorabilidade do imóvel. Todos os indivíduos tem o dever de pagar seus tributos, porém, uma parcela razoável da população não tem condições de arcar com os custos do imóvel, porque recebe um salário que não condiz com o princípio da dignidade da pessoa humana. E são esses os casos que merecem ser melhor observados pelo aplicador do Direito. Nesse sentido, Enéas Castilho CHIARINI Jr, ensina que:

Uma vez que a Constituição Federal garante o direito à propriedade e à moradia – ambos como direitos fundamentais do indivíduo – e estabelece como metas a erradicação da pobreza e marginalização social, na construção de uma sociedade justa e solidária fundamentada na dignidade da pessoa humana, a possibilidade de penhorabilidade do bem de família, em favor da Fazenda Pública, torna-se, irremediavelmente, inconstitucional.⁸⁶

A partir dos conceitos da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a penhora sobre o único imóvel de uma senhora de 79 anos de idade que devia IPTU, tendo em vista também a proteção do idoso, assegurada pela Constituição Federal e pelo Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03). A íntegra da ementa aduz que:

“APELAÇÃO CÍVEL. IPTU. IDOSA QUE PERCEBE POUCO MAIS DE UM SALÁRIO MÍNIMO. EXCESSO QUE NÃO EVIDENCIA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. MANUTENÇÃO DA ISENÇÃO PREVISTA NA LEI MUNICIPAL. LEI N.º 10.741/2003 - ESTATUTO DO IDOSO-. INDISPONIBILIDADE DO BEM QUE LHE SERVE DE MORADIA. PRESCRIÇÃO. Nada que não seja a citação válida é capaz de interromper a prescrição para cobrança do crédito tributário, cujo prazo deflagra na data do lançamento (art. 174, I e parágrafo único, inciso I, do CTN). Sendo mínimo o excesso, risível mesmo, pouco mais de alguns reais, deve ser mantida a isenção, cujo propósito é proteger os idosos e as viúvas. Com efeito, a menção ao salário mínimo é mera referência; o que importa, antes, é a qualidade do contribuinte e em causa a capacidade contributiva que não se evidencia por poucos reais a mais. Afinal, assegura a Carta da República, os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (CF- art. 145, parágrafo 1º). A Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), torna indisponível a moradia que serve ao idoso, e enquanto lhe servir, fica à salvo de qualquer ato que lhe empeça o uso e a fruição; assegurando o direito que tem à liberdade, à saúde, à cidadania, ao

⁸⁶ CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Penhorabilidade do bem de família. Revista Jurídica Consulex, Ano VIII, n. 179, 30/06/2004. p. 62/63.

envelhecimento com dignidade, à vida, ou ao que lhe resta da vida. APELO PROVIDO EM PARTE”.⁸⁷

Diante das hipóteses de impenhorabilidade demonstradas acima, resta clara a impossibilidade de advogar a existência de soluções uniformes, mesmo se aludindo-se à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, já que o correto exame da eficácia direta e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

Apesar das demais exceções contidas no art. 3º da Lei n.º 8.009/90, que prevêem a possibilidade de penhora do imóvel residencial da família, não me proponho, ao menos por ora, a tratar dessas situações.

6 CONCLUSÃO

O direito é criado em razão da sociedade, tendo como função precípua a regulação das necessidades sociais. Os homens são os criadores das normas, e também seus destinatários. Por conseguinte, “o jurídico não pode permanecer indiferente ao social”.⁸⁸ As condutas humanas e as formas pelas quais as pessoas se relacionam adquirem, assim, valoração jurídica. Portanto, os esquemas tradicionais e formais do direito mostram-se inadequados para captar toda a complexidade das relações humanas.

A moderna jurisprudência busca atingir a humanização do direito, que vai além da mera aplicação prática dos ditames previstos na lei. Embora se reconheça que não pode o magistrado se afastar da norma, deve então interpretá-la visando a sua harmonização com o sistema constitucional, ou seja, “a todos os órgãos estatais incumbe um dever de maximização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais, no sentido de compreendê-las, em princípio, como normas de eficácia plena”.⁸⁹

⁸⁷ TJ-RS, Apelação Cível Nº 70010592574, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. em 22/06/2005.

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico...*, p. 45.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais...*, p. 578.

Entretanto, historicamente, há um verdadeiro abismo entre o discurso formal positivado e a realização efetiva dos direitos previstos na Constituição, tendo em vista a não realização da função atribuída aos direitos fundamentais. A compreensão desse abismo, segundo Rosana FACHIN, “depende de um olhar sobre as origens desses direitos, uma mirada sobre a própria família e a sociedade em que a família está inserida”.⁹⁰

O discurso formal e a prática real deveriam estar unidos, mas atualmente não é isso que se vê. Por isso, o direito civil deve ser visto conforme a realidade quotidiana, porque trata-se de um sistema lógico e axiológico presidido pelo seu valor mais importante: o homem. Nesse sentido, mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento sobre as normas, de modo que o Direito não comporta paralisação no tempo. Dessa forma, pensar a nova família significa repensar a atividade do Poder Judiciário.⁹¹

Os valores atuais devem conduzir o direito à observância de sua finalidade primordial: a justiça. Através de uma leitura interdisciplinar do direito, categorias antigas devem ser adequadas ao novo modelo de sociedade, mais justo e igualitário, redefinindo suas funções sociais e estabelecendo limites com vistas à dignidade da pessoa humana. Sobre o valor da justiça ensina Eroulths CORTIANO Jr, que “na história da humanidade não se logrou fazer a justiça vencer, e não haverá jamais vitória se não houver discussão e crítica. Se não houver respeito à pessoa humana não haverá justiça. Haverá escuridão”.⁹²

A insuperável diferença entre o ser e o dever ser, entre as normas e os fatos, é que dá o contorno do direito positivo. Porém, somente quando os fatos dão sentido à norma é que se produzem as respostas à realidade social. É neste momento, em que a norma se curva ao fato, que os sujeitos, mormente os tolhidos de meras possibilidades de exercício dos direitos mais básicos, passam a não mais estarem somente obrigados na lei, mas sim, nela albergados.

⁹⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família...*, p. 63.

⁹¹ FACHIN, Rosana. *Obra citada*. p. 139.

⁹² CORTIANO Jr., Eroulths. *Alguns apontamentos...*, p. 55.

“O porvir reclama um repensar da pessoa, visando seu bem-estar, repensar que passa, na esfera dos interesses sociais, pela redefinição do papel do Estado”.⁹³ É preciso pensar o direito civil para além das normas constitucionalizadas, de forma que os princípios normativos fundamentais, estejam eles expressos ou não no texto legal, dêem a resposta axiológica para os casos concretos.

Esse repensar do direito civil diante dos ditames constitucionais leva à modificação do instituto do bem de família, de forma que seja aplicado visando a garantia da dignidade da pessoa humana dentro do seio familiar. É a partir da elevação da moradia como direito social previsto constitucionalmente e dos novos aspectos da família que a jurisprudência vem repensando o instituto.

O direito à moradia, reconhecido tanto como um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, determina que o Estado não pode subtrair do indivíduo a sua residência, e também que tem o dever de assegurá-la, através de prestações de natureza material.

Tal como os demais direitos sociais, o direito à moradia possui um conteúdo existencial (núcleo essencial) que deve ser entendido a partir da contextualização e interpretação tópico-sistemática em cada oportunidade, para se extrair alguma consequência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana. Portanto, o mínimo existencial reclama uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

Por conseguinte, o dispositivo que prevê a impenhorabilidade do bem de família deve ser visto de forma a proteger o direito fundamental à moradia de qualquer pessoa. Mais do que proteger a família como instituição, o bem de família tem como função precípua a garantia de um lar digno para todos os indivíduos, inclusive para aqueles que vivem sós. Para fundamentar essa linha de pensamento, além do princípio vinculante da dignidade da pessoa humana, é preciso que se observe o princípio da igualdade, que veda qualquer tipo de discriminação entre as pessoas, inclusive naquilo que diz respeito ao modo de constituir família.

⁹³ FACHIN, Rosana. *Em busca da família...*, p. 145.

O que pode ser visto na jurisprudência dos tribunais pátrios é a prevalência do núcleo essencial dos direitos fundamentais – principalmente do direito à moradia – e o seu conteúdo referente à dignidade da pessoa humana (que é reconhecida a cada um e a todos), prevalecendo sobre prévias opções legislativas e políticas contrárias aos fins almejados pelo texto constitucional.

Com o intento de garantir uma moradia digna para a entidade familiar e aqueles que a compõe, o instituto do bem de família determina o limite da garantia patrimonial colocada à disposição do credor, diante da qual a execução pára e falece, em prol da dignidade do ser humano.

REFERÊNCIAS

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

CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.]. *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Penhorabilidade do bem de família. *Revista Jurídica Consulex*, Ano VIII, n. 179, 30/06/2004.

CORTIANO Jr, Eroults. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos [org]... et al. *Diálogos sobre o Direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. FACHIN, Luiz Edson (coord). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Judith Martins. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana*. Revista de Direito Privado. n. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 2004.

GONÇALVES, Marlo Thurman. O Novo Código Civil e os efeitos das normas de ordem pública na impenhorabilidade do bem de família do fiador. Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 834, abril/05. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Repersonalização das famílias*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 24, Jun/Jul. 2004.

MELGARÉ, Plínio. *A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do Direito Privado*. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 5, vol. 19, jul-set/2004. Rio de Janeiro, Padma, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, n. 65, 1993.

OLIVEIRA, Euclides de. Do direito de família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. *O Nó e o Ninho. VEJA – 25 anos: Reflexões para o futuro*. São Paulo: Editora Abril, 1993.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos [org]... et al. *Diálogos sobre o Direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Palestra na XVII Conferência da OAB, Rio de Janeiro, 29/08 a 02/09 de 1999.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Da instituição do bem de família no caso de união estável*. Revista de Direito Privado. n. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-jun, 2004. p. 177/178.

SARLET, Ingo Wolfgang [org]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista de Direito do Consumidor. n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-jun, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Bem de famílias*. Boletim IBDFAM – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito de Família. n. 39. Ano 6. Julho/Agosto 2006.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. RAMOS, Carmem Lúcia Silveira Ramos (org)... et al. *Diálogos sobre o Direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Impenhorabilidade de bem do fiador em decorrência do direito à moradia*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. n. 65, out-nov-dez/05. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2005.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. _____. *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família – e as novas entidades familiares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O direito à moradia*. Revista de Direito Privado. n. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-jun, 2000.

www.stf.gov.br – últimas notícias de 13/02/2006.