

RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS

**A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E AS NOVAS ENTIDADES
FAMILIARES**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e
Social. Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier.

CURITIBA

2001

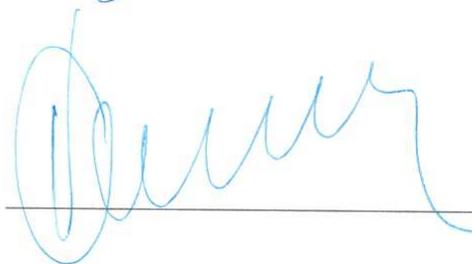
RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E AS NOVAS ENTIDADES
FAMILIARES

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social no Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela Comissão Julgadora formada pelos Professores:







Curitiba,
2001.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
Capítulo 1 - BREVES NOTAS SOBRE O PROCESSO DE EXECUÇÃO	5
A. A responsabilidade patrimonial do executado	9
1. Restrições ao princípio da responsabilidade patrimonial.	
A impenhorabilidade	13
1.1 Bens absolutamente impenhoráveis	14
1.2 Bens relativamente impenhoráveis	20
B. Invalidez da penhora pela impenhorabilidade do bem	23
Capítulo 2 - A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA	28
A. O benefício da impenhorabilidade legal. A Lei 8.009/90	30
1. O imóvel residencial próprio e o campo de incidência	
da impenhorabilidade legal (art. 1.º)	31
2. A extensão da impenhorabilidade legal (art. 1.º, parágrafo único)	36
3. Veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos (art. 2.º)	42
4. Os móveis que guarnecem a residência do locatário	
(art. 2.º, parágrafo único)	44
5. As exceções à incidência do benefício (art. 3.º)	45

5.1 Créditos de trabalhadores da residência e contribuições previdenciárias (art. 3.º, I)	46
5.2 Financiamento para construção ou aquisição do imóvel (art. 3.º, II)	48
5.3 Os alimentos (art. 3.º, III)	49
5.4 Os impostos, taxas e contribuições do imóvel (art. 3.º, IV)	52
5.5 O bem de família oferecido como garantia real (art. 3.º, V)	54
5.6 Aquisição com produto de crime e execução de sentença penal condenatória (art. 3.º, VI)	56
5.7 A fiança concedida em contrato de locação (art. 3.º, VII)	59
6. O devedor insolvente e de má-fé (art. 4.º e parágrafo 1.º)	61
7. O imóvel rural (art. 4.º, parágrafo 2.º)	64
8. O único imóvel residencial (art. 5.º)	66
9. Vários imóveis residenciais e o bem de família voluntário (art. 5.º, parágrafo único)	69
10. A aplicação imediata da Lei 8.009/90 (art. 6.º)	71
11. A revogação das disposições em contrário (art. 8.º)	74
Capítulo 3 - A ENTIDADE FAMILIAR DE QUE TRATA A LEI 8.009/90	75
A. As uniões estáveis	88
B. As famílias monoparentais. Fatores determinantes	104
1. A união livre	110
2. As mães solteiras	114

3. A separação, o divórcio e a dissolução da união estável	117
4. A viuvez	124
C. Os cônjuges ou conviventes em residências distintas	126
D. Os irmãos que vivem juntos	127
E. Situações análogas para a aplicação da impenhorabilidade legal	129
1. O devedor solitário	129
2. A união de pessoas do mesmo sexo	132
Capítulo 4 - A INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.009/90	140
A. Conseqüências de uma interpretação literal	144
B. A melhor exegese	147
C. A solução à luz do ordenamento jurídico amplamente considerado	152
1. O princípio da legalidade	157
2. O princípio da dignidade da pessoa humana	161
3. O princípio da isonomia	167
4. A posição do direito alternativo	175
5. O papel do intérprete. A denominada “discricionariedade judicial”	181
6. O princípio da proporcionalidade	187
NOTAS CONCLUSIVAS	195
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	214

RESUMO

A impenhorabilidade legal do bem de família, instituída pela Lei 8.009/90, ainda é tema polêmico e controvertido. Apesar do largo alcance social do instituto, o tratamento legislativo inadequado tem gerado interpretações equivocadas, sobretudo no tocante aos destinatários do benefício. A melhor exegese, certamente, é aquela que atende aos objetivos da lei, aos fins sociais a que ela se dirige, não se afastando dos motivos que levaram à instituição do benefício legal, os quais consistem, basicamente, na proteção à moradia e na estabilidade social daí advinda. Com a preocupação de interpretar adequadamente a Lei 8.009/90, outro fator importante vem a ser considerado: a entidade familiar de que trata o diploma legal. Com o advento da Constituição Federal de 1988, as entidades familiares adquiriram maior importância em face do ordenamento jurídico – sendo merecedoras da proteção do Estado tanto quanto as famílias matrimonializadas -, mas ainda assim se percebe uma injustificável insistência em reconhecer como família apenas os organismos sociais como tal definidos pelo legislador. Como é fácil verificar, as mudanças no perfil das entidades familiares continuam ocorrendo, a exigir maior reflexão por parte do intérprete quanto à incidência da impenhorabilidade legal, a fim de que sejam efetivamente atingidos os objetivos legais quanto à garantia de condições dignas de habitabilidade. Constata-se que a interpretação literal do texto legal, em razão de alguns equívocos de técnica legislativa, não permite uma adequada aplicação do benefício instituído. Assim, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar as condições de aplicação da Lei 8.009/90, abordando aspectos doutrinários e citando recentes julgados dos principais tribunais do país, o que lhe confere uma feição predominantemente prática, na medida em que procura enfocar questões atuais sobre o tema estudado e sugerir soluções que se harmonizem com a finalidade da lei. Pode-se dizer, também, que constitui uma proposta exegética, fruto da reflexão sobre a direção apontada pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais insculpidos na Constituição, com a pretensão de auxiliar o intérprete na busca de soluções justas para os casos singulares, estabelecendo parâmetros para a melhor compreensão da Lei 8.009/90, à luz do ordenamento jurídico amplamente considerado.

ABSTRACT

The legal restraint of mortgage concerning the homestead, established by Law 8009/90, is still a controversial subject. Notwithstanding the wide social span of that act, inadequate legislative handling has given birth to mistaken interpretations, mostly for those who might benefit from said law. Undoubtedly, the best interpretation must see to the law purposes, its social objectives, never steering away from the reasons which led to the institution of the legal benefit, namely the homestead protection and the social stability thereto pertaining. Another important factor must be considered, when it comes to the interpretation of Law 8009/90: the family entity as treated by the institute. The 1988 Federal Constitution provided family entities with a greater importance before the juridical system than it had before— thus, the State Administration Government protects such family entities to the same extent as those marriage-formed families. Nevertheless, there is still an unjustifiable persistence in accrediting as ‘family’ only those social organisms defined as such by former laws. It is not difficult to see that profile changes in family entities keep occurring and this fact alone demands a deeper reflection on the part of the interpreter as for the incidence of the legal restraint of mortgage. This should be pondered about so that the social dwelling and living purposes can be reached. The literal interpretation given to the legal text, due to some legislative technique misconceptions, does not allow for an adequate application of this law. For this reason, this study aims to analyze the main application conditions of Law 8009/90, approaching doctrinal aspects and mentioning the latest adjudicated decisions in the main courts throughout the country. Thus, this study is predominantly practical inasmuch as it focuses present issued on the subject and also suggests solutions in harmony with the law finality. Moreover, it can be seen as an interpretation proposal, arising from a careful consideration on the direction settled by the constitutional principles and by the fundamental rights as defined by the Constitution, with the purpose of aiding the interpreter to look for fair solutions with respect to singular cases, establishing parameters for a better understanding of this Law.

INTRODUÇÃO

Nesta introdução serão abordados, sucintamente, os principais pontos do presente trabalho, a fim de demonstrar que a problemática que envolve a impenhorabilidade do bem de família exige ainda muita reflexão, principalmente em face das constantes transformações no perfil do organismo familiar.

Inicialmente cabe esclarecer, que ao longo deste estudo, quando se estiver referindo à impenhorabilidade estabelecida voluntariamente pelo instituidor do bem de família (CC, arts. 70 a 73), será usada a designação 'bem de família voluntário', e quando se tratar da impenhorabilidade de caráter geral, instituída por força de lei, será utilizada a expressão 'bem de família legal'.

Da forma como foi concebido no Código Civil, o instituto do bem de família não obteve grande aceitação por parte da população. Os artigos 70 a 73 que o regulamentam foram reforçados pelos artigos 8.º, parágrafo 5.º e 19 a 23 do Decreto-lei n.º 3.200/41, e a forma de instituição do bem de família está disciplinada nos artigos 167, I, n.º 1 e 260 a 265 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Posteriormente, a Lei 6.472/79 declarou ilimitado o valor do imóvel instituído como bem de família, desde que estivesse servindo como residência dos interessados por dois anos.

Mas a modernização do instituto só veio com a promulgação da Lei 8.009/90, que conferiu-lhe maior abrangência, na medida em que retirou do campo de incidência da penhora, independentemente da vontade do executado, o imóvel que constitui sua residência e os móveis que o guarnecem.

A impenhorabilidade legal do imóvel residencial da família e dos bens que o guarnecem existe, então, no Direito legislado brasileiro, desde 1990, mas continuam sendo discutidas algumas questões de ordem jurídica, relativas ao alcance e ao sentido da lei que a introduziu.

A primeira controvérsia surgida versou sobre a irretroatividade da lei e a existência de direito adquirido nas execuções pendentes. Essa questão de direito intertemporal - uma vez que a impenhorabilidade legal surpreendeu as execuções em andamento, muitas delas já com a penhora efetivada - restou pacificada com o entendimento de que a nova lei se aplicaria a todas as execuções existentes, inclusive com penhora realizada antes de sua vigência (Súmula 205/STJ)¹, pela regra da aplicação imediata das normas de caráter processual, embora seja inegável que a Lei 8.009/90 traz importantes disposições de direito material.

Ao conferir proteção ao devedor e à sua família, o novo diploma legal ampliou consideravelmente a conferida no Código Civil - condicionada à iniciativa do instituidor -, pois instituiu a impenhorabilidade do bem de família por norma de ordem pública, de caráter imperativo, incidindo, como dito acima, sobre as execuções de dívidas anteriores à sua edição.

Questionou-se, também, quando de sua edição, a constitucionalidade da Lei 8.009/90, pois veio retirar do campo da exequibilidade parte do patrimônio do devedor, mesmo nas execuções com garantia processual já consumada, elidindo-se a penhora efetivada sobre os bens de família.

Mas acabou prevalecendo o entendimento segundo o qual a instituição da impenhorabilidade legal não é, por si só, inconstitucional, pois o exequente continua com o direito ao crédito, podendo exercê-lo até sua total satisfação, sobre o patrimônio disponível do executado, excluído somente o bem destinado à sua residência.

¹ Súmula 205/STJ: "A Lei n.º 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência."

O bem de família de que trata a Lei 8.009/90 é, portanto, o imóvel residencial urbano ou rural - e/ou móveis que o guarnecem - do casal ou da entidade familiar, impenhoráveis por determinação da própria lei. A proteção da moradia da família, como se vê, não depende mais da iniciativa de seus integrantes, mas passa a ser defendida pelo Estado², a quem interessa a aplicação da impenhorabilidade legal. Nesse contexto, o próprio Estado é o instituidor do bem de família, pois resguarda a moradia por norma de ordem pública, conferindo proteção ao devedor e aos seus familiares.

Mas entre as questões ainda hoje debatidas em torno da Lei 8.009/90, certamente a geradora de maior polêmica, é a que diz respeito ao alcance da expressão “entidade familiar”. Considerando que a lei refere-se a “casal” e a “entidade familiar”, a preocupação inicial reside em saber se é a própria lei que define o modelo familiar abrangido pelo benefício, ou se ela deve ser interpretada de acordo com os modelos de família sociológica e juridicamente reconhecidos.

Do texto legal depreende-se que a palavra casal refere-se a cônjuges, enquanto a expressão entidade familiar reveste-se do significado constante nos parágrafos 3.º e 4.º do artigo 226 da Constituição Federal. Nessa ótica, a entidade familiar de que trata a lei tanto pode ser a união estável quanto a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mas, como tem-se observado, as transformações no perfil das entidades familiares continuam ocorrendo - mesmo após a Constituição de 1988 -, a exigir uma urgente reorganização jurídica, inclusive no tocante à impenhorabilidade legal objeto deste estudo. Como é fácil perceber, enquanto o Direito não corresponder às mudanças sociais, não poderá desempenhar a contento sua função de instrumento da ordem social, e os desajustes serão inevitáveis. Desajustes estes, muitas vezes causados por considerar-se taxativa a enumeração

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família. 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 158.

legal de formas de constituição de família. Além de não escolher o modo pelo qual a família se constitui, a lei certamente não esgota suas formas de constituição. Nesse sentido, observa Álvaro Villaça Azevedo: “A família nasce espontaneamente, como uma instituição social, que é.”³

Sob esse enfoque é que se tentará demonstrar, no decorrer deste trabalho, que não há como sustentar uma interpretação restritiva do disposto no art. 1.º da Lei 8.009/90 - no tocante ao conceito de entidade familiar -, uma vez que não se quer um Direito dissociado da realidade social, que ignora os modelos familiares espontaneamente surgidos com as transformações operadas na sociedade.

A despeito da criticada redação da lei sob exame - repleta de expressões genéricas que favorecem o subjetivismo por parte do intérprete -, não se pode negar o enorme alcance social de suas disposições, sendo injustificável e até mesmo de questionável constitucionalidade aplicá-la neste ou naquele caso, conforme o estado civil do devedor ou o modo pelo qual convive com seus familiares, muitas vezes imposto por circunstâncias alheias à sua vontade.

Mostra-se necessário, portanto, estruturar a presente reflexão a partir dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ressaltando-se a importância do papel do intérprete na busca de soluções justas, que atendam à finalidade da lei sem abandonar os valores que informam todo o ordenamento jurídico. Espera-se, assim, poder demonstrar que a Lei 8.009/90 deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, especialmente no tocante aos destinatários do benefício instituído, pois, do contrário, haverá favorecimento da legalidade em sentido estrito, em detrimento das normas que garantem a dignidade da pessoa humana e a isonomia entre os indivíduos, além de verdadeiro descompasso entre o Direito a realidade social.

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 159.

Capítulo 1

O PROCESSO DE EXECUÇÃO. BREVES CONSIDERAÇÕES

Não há como falar em impenhorabilidade sem antes tecer algumas considerações sobre o processo de execução, a execução forçada propriamente dita e os aspectos peculiares do princípio da responsabilidade patrimonial.

Oportuno, ainda, mencionar a distinção entre os termos ‘processo de execução’ e ‘execução forçada’, freqüentemente usados como sinônimos. No Brasil, tal distinção é apenas terminológica, pois o próprio Código de Processo Civil adota as expressões indistintamente. Mas, a título de esclarecimento sobre a terminologia usada no presente trabalho, tem-se como ‘processo de execução’ o conjunto dos atos processuais, incluindo a petição inicial, que pode ter fim com o pagamento espontâneo do devedor, assim que citado. A execução forçada, por sua vez, de significado mais restrito, consiste nos ‘atos executivos em sentido estrito’, onde se busca a satisfação do crédito de forma coativa.⁴ Inicia-se a execução forçada somente com a efetiva “agressão patrimonial ao devedor”.⁵

É possível, então, haver processo de execução sem execução forçada. Assim, a chamada ‘segurança do juízo’, requisito de admissibilidade para os embargos do devedor, já constitui ato executivo em sentido estrito, enquanto a discussão sobre a regularidade dos atos

⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada – controle de admissibilidade*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 49.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 26ª ed., vol. II, Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 19.

executivos propriamente ditos apenas integram o processo de execução, sem constituir execução forçada.⁶

O processo de execução tem estrutura e finalidade diversas das do processo de conhecimento, pois consiste basicamente na prática de atos concretos que visam adequar a situação fática ao que ela já deveria ser, conforme o disposto na sentença ou noutro título de semelhante eficácia.⁷ Não é possível dissociar, numa visão unitária da jurisdição, o poder de julgar e o de fazer cumprir o julgado; se no processo de conhecimento o juiz julga, no de execução ele realiza.⁸ É no processo de execução, portanto, que ocorrem as “transformações materiais” que culminam na real satisfação dos direitos.⁹

Nessa ótica, Araken de Assis afirma que o processo de execução se destina à realização dos direitos, constituindo a forma mais expressiva de tutela jurisdicional; numa sociedade onde se busca incessantemente a efetividade dos direitos subjetivos, mais do que a mera declaração desses direitos, importa sua satisfação específica.¹⁰

E é justamente buscando a realização dos direitos do credor no mundo fático que o processo de execução - embora não venha a exaurir a função executiva dada a existência de ações executivas *lato sensu*, de eficácia executiva e mandamental - engloba procedimentos e meios executórios específicos das ações baseadas em título executivo.

Os atos do Poder Judiciário, na função executiva genericamente considerada, caracterizam-se pelo emprego da força - na medida em que transformam o mundo fático através do deslocamento de coisas ou de pessoas - ou mesmo pela pressão psicológica

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual - 5ª série*. São Paulo : Saraiva, 1994, p.11.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 6.

⁹ ASSIS, Araken de. Teoria geral do processo de execução. *Processo de execução e assuntos afins* [coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier], São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 18.

destinada a fazer com que o executado prefira realizar o que lhe compete a submeter-se à outra alternativa imposta.

Entre esses atos estão - a título exemplificativo - a imissão na posse ou a busca e apreensão (CPC, art. 625) e o depósito ou a entrega da coisa (CPC, art. 622), na execução para entrega de coisa certa; a apreensão de pessoas e coisas (CPC, art. 461, parágrafo 5.º e 839), nas ações para cumprimento de obrigação de fazer e não fazer e nas de busca e apreensão; a sub-rogação da conduta do executado (CPC, art. 634), na execução de obrigação de fazer fungível; o pagamento de multa (CPC, arts. 644 e 645), na execução de obrigação de fazer infungível; a expropriação - precedida da penhora - (CPC, arts. 591 e 664, *caput*), a arrematação, a adjudicação ou o usufruto (CPC, arts. 693, 714 e 716), na execução por quantia certa contra devedor solvente; a prisão (CPC, art. 733, parágrafo 1.º), na execução de prestação alimentícia; e o despejo, nas ações fundadas na Lei 8.245/91 (arts. 63 e 65).

Num âmbito mais restrito, serão designados como atos executivos, no presente trabalho, aqueles realizados na execução do Livro II do Código de Processo Civil, fundada nos títulos judiciais e extrajudiciais, arrolados respectivamente nos arts. 584 e 585.

Além do emprego da força ou da pressão psicológica com vistas à realização dos direitos no mundo fático, os atos executivos implicam na transferência coativa de bens para a esfera patrimonial do exequente. A reunião de todos esses atos, objetivando a satisfação dos direitos subjetivos, traduz-se nos meios executórios, classificados, fundamentalmente, em subrogatórios - também designados de 'execução direta' -, quando não dependem da efetiva participação do executado, e coercitivos - designados de 'execução indireta' - cuja principal finalidade é atuar na vontade do obrigado para que cumpra aquilo que lhe compete.¹¹

¹⁰ ASSIS, Araken de. Obra citada, p. 19.

¹¹ ASSIS, Araken de. Obra citada, pp. 39/40.

Enquanto os meios coercitivos (por exemplo, a multa e a prisão) apresentam-se como “instrumentos intimidativos”, de caráter acessório à execução propriamente dita, os meios de sub-rogação proporcionam ao credor o mesmo benefício que teria com o cumprimento voluntário da obrigação - ou benefício equivalente -, atuando, o Estado, como “substituto do devedor inadimplente”.¹²

A efetivação desses meios executórios se dá na fase instrutória do processo de execução - também denominada fase de preparação - na medida em que, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, preparam a causa para o provimento final, qual seja, o “provimento satisfativo do direito do exeqüente”.¹³ Mas nenhum ato executivo, vale dizer, independentemente da modalidade de execução, é praticado antes de ser o devedor citado para cumprir a obrigação; somente a partir do efetivo descumprimento é que são tomadas providências destinadas a proporcionar ao exeqüente resultado prático equivalente ao que teria se a obrigação fosse voluntariamente cumprida.

Na execução para a entrega de coisa certa, a fase instrutória consiste, basicamente, em retirar o objeto do executado e entregá-lo ao exeqüente, através da busca e apreensão para posterior entrega do bem, ou da imissão na posse, conforme se trate de coisa móvel ou imóvel; na execução para a entrega de coisa incerta, após o incidente relativo à escolha pelo devedor (CPC, art. 629), realiza-se a busca e apreensão seguida da entrega da coisa.

Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer, a fase instrutória é mais complexa: empregam-se meios de pressão psicológica sobre o executado para que cumpra a obrigação, mas, uma vez não cumprida, é substituída pelo equivalente em dinheiro, prosseguindo-se a execução por quantia certa contra devedor solvente.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 9.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, 6ª ed., São Paulo : Malheiros, 1998, p. 334.

Ainda mais complexa, no entanto, é a fase instrutória na execução por quantia certa contra devedor solvente, pois nesse tipo de processo os meios executivos iniciam-se pela penhora - onde os bens do executado são individualizados e afetados à execução, embora continuem pertencendo ao devedor -, prosseguem com o depósito, a avaliação, a hasta pública, e culminam com a verdadeira expropriação, ou seja, a alienação dos bens penhorados e recolhimento do valor respectivo, preparando-se, assim, a entrega ao exeqüente.

A. A responsabilidade patrimonial do executado

No antigo direito romano, a execução assumia caráter verdadeiramente penal- o que também caracterizava o direito primitivo dos povos germânicos -, pois era exercida sobre o próprio corpo do executado, permitindo injustiças e atrocidades. A sanção para o inadimplemento da obrigação atingia diretamente a pessoa do devedor, ainda que o objetivo fosse dar satisfação econômica ao credor; excedia o conteúdo da obrigação, podendo atingir a totalidade do patrimônio do executado.¹⁴

Somente em tempos mais próximos o inadimplemento da obrigação deixou de ser considerado ofensa à pessoa do credor, para assumir conteúdo pecuniário. Nos tempos civilizados, então, as sanções passaram a ter - no dizer de Liebman - eficácia satisfativa e não vingativa ou penal, fazendo com que o devedor seja, desde que possível, integralmente satisfeito, mas não recebendo nada além do seu crédito.¹⁵

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1980, p. 3. No mesmo sentido: "Os romanos, ao menos no período arcaico de seu direito processual (período das *legis actiones*, que perdurou até ao século II a.C.), não haviam aprendido a distinguir entre o corpo e o patrimônio das pessoas, de modo que, por exemplo, aquele que se obrigara mediante o *nexum* ficava ligado ao credor por um estreitíssimo vínculo pessoal; no caso de quebra da palavra empenhada, deveria responder pela infidelidade." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 32.)

¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Obra citada, p. 4.

Contemporaneamente, a execução sofre limitações políticas em nome dos chamados ‘direitos da personalidade’, valores humanos considerados inalienáveis. O devedor responde pelas obrigações contraídas apenas com seu patrimônio e, ainda, até que atinja o ponto de satisfação do credor ou até que comece a invadir o mínimo patrimonial indispensável à subsistência do devedor. Essa evolução - como ensina Cândido Rangel Dinamarco - teve influência do cristianismo e de princípios socialistas, tanto no Direito quanto na mentalidade das pessoas.¹⁶

Em nosso ordenamento jurídico, uma das limitações à execução, inspirada em valores éticos, políticos e econômicos, verifica-se no disposto no art. 620 do Código de Processo Civil, que estabelece: “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. Trata-se de um legítimo sistema de proteção ao executado contra excessos, decorrente dos “princípios da justiça e da equidade”, e da “tendência de humanização” da execução civil.¹⁷ A execução recai, assim, sobre os bens do executado (CPC, art. 591) e, apenas em caráter excepcional, são empregados meios coercitivos pessoais (CPC, art. 461, parágrafo 5.º) ou patrimoniais (CPC, arts. 644 e 645) com vistas ao cumprimento da obrigação. É o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor.

Nesse sentido, veja-se a redação do art. 591: “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Note-se que, da cláusula final, depreende-se que a maioria dos atos executivos recaem sobre o patrimônio do devedor, mas são ressalvados os bens tidos como impenhoráveis (CPC, arts. 648, 649 e 650).

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 32.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 307.

No tocante aos bens futuros, cabe lembrar a lição de Cândido Rangel Dinamarco, quando esclarece que o dispositivo se refere aos bens que não existiam no momento da constituição da obrigação, mas sujeitos à futura execução.¹⁸ Araken de Assis complementa esse raciocínio afirmando que os aqüestos sujeitam-se à atividade executiva, mesmo que suspensa, até que a obrigação seja totalmente cumprida.¹⁹ É justamente por tal razão que a insuficiência temporária de bens no patrimônio do devedor apenas suspende o processo de execução (CPC, art. 791, III).

Enquanto a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do patrimônio do devedor para satisfazer o crédito (CPC, art. 646), na execução das obrigações de fazer ou não fazer o objeto é a conduta do devedor e, apenas indiretamente, o patrimônio do executado responde pelo custo da realização dessa conduta. Assim é que se percebe a fundamental importância do princípio da responsabilidade patrimonial, estatuído no art. 591, nas execuções das obrigações para entrega de coisa e nas que se destinam à obtenção de uma soma em dinheiro para a satisfação do direito do credor.

Os bens do patrimônio do devedor poderão, então, representar o objeto final da execução - se correspondem exatamente ao objeto da prestação a ser cumprida - ou representam um instrumento para que os meios executórios obtenham o que é efetivamente devido ao credor. Assim é que, não havendo dinheiro no patrimônio do devedor, deve-se transformar o bem penhorado em dinheiro, através da alienação forçada daquele 'instrumento', atingindo, assim, o objeto da execução por quantia certa.²⁰

Vale lembrar, a propósito, o princípio segundo o qual a execução tende apenas à realização do direito do credor, e a atividade jurisdicional executiva deve incidir somente na

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 241.

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, 5ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 310.

²⁰ ASSIS, Araken de. *Manual...* Obra citada, p. 313.

parcela do patrimônio do devedor indispensável à satisfação do crédito do exequente.²¹ Daí a previsão legal de que, nas execuções por quantia certa, a penhora deve incidir sobre tantos bens quantos bestem para o pagamento da dívida e seus acessórios (CPC, art. 659) e, incidindo sobre vários bens, a arrematação será suspensa logo que o produto da alienação forçada bastar para o pagamento do credor (CPC, art. 692).

Ainda sobre o teor do art. 591, o próprio dispositivo - como antes mencionado - deixa claro que nem todos os bens do devedor respondem por suas obrigações, bem como que há bens de terceiros que por elas podem responder.²²

Como é fácil supor, os bens que primeiro estão sujeitos aos meios executórios são os pertencentes ao devedor, pois nele reúnem-se as posições de obrigado e de responsável. É o que, na lição de Araken de Assis, se denomina responsabilidade primária. Mas há casos em que responsabilidade e obrigação não coincidem, atribuindo-se as respectivas posições a pessoas diversas; é o que se denomina responsabilidade secundária, onde bens de outros sujeitos são atingidos pelos meios executórios.²³

Os casos mais comuns de responsabilidade secundária são apontados no art. 592 do CPC, embora os incisos III e V contenham, verdadeiramente, hipóteses especiais de responsabilidade primária. Nos termos do inciso III do art. 592, os bens do patrimônio do devedor respondem pelo cumprimento da obrigação, mesmo que em poder de terceiro. Esse terceiro (por exemplo, o locatário), ainda que de certa forma envolvido no processo de execução, permanece como terceiro em todos os aspectos no que concerne à relação processual. O inciso V, por sua vez, dispõe que os bens alienados ou gravados em fraude à

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso...* Obra citada, p. 12.

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 100.

²³ ASSIS, Araken de. *Manual...* Obra citada, pp. 313/314.

execução continuam a ela sujeitos. E uma vez ineficazes perante o credor, os atos de alienação não retiram propriamente os bens do patrimônio do autor da fraude, os quais continuam respondendo pelo cumprimento da obrigação.

1. Restrições ao princípio da responsabilidade patrimonial. A impenhorabilidade

Se a regra é que quaisquer bens do patrimônio do devedor sejam submetidos aos meios executórios, cabem, aqui, maiores considerações sobre as exceções legalmente previstas. Segundo o disposto no art. 648 do CPC, “não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”. Sendo assim, a alienação forçada (CPC, art. 647, I), destinada a converter em dinheiro o bem do devedor na execução por quantia certa, encontra obstáculo já no ato preliminar: a penhora.

A penhora é ato executivo que individualiza os bens do patrimônio do devedor que responderão pelo cumprimento da obrigação, sendo expropriados para posterior satisfação do direito do credor. É a penhora, portanto, que afeta os bens à execução, tornando ineficazes, no plano processual, os atos de disposição praticados pelo executado.

Através da penhora, como enfatizam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Almeida e Eduardo Talamini, opera-se a “especificação da responsabilidade patrimonial”.²⁴ Ela um ato de afetação, na medida em que coloca os bens por ela atingidos à disposição do Judiciário para que realize o objetivo do processo de execução: a satisfação do direito do exequente.²⁵

A penhora, considerada primeiro ato da execução forçada²⁶, se destina, ainda, à conservação do bem individualizado, resguardando-o de eventual deterioração ou desvio no

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Obra citada, p. 160.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*, 17ª ed., São Paulo : Leud - Edição Universitária de Direito, 1994, p. 243.

²⁶ Idem, *ibidem*.

curso da execução. Além disso, estabelece a preferência do exequente em relação aos demais credores que venham a penhorar o mesmo bem em execuções posteriores. Mas a preferência instituída pela penhora, vale lembrar, não exclui anteriores privilégios de direito material e tem aplicação unicamente na execução contra devedor solvente; no concurso de credores contra devedor insolvente, dita preferência não prevalece.

Voltando ao já referido obstáculo à execução forçada, alguns bens, ainda que pertencentes ao devedor, não estão sujeitos aos meios executórios, porque considerados por lei impenhoráveis ou inalienáveis. Sob esse prisma, não é demais lembrar que o conceito de inalienabilidade abrange o de impenhorabilidade; é que todo bem inalienável é também impenhorável, mas nem todo bem impenhorável se mostra inalienável, podendo o devedor, voluntariamente, aliená-lo para cumprimento de suas obrigações.

A justificativa para a distinção apontada, segundo Araken de Assis, reside no fato de ser absurdo supor que, se o próprio obrigado não pode dispor de determinado bem de seu patrimônio, o Estado possa dele dispor; ao Estado, no entanto, é lícito excluir alguns bens da garantia patrimonial para a satisfação do direito dos credores, em nome de valores maiores.²⁷

A lei, então, com base em valores políticos e sociais, exclui da penhora determinados bens do executado, considerando-os absolutamente ou relativamente impenhoráveis. Veja-se as principais hipóteses de limitação à responsabilidade patrimonial e à transmissibilidade dos bens.

1.1 Bens absolutamente impenhoráveis

A impenhorabilidade absoluta atinge os bens que, sob nenhuma condição, podem vir a ser objeto de penhora e posterior alienação forçada na execução por quantia certa. O Código

²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual...* Obra citada, p. 317.

de Processo Civil, no art. 649, enumera - ainda que não exaustivamente - os bens considerados absolutamente impenhoráveis, embora alguns dos incisos, como se verá, tragam hipóteses de impenhorabilidade relativa, na medida em que se referem a bens que, sob determinada condição, submetem-se à penhora:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução.

Esse dispositivo refere-se, na verdade, à impenhorabilidade absoluta no plano material, necessariamente prevista em lei, mesmo que de forma indireta.

Diretamente decorrente da lei, por exemplo, é a inalienabilidade dos bens públicos, prevista no art. 67 do Código Civil. Esses bens, segundo Humberto Theodoro Júnior, são absolutamente impenhoráveis pela sua “intrínseca inalienabilidade”.²⁸ Araken de Assis, entretanto, aponta exceção ao preceito, prevista no art. 100, parágrafo 2.º, da Constituição Federal, que dispõe sobre o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, no caso de preterição do direito de precedência do credor da Fazenda Pública na ordem do precatório.²⁹ Dito seqüestro, vale dizer, deverá recair sobre as rendas da Fazenda Pública.

No tocante aos bens particulares, é possível que alguns venham a tornar-se impenhoráveis ou inalienáveis por atos de vontade, a exemplo de doações e testamentos onde os bens são gravados com cláusula de inalienabilidade (CC, art. 1.676), ou mesmo da instituição do bem de família (CC, arts. 70 a 73). Tais restrições - que decorrem indiretamente da lei - devem constar no registro imobiliário a fim de que tenham eficácia perante terceiros e possam ser argüidas em sede de execução.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo...* Obra citada, p. 251.

²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual...* Obra citada, p. 318.

Impenhoráveis, também, são os bens vinculados às cédulas de crédito rural, salvo se a execução for do próprio crédito (Dec.-lei 167, de 14.02.67, art. 69). A ressalva faz com que parte da doutrina considere tal restrição como impenhorabilidade material relativa.³⁰

Outro caso de impenhorabilidade material absoluta - embora diretamente decorrente da lei processual - é o do capital constituído para assegurar o pagamento de indenização por ato ilícito, quando esta incluir prestação de alimentos (CPC, art. 602, parágrafo 1.º).

II. as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês.

Esse dispositivo admite interpretação variável no que se refere à quantidade de alimento e de combustível, considerados os fatores climáticos e o tamanho da família. Família esta, que compreende tanto as uniões originadas no casamento civil quanto as não matrimonializadas (CF, art. 226, parágrafo 3.º), bem como as entidades familiares formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, parágrafo 4.º). Incluem-se, também, no conceito de família, os parentes ou tutelados que vivam como dependentes do executado, sem condições de garantir sua própria subsistência.

A despeito dessa conclusão quanto à abrangência do conceito de família, ressalte-se que o dispositivo protege expressamente tanto o executado quanto a sua família, alcançando, a impenhorabilidade, também os bens do devedor que vive sozinho.

III. o anel nupcial e os retratos de família.

A disposição inspira-se no respeito aos sentimentos das pessoas envolvidas, independentemente do valor econômico desses bens, sendo irrelevante, também, que a respectiva união - matrimonializada ou não - já tenha sido desfeita.

³⁰ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual...* Obra citada, p. 319.

Cabe observar que os objetos caracterizados como obras de arte, que não sejam essencialmente representativos da entidade familiar ou de algum de seus membros, são penhoráveis, por força do disposto no art. 2.º da Lei 8.009/90.

IV. os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia.

A ressalva quanto ao pagamento de prestação alimentícia faz com que parte da doutrina inclua o dispositivo entre os que tratam da impenhorabilidade relativa, pois a partir daquela circunstância o bem pode ser objeto de penhora.

A impenhorabilidade dos valores recebidos pelo trabalho, de modo geral, decorre de sua natureza alimentar. Pressupõe, no entanto, a existência de vínculo empregatício ou estatutário. Os valores destinados exclusivamente a operações financeiras, porque descaracterizada a natureza alimentar, reputam-se penhoráveis.

V. os equipamentos dos militares.

São abrangidos nesse dispositivo as fardas, armamentos e a generalidade de utensílios de que se valem os militares no exercício da atividade profissional. Cumpre ressaltar, que os respectivos equipamentos, na atualidade, são fornecidos pelo próprio Estado, sendo impenhoráveis, portanto, porque considerados bens públicos.

VI. os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.

Referindo-se somente à necessidade e à utilidade dos referidos bens³¹, o dispositivo não estabelece que sejam indispensáveis ou imprescindíveis, não especifica valores, tampouco menciona a exigência de regulamentação das respectivas profissões.

A falta de precisão dessa regra pode dar margem a aplicações equivocadas; utensílios obsoletos, por exemplo, já substituídos por outros mais eficientes, desde que de valor considerável, são passíveis de serem penhorados. O pressuposto da necessidade fica afastado, também, quando existem vários exemplares do mesmo bem e somente um é indispensável ao exercício da profissão, sendo apenas este impenhorável.³²

Vale mencionar, ainda, que se os bens aqui arrolados estiverem localizados no âmbito da residência do devedor, são atingidos pela impenhorabilidade por força do art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.009/90. Ambos os dispositivos retratam a preocupação do Estado em assegurar aos cidadãos condições básicas de trabalho, independentemente da natureza da atividade profissional, desde que lícita.

VII. as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família.

A impenhorabilidade, nesse caso, mais uma vez decorre da natureza alimentar dos respectivos bens, relacionando-se ao indispensável à subsistência do devedor e de sua família.

³¹ Nesse sentido: “Recaindo a penhora sobre bens considerados como necessários ou úteis ao exercício da profissão, sem os quais, por certo, as respectivas atividades paralisariam ou não mais seriam executadas com a mesma eficiência e, por isso, tidos como absolutamente impenhoráveis, viciado estará o ato, impondo-se que se decrete sua nulidade de ofício.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1143.)

³² Nesse sentido: “A impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho prevista no artigo 649, inciso VI, do CPC, pressupõe que os mesmos sejam necessários ao exercício da profissão. Esse pressuposto fica afastado quando a pluralidade de exemplares não se justifica.” (TJDF, Apelação Cível n.º 49.478/98, 3ª Turma Cível, Relator Des. Angelo Passareli, julg. em 09.08.1999.)

Valem, aqui, quanto ao conceito de família, as mesmas considerações feitas sobre as provisões de alimento e de combustível (art. 649, II).

VIII. os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas.

Esse dispositivo refere-se aos materiais de obras inacabadas, e não a maquinários e equipamentos utilizados na construção. É prevista a impenhorabilidade porque os materiais, por antecipação, são considerados parte integrante da obra.³³

IX. o seguro de vida.

Nos mesmos moldes de outros dispositivos citados, a impenhorabilidade, aqui, é decorrente da natureza alimentar do seguro, estipulada em favor de terceiro.

X. o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.

A ressalva quanto à hipoteca para fins de financiamento agropecuário (tacitamente abrogada pela Constituição Federal, art. 5.º, XXVI), bem como a circunstância de que a área excedente ao módulo - desde que o imóvel comporte divisão - admite a penhora, fazem com que parte da doutrina entenda a impenhorabilidade como relativa.³⁴

O módulo rural é considerado impenhorável na medida em que assegura a sobrevivência digna do agricultor e de sua família. A “pequena propriedade rural”, agora definida no art. 7.º da Lei 8.847, de 28.01.94, é relativamente impenhorável por força do art.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo...* Obra citada, p. 254.

³⁴ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual...* Obra citada, p. 334.

5.º, XXVI, da Constituição Federal, admitindo-se a penhora por dívidas não decorrentes da atividade produtiva.³⁵

Ressalte-se que a sede de moradia do executado e de sua família, mesmo que situada em grande área rural, é impenhorável nos termos do art. 4.º, parágrafo 2.º, da Lei 8.009/90, que instituiu a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, dispondo também sobre a propriedade rural.

1.2 Bens relativamente impenhoráveis

A impenhorabilidade é considerada relativa quando a constrição só puder ser admitida se o bem reunir determinados requisitos legalmente previstos. Admite-se a penhora, a princípio, na falta de outros bens disponíveis no patrimônio do devedor.

Há casos de impenhorabilidade material relativa, como a decorrente dos regimes matrimoniais de bens, onde o patrimônio do cônjuge que não contraiu a obrigação - se particular ou comum até o limite da meação - só poderá ser objeto de penhora se a dívida tiver sido contraída em benefício da família, nos termos do art. 3.º da Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada).

O Código de Processo Civil, no art. 650, prevê duas hipóteses de impenhorabilidade relativa; *a contrario sensu*, como observam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Almeida e Eduardo Talamini, são casos de impenhorabilidade absoluta dos frutos e rendimentos de bens inalienáveis, quando destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira,

³⁵ CF, art. 5.º, XXVI: “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”; Lei 8.847/94, art. 7.º: “Para os efeitos do parágrafo 4.º, do art. 153 da CF/88, são consideradas pequenas glebas os imóveis rurais de área igual ou inferior a: I- 25ha, os localizados nos municípios enquadrados na Tabela I; II- 40ha, os localizados nos municípios enquadrados no Polígono das Secas e Amazônia Oriental, assim determinado em lei; III- 80ha, os localizados nos municípios enquadrados na Amazônia Ocidental e no Pantanal Mato-grossense, assim determinado em lei”.

desquitada, ou de pessoas idosas; e das imagens e objetos de pequeno valor destinados a culto religioso³⁶ :

I. os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas.

O dispositivo prevê a impenhorabilidade desde que os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis tenham escopo alimentar. Por tal razão é possível avaliar a quantidade efetivamente necessária para o sustento dos beneficiários, admitindo-se a penhora do excedente. Como enfatiza Araken de Assis, “a necessidade representa um dos parâmetros cogentes da verba alimentar”.³⁷

Cabe salientar que a designação ‘desquitada’, considerando a anterioridade do Código de Processo Civil - de 1973 - em relação à Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) e à Constituição de 1988, não exclui a incidência da regra quanto às mulheres divorciadas, separadas judicialmente, bem como aos homens que se encontrem na mesma situação.

A impenhorabilidade também será absoluta quando o ato jurídico que instituir a restrição - via de regra o testamento - estendê-la também aos frutos, hipótese em que incidirá o art. 649, I, acima citado.

II. as imagens e os objetos do culto religioso, sendo de grande valor.

A regra inspira-se no respeito ao sentimento religioso das pessoas envolvidas, independentemente da religião professada. Os bens religiosos, como se sabe, não são

³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Obra citada, p. 101.

³⁷ ASSIS, Araken de. *Manual...* Obra citada, p. 332.

considerados bens públicos, pois há muito Igreja e Estado são independentes; nessa ótica, não há como considerá-los impenhoráveis, tampouco inalienáveis, salvo quando de pequeno valor. Justifica-se, então, a possibilidade de penhora quando os objetos encontram-se em mãos de colecionadores, não sendo utilizados, portanto, para culto religioso.

Além das hipóteses previstas no art. 650, há outras que tratam da impenhorabilidade relativa, como a do credor que está na posse dos bens do devedor, por direito de retenção, que somente poderá penhorar outros bens do patrimônio do executado “depois de excutida a coisa que se achar em seu poder” (CPC, art. 594); e a impenhorabilidade do bem de família voluntário - quanto às dívidas posteriores à sua constituição, exceto as provenientes de impostos relativos ao próprio bem (CC, arts. 70 a 73) - e do bem de família legal, prevista na Lei 8.009/90.

Ao contrário do que defende parte da doutrina³⁸, a despeito do interesse social de que se reveste a Lei 8.009/90, a impenhorabilidade do bem de família não é absoluta, pois não basta que o imóvel seja destinado à residência do casal ou da entidade familiar, para a incidência do benefício. Depende, sim, de circunstâncias especiais, referidas na própria lei. Tampouco a possibilidade de ser a impenhorabilidade reconhecida de ofício, como adiante se verá, confere caráter absoluto à restrição.

Outros bens são apontados pela doutrina como de penhorabilidade controversa, como os hipotecados, empenhados ou anticréticos, penhoráveis na execução movida pelo titular da garantia e cuja penhora independe de nomeação (CPC, art. 655, parágrafo 2.º); as cotas sociais, onde admite-se penhora se o contrato não veda sua cessão a terceiros ou, ainda assim, se houver consentimento expresso dos outros sócios; a linha telefônica, não abrangida pela Lei

³⁸ Entendendo que a penhora sobre o bem de família caracteriza nulidade absoluta: MARMITT, Arnaldo. *Bem de Família - legal e convencional*, Rio de Janeiro : Aide, 1995, p. 35.

8.009/90, mas que pode ser considerada útil ou mesmo necessária ao exercício da profissão (CPC, art. 649, VI); e as próteses, consideradas impenhoráveis porque de algum modo ligadas ao corpo do executado.³⁹

B. Invalidade da penhora pela impenhorabilidade do bem

Se a constrição recai sobre bens integrantes do patrimônio de quem não responde pela dívida, a penhora é nula, tratando-se de invalidade subjetiva⁴⁰, devendo o titular do patrimônio atingido argüir a nulidade através dos embargos de terceiro (CPC, art. 1.046). É possível, no entanto, que a penhora seja nula, precisamente em razão da impenhorabilidade do bem; é a invalidade objetiva do ato processual.

A impenhorabilidade processual absoluta é matéria de ordem pública, não podendo as partes dela dispor⁴¹, devendo ser conhecida de ofício pelo juiz.⁴² Assim, se a constrição recai

³⁹ Esses casos são apontados por Araken de Assis, inclusive com citações de jurisprudência, nas obras *Manual do processo de execução* (obra citada, pp. 323 a 325) e *Execução civil nos juizados especiais*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, pp. 103/104.

⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Execução civil...* Obra citada, p. 129.

⁴¹ Nesse sentido: “O CPC 649 II a IX estatui o *beneficium competentiae*, ou seja, a impenhorabilidade processual absoluta dos bens ali enumerados. É norma de ordem pública, das quais as partes não podem dispor, pouco importando haja a própria executada os oferecido. Os direitos da executada provenientes de reclamação trabalhista são impenhoráveis pois decorrem de remuneração, salário a qualquer título (1.º TACivSP, AI 536051, Rel. Rodrigues de Carvalho, j. 7.4.1993).” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Obra citada, p. 1143.)

⁴² Nesse sentido, algumas decisões: “A nulidade da execução de bem absolutamente impenhorável pode e deve ser declarada de ofício pelo juiz em sede de embargos à arrematação, mesmo que não tenham sido interpostos embargos do devedor (STJ, Ag. 47251, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 3.3.1994, DJU 10.3.1994, p. 4041).” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Obra citada, p. 1143); “A ‘estufa de secar fumo’ é bem indispensável à atividade do agricultor sendo impenhorável nos termos do art. 649, VI do CPC. A nulidade da constrição de bem absolutamente impenhorável pode e deve ser declarada de ofício pelo Juiz, mesmo em sede de embargos à arrematação, ainda que não tenham sido interpostos embargos do devedor.” (TJSC, Ag. 10.635, Rel. Des. Carlos Prudêncio. *DJESC* 29.07.96); “Reaindo a penhora sobre bens considerados como necessários ou úteis ao exercício de profissão, sem os quais por certo, as respectivas atividades paralisariam ou não mais seriam executadas com a mesma eficiência e, por isso, tidos como absolutamente impenhoráveis, viciado estará o ato, impondo-se que se decrete sua nulidade de ofício (RT 684/78).” (TJSC, Ag. n.º 97.011791-4, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Alcides Aguiar, julg. em 16.04.1998); “Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício.” (STJ, REsp. 262.654-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 05.10.2000, *Boletim Informativo Juruá* 279, pp. 16/17.)

sobre os bens elencados no art. 649, é nula de pleno direito, não estando o reconhecimento da nulidade sujeito à preclusão. Mas as outras restrições à responsabilidade patrimonial do devedor são instituídas, em regra, no interesse particular, tratando-se, portanto, de nulidade relativa, devendo ser argüida somente pelo próprio devedor⁴³, através de simples requerimento no curso da execução ou em sede de embargos (CPC, art. 741, V).⁴⁴

A propósito, se rejeitada a argüição feita por simples requerimento, nada obsta a que o executado renove o pedido nos embargos do devedor, cujo prazo ainda não tenha se esgotado; se, ao contrário, a argüição já tiver sido rejeitada em sede de embargos, não se admite novo pedido, porque violaria a coisa julgada.

Não se deve esquecer, também, que se reconhecida a impenhorabilidade alegada nos embargos à execução, deve ser reaberto o prazo para o oferecimento de novos embargos ou, ao menos, para o aditamento dos anteriores, após nova penhora validamente efetuada, visto que na execução por quantia certa sua admissibilidade pressupõe penhora válida.

Hipótese interessante, sobretudo no tocante ao reconhecimento de ofício da impenhorabilidade, é a do bem de família legal, por tratar-se a Lei 8.009/90 de norma de ordem pública, de caráter imperativo, que protege o devedor e sua família assegurando-lhes moradia e sobrevivência dignas, e cuja aplicação interessa ao Estado na mesma proporção em que os casos de impenhorabilidade previstos no art. 649. Justamente pelo interesse público da

⁴³ Sobre a legitimidade para a argüição da impenhorabilidade com base na Lei 8.009/90, veja-se a seguinte decisão: “Desconsiderada a personalidade jurídica da empresa devedora, tem ela legitimidade para argüir a impenhorabilidade do imóvel de propriedade do sócio.” (STJ, REsp. 170.034, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. em 06.06.2000, DJU 23.10.2000, *Boletim Informativo Juruá* 274, p. 16.)

⁴⁴ É possível que a nulidade relativa seja conhecida de ofício pelo juiz, desde que não operada a preclusão, que ocorrerá se o devedor não alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade, renunciando ao benefício. Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior observa que o silêncio do devedor só convalida o ato no caso de impenhorabilidade relativa: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo...* Obra citada, p. 251.

referida lei, é considerada nula qualquer cláusula contratual onde as partes convençionem afastar a sua incidência; o benefício da impenhorabilidade é, nesse aspecto, irrenunciável.⁴⁵

Pela mesma razão, o caráter público da Lei 8.009/90 não permite afastar sua incidência quando o devedor, por desconhecimento do benefício legal ou mesmo por descaso, deixa de argüir tempestivamente a impenhorabilidade.⁴⁶ Não sendo a ausência de argüição tempestiva pelo devedor, considerada renúncia ao benefício, a jurisprudência tem admitido, predominantemente, a discussão sobre a impenhorabilidade do bem de família até os embargos à arrematação⁴⁷, sendo possível argüi-la nos próprios autos da execução. A melhor orientação, entretanto, é a que permite seja suscitada a invalidade até mesmo nas Instâncias Superiores, porque considerada matéria de ordem pública, de grande relevância social.⁴⁸ Para Rainer Czajkowski, no entanto, em segundo grau de jurisdição só poderá ser revista a invalidade já argüida.⁴⁹

⁴⁵ Nesse sentido, a lição de Rainer Czajkowski: “deve-se considerar nulo o ato jurídico no qual, no mesmo momento ou no mesmo lapso de tempo em que contrai a dívida, o devedor renuncia antecipadamente ao benefício.” (*A impenhorabilidade do bem de família*, 3ª ed., Juruá : Curitiba, 1998, p. 147); no mesmo sentido, a seguinte decisão: STJ, REsp. 223.419-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 23.11.1999.

⁴⁶ Nesse sentido: “Em ação de execução por título judicial, a argüição de impenhorabilidade de bem de família não está sujeita à preclusão, pois trata-se de matéria de ordem pública podendo ser alegada por meio de simples petição no âmbito do próprio processo executivo (TJSP, Ag. 121.033-4/8, 10ª Câmara, rel. Des. Ruy Camilo, julg. em 22.06.1999).” (RT 770/247); em sentido contrário: “A nulidade da penhora que tem como objeto bem de família deve ser argüida na primeira oportunidade, operando-se a preclusão se o devedor apresenta embargos, sem levantar a questão.” (TJDF, Ag. n.º 1998.00.2.001774-0, 5ª Turma Cível, Relator Des. George Lopes Leite, julg. em 09.11.1998).

⁴⁷ Nesse sentido algumas decisões: TRF 3ª Região, AI 93.03.069370-1, 2ª T., Rel. Juíza Sylvia Steiner, DJU 03.06.1998; TARS, Ag. 191.096.361, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen, julg. em 05.09.1991.

⁴⁸ Nesse sentido, manifesta-se Arnaldo Marmitt: “Juridicamente viável é a apreciação da impenhorabilidade nos próprios autos da execução, independente de ação incidental, e até em agravo de instrumento, sem que a matéria tenha sido examinada pelo juiz nos autos principais. (...) Oponível em qualquer processo de execução, em qualquer fase processual também pode ser reconhecida.” (Obra citada, pp. 35/36); veja-se, também, a seguinte decisão: “A matéria é realmente de ordem pública e pode ser suscitada em qualquer fase do processo, ainda mesmo nas Instâncias Superiores e mesmo que não prequestionada.” (TJDF, Ag. n.º 4.430-7/99, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, julg. em 13.03.2000).

⁴⁹ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 148.

Lembre-se, ainda, que se a Lei 8.009/90 protege também a família do devedor, os familiares do executado, mesmo que não sejam parte na execução, poderão argüir a impenhorabilidade independentemente da titularidade sobre o bem. Deverão fazê-lo, entretanto, através dos embargos de terceiro⁵⁰, ainda que, se formulado o pedido através de simples petição, não deva ser ignorado, pela relevância social da questão.

Conclui-se, então, que pelo já mencionado caráter imperativo da lei e desde que existam provas ou indícios suficientes para que o juiz reconheça a natureza dos bens constritos, poderá haver reconhecimento de ofício da impenhorabilidade, mesmo ante a inércia do devedor⁵¹, embora continue este com o ônus da prova sobre a titularidade e a destinação do bem de família. A inversão do ônus da prova consistiria, nesse caso, violação ao princípio segundo o qual a execução se realiza sempre no interesse do credor (CPC, art. 612).⁵²

A despeito de não se admitir a renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família por anterior disposição contratual ou pela inércia do devedor, admite-se que o executado renuncie ao benefício quando, ao ser citado, nomeia à penhora o bem de família.⁵³ Do mesmo modo, caracteriza-se a renúncia quando a nomeação é feita pelo exequente e o

⁵⁰ Nesse sentido, algumas decisões: STJ, REsp. 56.754-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. em 23.05.2000, *DJU*, 21.08.00 (evidencia-se, também, a inocorrência de preclusão); TARS, AI 197104268, 1ª Câmara, Rel. Juíza Teresinha de Oliveira Silva, julg. em 09.09.1997; 1º TACivSP, Ap. Cív. 0649291-1, 9ª Câmara, Rel. Juiz Gavião de Almeida, julg. em 24.06.1997; em sentido contrário, não admitindo a defesa do bem de família por membro da família que não seja seu proprietário: 2º TACivSP, Ap. 497.758, 2ª Câmara, Rel. Juiz Norival Oliva, julg. em 20.10.1997.

⁵¹ Nesse sentido, algumas decisões: TJDF, Apel. Cív. n.º 1999.01.1.018488-3, 1ª Turma Cível, Rel. Des. João Mariosa, julg. em 10.04.2000; TJDF, Ap. Cív. n.º 45.016/97, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Edmundo Minervino, julg. em 25.11.1998; TJDF, Ag. n.º 8.867/97, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Edmundo Minervino, julg. em 16.02.1998.

⁵² CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 151; veja-se algumas decisões onde não se admite a inversão do ônus da prova: TAMG, Ap. Cív. 217.642-3, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz Edivaldo George, julg. em 04.06.1996 (*RJTAMG* 63/268); TJDF, Ap. Cív. 1998011047159-2, Rel. Des. Romeu Gonzaga, julg. em 25.10.1999.

⁵³ Nesse sentido, algumas decisões: "TAMG, Ap. Cív. 0281626-6, 4ª Câmara, Rel. Juíza Maria Elza, julg. em 22.09.1999; TAMG, Ap. Cív. 0224039-7, 3ª Câmara, Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, julg. em 02.10.1996; TJPR, Ap. Cív. 83316900, 4ª Câmara, Rel. Des. Troiano Neto, julg. em 12.04.2000; TJPR, Ag. 102.882-2, 7ª Câmara, Rel. Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo, *DJPR* 01.08.1997; 2º TACivSP, Ag. 427.653-00/9, 8ª Câmara, Rel. Juiz Narciso Orlandi, julg. em 09.03.1995 (*RT* 724/379).

devedor manifesta expressamente sua concordância. Renuncia, também, ao benefício, aquele que dá o bem em garantia⁵⁴, como no caso da hipoteca, prevista no art. 3.º, V, da Lei 8.009/90, que será oportunamente analisado.

⁵⁴ Nesse sentido: 2º TACivSP, AI 430.243-00/5, 4ª Câmara, Rel. Juíza Luzia Galvão Lopes, julg. em 07.03.95, (RT 723/417); STJ, REsp. 160.058-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. em 01.06.2000, DJU, 28.08.00 (ênfatizando que a hipótese de oferecimento do imóvel em caução ao requerer medida cautelar não equivale à constituição de ônus real prevista em lei).

Capítulo 2

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

O instituto jurídico do bem de família tem origem na então República do Texas, cuja Constituição de 1836 estabelecia que todo cidadão poderia receber do Governo uma porção de terra para trabalhar e torná-la produtiva, com a evidente intenção de estimular a população a se estabelecer naquele território ainda desabitado e subdesenvolvido. Em 26.01.1839, a Lei Texana do *Homestead* declarou isentas de execução judicial por dívidas as áreas de terra até 50 acres, bem como terrenos urbanos, também com a finalidade de incentivar a colonização.⁵⁵

A idéia foi difundida e acolhida por quase todos os Estados norte-americanos. Mais tarde, em 20.05.1862, a lei federal americana criou o *homestead act*, incorporado ao Código Civil brasileiro de 1916.⁵⁶ A palavra *homestead*, de origem anglo-saxã, significa o lugar do lar (*home* = lar; *stead* = lugar). O instituto destina-se, então, a assegurar um lar aos cidadãos, a garantir sua moradia.

No Brasil, parte da doutrina entende que o instituto do bem de família deveria ter sido colocado no livro da família e não na parte geral do Código Civil, relativa aos bens, porque objetiva proteger a entidade familiar.⁵⁷ Não parece, entretanto, que a opção do legislador

⁵⁵ VELOSO, Zeno. Bem de Família. *Revista de Direito Civil - Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 15, n.º 55, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991, p. 112.

⁵⁶ STÁBILE FILHO, José. Bem de Família e Execução. *RT* 669/68.

⁵⁷ Nesse sentido: GUIMARÃES, Marilene S. Bem de Família segundo a legislação civil e processual brasileira (com análise da legislação uruguaia), *RePro* 77/217.

brasileiro está equivocada. A definição do imóvel residencial como impenhorável implica na verificação de sua destinação como moradia do devedor, bem como de sua família, e não propriamente na discussão sobre as relações familiares.

No Projeto do Novo Código Civil as disposições sobre o bem de família foram transportadas para o Livro destinado ao Direito de Família (arts. 1.740 a 1.751). Não seria esta a melhor orientação, como também não se justifica o tratamento conferido ao instituto - considerando-se apenas a instituição voluntária do bem de família - que ignora a impenhorabilidade legal introduzida pela Lei 8.009/90.

Para Álvaro Villaça Azevedo o instituto do bem de família deve mesmo ser agasalhado pelo Direito de Família - por estar entre as normas que regulam as relações familiares - para que o Estado possa intervir e conferir sólida proteção à família, “figura jurídica preservadora da própria existência dos indivíduos”.⁵⁸ No entanto, ainda que a instituição voluntária do bem de família possa realmente ser tratada como convenção de Direito de Família, a impenhorabilidade da Lei 8.009/90, como afirma Rainer Czajkowski, “tem conteúdo de responsabilidade civil”.⁵⁹

Como dito linhas acima, a impenhorabilidade do bem de família há muito existe em nosso ordenamento jurídico, por força dos arts. 70 a 73 do Código Civil, embora não tenha havido considerável aceitação por parte da sociedade ao instituto ali disposto.

Talvez porque, da forma como instituída no Código Civil, a impenhorabilidade do imóvel residencial familiar implica também na sua inalienabilidade, acarretando, com isso, verdadeira imobilidade patrimonial⁶⁰ pois, em regra, nas classes menos favorecidas, o imóvel residencial é o único bem economicamente relevante.

⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Obra citada*, p. 92.

⁵⁹ CZAJKOWSKI, Rainer. *Obra citada*, nota à 3ª edição.

⁶⁰ PUGGINA, Márcio Oliveira. A impenhorabilidade da Lei n.º 8.009. *Ajuris - Revista da Associação dos*

Com a edição da Lei 8.009/90, o legislador ampliou sensivelmente a incidência do instituto, dispensando a iniciativa do instituidor, pelo interesse público da tutela da dignidade do devedor e de sua família. O novo diploma legal eliminou, também, a restrição da inalienabilidade, pois a impenhorabilidade prevista na lei não interfere na livre disposição dos bens.⁶¹

A despeito de não constituir em verdadeira novidade no Direito brasileiro, a impenhorabilidade do bem de família por força da Lei 8.009/90 não veio revogar o instituto do bem de família regulado pelo Código Civil. As duas modalidades coexistem e, embora com princípios semelhantes, apresentam requisitos diferentes e acarretam efeitos diversos. Veja-se que a própria lei, no parágrafo único do art. 5.º, expressamente faz referência ao bem de família instituído voluntariamente.

A seguir serão analisados os dispositivos da Lei 8.009/90, enfatizando-se, desde já, que suas disposições privilegiam valores como a propriedade, a família e a dignidade humana - já protegidos na impenhorabilidade do art. 649 do CPC -, ao incluir o imóvel residencial familiar entre os bens relativamente impenhoráveis. Subtraindo alguns bens da garantia patrimonial do credor, o legislador acertadamente valorizou o direito à habitação, considerando-o indispensável para que o devedor e sua família vivam com dignidade.

A. O benefício da impenhorabilidade legal. A Lei 8.009/90

A Medida Provisória n.º 143, de 08.03.90, adotada pelo Estado num momento em que a economia nacional atravessava grande crise, que até hoje perdura, resultou na promulgação

Juizes do Rio Grande do Sul, ano XVIII, n.º 53, Porto Alegre, 1991, p. 271.

⁶¹ Em sentido contrário, referindo-se à Lei 8.009/90, Carlos Gonçalves afirma: "Se a lei tornou impenhorável o bem de família por ela instituído, ficou esse *bem* fora do comércio (...) por ser insuscetível de apropriação e, por isso, inalienável, a teor do artigo 69 do Código Civil." (*Impenhorabilidade do bem de família*, 4.ª ed., Porto Alegre : Síntese, 1998, p. 185.)

da Lei n.º 8.009/90 que, como antes mencionado, além de não violar os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pela Constituição Federal de 1988, vem preservá-los.

É certo que mesmo diante do princípio da sujeição do patrimônio às dívidas, constitucionalmente previsto - art. 5.º, LXVII, LIV - e do princípio segundo o qual o devedor responde com todos os seus bens perante seus credores - CPC, art. 591 -, o legislador pode excluir alguns deles, por força do interesse público, os quais não podem sujeitar-se à execução, não sendo passíveis de expropriação para satisfação dos créditos.

Ainda que incompleta e deficiente, a Lei n.º 8.009/90 surgiu num período em que se mostrava de essencial importância limitar o exercício de direitos particulares e valorizar a moradia familiar em prol da justiça social, sobretudo diante da imprevisibilidade da economia de nosso país, comprometendo consideravelmente o setor habitacional.

A despeito de não ser considerada unicamente norma processual pela incidência de seus efeitos nas relações jurídicas de ordem material, o interesse público e a finalidade social impõem uma interpretação teleológica da lei, consoante à realidade social, e uma aplicação que observe o verdadeiro sentido da norma e acompanhe as novas necessidades sociais, sem afastar-se dos princípios e garantias estabelecidos na Lei Maior.

1. O imóvel residencial próprio e o campo de incidência da impenhorabilidade legal (art.

1.º)

O conteúdo da Lei 8.009/90 resume-se, basicamente, no disposto em seu art. 1.º, cujo *caput* prescreve: “O imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.”

Neste tópico serão abordadas somente as questões relativas à definição do imóvel próprio, bem como a circunstância de não responder por dívida de qualquer natureza. A problemática em torno da entidade familiar de que trata a Lei, refletida nesse mesmo dispositivo, será tratada a seguir, numa análise mais cuidadosa das várias formas de constituição de família.

Inicialmente cabe observar que o benefício da impenhorabilidade legal não se estende às pessoas jurídicas. Estas podem ser beneficiadas somente de forma indireta, quando do reconhecimento da impenhorabilidade argüida pelo sócio, quanto ao bem de sua propriedade.

É possível, no entanto, que a impenhorabilidade seja reconhecida em favor da firma individual, entendida como pessoa jurídica somente em função do imposto de renda, bem como em favor de algumas micro-empresas de caráter essencialmente familiar, com sede muitas vezes na própria moradia dos sócios, integrantes da família. Admite-se esse entendimento porque, numa verdadeira confusão de patrimônios, há casos em que, não havendo bens da empresa, são os bens dos membros da família que respondem pelas obrigações contraídas.⁶²

Outra consideração importante, é a de que o objeto da impenhorabilidade legal pode consistir tanto na mais simples quanto na mais luxuosa residência, visto que a Lei 8.009/90 não faz qualquer menção à área ou à localização do imóvel, tratando do assunto com uma injustificável generalidade.⁶³

⁶² Nesse sentido: CZAJKOWSKI, Rainer. *Obra citada*, p. 61; em sentido contrário, algumas decisões: “A sociedade cujos sócios integram uma entidade familiar é uma empresa familiar, mas não a entidade familiar contemplada na Constituição ou na Lei 8.009/90.” (STJ, REsp. n.º 35.281-9-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 18.10.1994, *DJU*, 28.11.94.); “Seria mesmo inadmissível que uma empresa aparentasse solidez de patrimônio ao celebrar transações comerciais, mas no momento de honrar os compromissos assumidos, subtraísse a garantia sob a alegação de que o imóvel constitui bem de família, apesar de estar abrigando também pessoa jurídica, ainda que modesta, de cunho familiar.” (TAPR, Ap. Cív. 135.310-2, 6ª Câmara, Rel. Juiz Mendes Silva, julg. em 31.08.1999.)

⁶³ “A proteção da citada Lei 8.009/90 atende a unidade familiar sem levar em conta o nível socioeconômico e, se ela não delimita a área impenhorável, ao julgador é vedado fazê-lo.” (TAPR, Ag. 149008600, 6ª Câmara, Rel. Juíza Anny Mary Kuss, julg. em 22.05.00.)

Há quem defenda até mesmo a inconstitucionalidade da Lei em razão da ausência de critérios seguros para definir a habitação familiar abrangida pelo benefício. Carlos Callage, para quem a Lei 8.009/90 está repleta de equívocos, aponta como uma das causas de sua inconstitucionalidade, a inexistência de regulamentação quanto ao valor, localização ou metragem do imóvel residencial familiar.⁶⁴

E essa inexistência de critérios seguros para definir o imóvel residencial impenhorável fez com que a jurisprudência evoluísse no sentido de admitir o desmembramento do imóvel tido como residencial familiar, aplicando-se analogicamente o parágrafo 2.º do art. 4.º da Lei sob exame, a fim de que a impenhorabilidade recaia somente sobre a área indispensável à fixação da residência, quando esta comportar individualização.⁶⁵ Ressalte-se, entretanto, que a pluralidade de construções não pressupõe necessariamente a divisibilidade do imóvel.

No tocante à titularidade do bem, note-se que, a despeito da caracterização como bem de família, o imóvel continua pertencendo ao seu respectivo titular, e não propriamente à família, que não se trata de ente dotado de personalidade jurídica.⁶⁶

⁶⁴ “Ao contrário do que aparenta ser, a lei não protege apenas os economicamente débeis. Basta que seja residencial familiar para que esteja o imóvel imune a penhoras, não importando seu valor, localização ou metragem.” (CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009 de 29 de março de 1990 [impenhorabilidade do imóvel residencial] Um equívoco de dois governos. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ajuris*, ano XVII, n.º 49, Porto Alegre, 1990, p. 196.)

⁶⁵ Nesse sentido: “A impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/90 não se estende ao lote desocupado que serve de jardim e área de lazer à residência dos embargantes, que ocupa dois outros lotes contíguos.” (TJDF, Ac. 43.252, 2ª Turma, Rel. Desª Aparecida Fernandes, DJU 26.11.1997.); “Recaindo a penhora sobre extenso imóvel do devedor, contendo dois lotes separados fisicamente, passíveis de desmembramento, a proteção da lei 8.009/90 deve incidir apenas sobre a parte em que o devedor reside com sua família, admitindo-se a constrição judicial da parte ideal correspondente à área não utilizada.” (2º TACivSP, Ag. 532.349, 6ª Câmara, Rel. Juiz Paulo Hungria, julg. em 29.07.1998.) NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 28ª ed., Saraiva : São Paulo, 1999, nota 2 ‘h’ ao art. 649, p. 498. Não admitindo o desmembramento, porque haveria descaracterização do imóvel: “... não havendo parâmetros legais de metragem estipulados por lei para efeito de incidência do benefício previsto na Lei 8.009/90 nos imóveis urbanos, recomendável ao julgador, em sua função de intérprete e aplicador da lei, que se examine o possível desmembramento do bem diante das circunstâncias de cada caso, tais como o tamanho médio do terreno da vizinhança, possível descaracterização e desvalorização do imóvel remanescente, posição social do devedor, etc.” (STJ, REsp. 188.706-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 05.08.1999, DJU, 13.09.1999.)

⁶⁶ Nesse sentido: “O fato do imóvel pertencer a uma só pessoa não impede que este seja considerado impenhorável.” (TJPR, Ap.Cív. 74983100, 1ª Câmara, Rel. Juiz Prado Filho, julg. em 11.05.1999.)

Mas não só a propriedade é protegida pela impenhorabilidade legal; também a posse é abrangida pelo benefício. Como se sabe, ainda que a penhora deva incidir sobre bens de propriedade do executado, é possível que, diante da aparência de domínio, a penhora recaia sobre a posse do devedor sobre o bem. Mesmo nesses casos, a finalidade social da Lei 8.009/90 admite sua aplicação para proteger a moradia do devedor e de sua família. A expressão “imóvel residencial próprio”, vale dizer, compreende também o imóvel que está sendo adquirido, desde que incontroverso e devidamente registrado o compromisso de compra e venda.⁶⁷

O mesmo não ocorre, no entanto, quando se trata de direito real de usufruto. Tal direito é inalienável e personalíssimo, decorrendo daí sua impenhorabilidade, razão pela qual não se faz necessária a arguição do benefício de que trata a Lei 8.009/90.⁶⁸

Questão um tanto controvertida é a relativa ao imóvel ainda em fase de construção, que será destinado à residência da família. Fundamental, nessa hipótese, que seja verificada a real intenção de ser destinada a construção à moradia do devedor e de seus familiares. Para tal verificação, importante observar, quando do ajuizamento da execução, se a construção já se encontrava em estado adiantado, a fim de impedir a concessão do benefício ao devedor de má-fé.

Como já mencionado no início deste estudo, uma vez reconhecida a impenhorabilidade do imóvel em construção, imperioso também considerar impenhoráveis os materiais utilizados na respectiva obra (CPC, art. 649, VIII).

Uma última observação, ainda sobre a definição do imóvel próprio, é a de que o benefício da impenhorabilidade legal pode ser pleiteado pelo devedor quando a penhora incidir

⁶⁷ Nesse sentido: TJPR, Ap. Cív., 57131300, 1ª Câm., Rel. Des. Pacheco Rocha, julg. em 28.10.1997.

⁶⁸ Sobre o tema, Rainer Czajkowski esclarece: “Penhorável são os frutos extraídos da coisa e que se desvinculam dela; é diferente.” (Obra citada, p. 67)

sobre o seu quinhão do imóvel em condomínio e os demais condôminos forem membros de sua família. Também os familiares, nessa hipótese, desde que não sejam co-executados e residam no bem objeto da constrição, podem arguir a impenhorabilidade, através de embargos de terceiro.

Nos casos em que os demais condôminos não integram a família do devedor, deve ser admitida a penhora do quinhão pertencente ao executado, sem que as outras quotas sejam atingidas⁶⁹; se indivisível o imóvel, aos condôminos é assegurado o direito de preferência na aquisição do quinhão penhorado, quando da alienação em hasta pública (CC, arts. 632 e 1.139).*

Finalmente, cabe apreciar a circunstância de o imóvel residencial familiar não responder por dívida de qualquer natureza. O dispositivo em questão refere-se à “dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza”. No art. 3.º, entre as exceções ao benefício da impenhorabilidade legal, a lei prevê a admissibilidade da constrição quando adquirido o imóvel “com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.”

Entretanto, quando o débito provém de ilícito civil, a Lei não faz a mesma ressalva.⁷⁰ Anote-se, a esse respeito, a lição de Rainer Czajkowski, para quem não seria justo nem ético aplicar o benefício para obstar a indenização por ato ilícito, ainda que meramente civil, pois o

⁶⁹ Nesse sentido: “No regime condominial, com diversidade de proprietários, chefes ou não de família, o imóvel não pode se perpetuar indivisivelmente a beneficiar, com a impenhorabilidade, apenas uma das famílias.” (TAMG, Ag. 0227125-0, 3ª Câ., Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, julg. em 19.03.1997.); em sentido contrário: “Quanto ao reconhecimento da impenhorabilidade de parte do imóvel é de prevalecer, nos termos da Lei n.º 8.009/90, que não distingue o proprietário único do condômino.” (TJDF, 4ª Turma Cível, Ap. Cív. 45770/97, Rel. Des.ª Haydevalda Sampaio, julg. em 15.12.1997.); “Se a lei protege um imóvel residencial na sua integralidade, com maior razão protege a parte ideal do todo, desde que o devedor more no imóvel.” (1.º TACivSP, Ag. 668.465-3, 2ª Câ., Rel. Juiz Alberto Tedesco, julg. em 27.03.1996, RT 733/248.)

⁷⁰ Admitindo a aplicação do benefício mesmo em caso de dívida resultante de indenização: TJSP, Ap. Cív. 41.666-5, 9ª Câ. de Direito Público, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, julg. em 20.10.99.

reconhecimento da impenhorabilidade legal, nesses casos, “ofenderia o bom senso e os princípios gerais do direito”.⁷¹

2. A extensão da impenhorabilidade legal (art. 1.º, parágrafo único)

Não foi apenas o imóvel residencial próprio que a Lei 8.009/90 tornou impenhorável, mas também os bens indicados no parágrafo único do art. 1.º: “o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.”

A referência ao terreno onde está situada a residência, desde a edição da Lei tem sido alvo de críticas pela doutrina, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o direito real de superfície como autônomo em relação ao domínio, sendo a especificação totalmente desnecessária.⁷²

Quanto aos equipamentos de uso profissional, a Lei também não inovou, pois são legalmente impenhoráveis por força do art. 649, VI, do CPC. Note-se, a propósito, que tal restrição à responsabilidade patrimonial do devedor foi tratada pelo CPC de forma mais abrangente, onde o reconhecimento da impenhorabilidade independe do local onde se encontrem os bens. Imagina-se, então, que o legislador pretendeu especificar, no interior do imóvel residencial, o que também pode ser impenhorável.⁷³

As plantações referidas neste dispositivo, certamente são aquelas tidas como acessões nos imóveis rurais (art. 4.º, parágrafo 2.º). Ressalte-se, aqui, que nas hipóteses em que a

⁷¹ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 59.

⁷² CALLAGE, Carlos. Obra citada, p. 197.

⁷³ Maquinário de grande porte, que não integra o conjunto residencial, não é abrangido pela Lei 8.009/90. Nesse sentido: STJ, REsp. 218.747-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 23.11.1999, DJU, 21.02.00.

impenhorabilidade do imóvel rural de maior porte restringe-se à sede da moradia, somente as plantações nela situadas são abrangidas pelo benefício.

No tocante às “benfeitorias de qualquer natureza” houve verdadeiramente inovação, pois o CPC, quando estabeleceu restrições ao princípio da responsabilidade patrimonial, protegeu apenas o essencial à subsistência do devedor, sendo muito mais abrangente a proteção introduzida pela Lei 8.009/90.

Assim, estão abrangidas pelo benefício da impenhorabilidade legal, tanto as benfeitorias necessárias ou úteis, quanto as voluptuárias.⁷⁴ Ao contrário do que se poderia supor, as benfeitorias voluptuárias não se confundem com as obras de arte e os adornos suntuosos, excluídos do benefício por força do *caput* do art. 2.º, da Lei sob exame. Benfeitorias, ainda que possam ser consideradas obras de arte se executadas com originalidade por artistas famosos, são necessariamente ligadas à construção, sendo impossível removê-las sem destruí-las. A impenhorabilidade, nesses casos, decorre da própria acessoriedade.

E por falar em acessoriedade, questão interessante e ainda não pacificada é a da possibilidade de a penhora recair apenas sobre as vagas nas garagens dos edifícios residenciais. O que a jurisprudência tem entendido, predominantemente, é que se a vaga na garagem é tida como unidade autônoma, com registro imobiliário próprio, não tem caráter acessório e, portanto, pode ser penhorada.⁷⁵ Se, ao contrário, a vaga na garagem não tem registro próprio, sendo acessória em relação à unidade habitacional autônoma, não pode ser objeto da constrição.

Mas já existem decisões, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que, considerando a inviabilidade da alienação judicial da vaga de garagem penhorada, sobretudo diante de

⁷⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 162.

⁷⁵ Nesse sentido: STJ, REsp. 182.451-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 03.11.1998, DJU, 14.12.98.

convenção que impossibilita sua comercialização independentemente do apartamento, reconhecem a impenhorabilidade do bem, mesmo com matrícula própria no Registro Imobiliário.⁷⁶

Outra questão que já foi objeto de maior controvérsia, é a da penhora sobre a linha telefônica. Houve tempos em que o direito de uso de telefone era considerado bem de grande expressão econômica, e essa supervalorização resultava num grande número de penhoras de linhas telefônicas nos processos executivos. E isso há bem pouco tempo, após, portanto, o advento da Lei 8.009/90, a partir da qual passou-se a questionar se o telefone também garante a casa do devedor, sendo, nessa medida, impenhorável.⁷⁷

Em nossos dias, com a evolução do serviço de telefonia, a penhora das linhas telefônicas passou a ser economicamente inviável. Mas, ainda que assim não fosse, a jurisprudência orientou-se no sentido de admitir que o telefone residencial é indispensável à vida moderna, imprescindível para o cultivo das relações sociais do devedor e de sua família, considerando-o abrangido pelo benefício da impenhorabilidade legal.⁷⁸ Note-se, a propósito, que não é economicamente inviável, mas, ao contrário, perfeitamente admissível, a penhora sobre as ações de companhia telefônica, com cotação em Bolsa de Valores, porque desvinculadas do direito ao uso da linha.⁷⁹

⁷⁶ Nesse sentido: STJ, REsp. 222.012-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 10.12.1999, *DJU*, 24.04.00.

⁷⁷ Algumas decisões onde admitiu-se a penhora da linha telefônica: 2º TACivSP, Ap. 328.978/00, 3ª Câ., Rel. Juiz Oswaldo Breviglieri, julg. em 09.03.1993 (*RT* 698/120); 1º TACivSP, Ag. 544.182/5, 4ª Câ., Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo, julg. em 18.08.1993 (*RT* 704/128); TARS, Ag. 195.152.129, 1ª Câ., Rel. Ari Darci Wacholz, julg. em 05.12.1995. Ainda hoje, minoritariamente entendendo penhorável a linha telefônica: TAMG, Ag. 0295883-0, 7ª Câ., Rel. Juiz Geraldo Augusto, julg. em 24.02.2000.

⁷⁸ Algumas decisões entendendo impenhorável a linha telefônica: STJ, REsp. 248.503-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. 16.05.2000, *DJU*, 19.06.00; STJ, REsp. 262.900-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. 21.09.2000, *DJU*, 16.10.00 (a 5ª Turma do STJ pacificou o entendimento de que o telefone residencial é indispensável à vida moderna); STJ, REsp. 64.629-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU* 25.09.1995.

⁷⁹ Nesse sentido: TARS, Ac. 197035306, 4ª Câ., Rel. Juiz Moacir Leopoldo Haeser, julg. em 05.06.1997.

Vale ressaltar, nesse tópico, que se o direito ao uso de telefone é necessário ou simplesmente útil ao exercício da profissão do devedor, independentemente de estar instalado no imóvel residencial, é protegido da penhora pelo disposto no art. 649, VI, do CPC.⁸⁰

A generalidade com que a Lei 8.009/90 tratou a impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência, até hoje tem gerado interpretações divergentes. Na ausência de critérios legais para especificar os tipos de móveis, eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos sobre os quais deve ser estendida a impenhorabilidade, a própria jurisprudência reconhece que o interesse social de que se reveste o benefício exige uma interpretação voltada às peculiaridades de cada caso.⁸¹ Tomando-se, como exemplo, um piano de aparente exorbitância e suntuosidade, pode ser considerado impenhorável quando indispensável ao estudo ou ao trabalho de membros da família.⁸²

Parece claro que o legislador não pretender dar ao executado unicamente condições de sobrevivência. Procurou, sim, garantir ao devedor e à sua família uma vida digna, que permita seja mantida a convivência no meio social a que pertencem. Para tanto, são necessários bens que, ainda que não propriamente indispensáveis à sobrevivência humana, como enfatiza Márcio Oliveira Puggina, já estão “incorporados ao uso generalizado da vida em sociedade”.⁸³

⁸⁰ Sobre a impenhorabilidade do telefone residencial do advogado: “Em qualquer momento, poderá ser o advogado procurado por um cliente que precisa de seu trabalho. O telefone residencial é ponto de contato ou de recado, justamente para o horário em que não mais se encontra no escritório, e haja urgência de seu trabalho. Conjugadas as duas necessidades, não há como admitir a penhora do telefone residencial de um profissional liberal que exerce uma função de relevante serviço para a sociedade. Antes de ser um direito que integra o patrimônio, passa a ser um equipamento de uso profissional, previsto no parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.009/90 como bem impenhorável.” (TARS, Ac. 195.171.558, 5ª Câmara, Rel. Juiz Jasson Ayres Torres, julg. em 07.12.1995.)

⁸¹ Nesse sentido: TAMG, Ag. 0239449-6, 7ª Câmara, Rel. Juiz Lauro Bracarense, julg. em 26.06.1997, *RJTAMG* 68/78.

⁸² Nesse sentido: STJ, REsp. 207.762-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. em 27.03.2000, *DJU*, 05.06.00. Em sentido contrário, porque não demonstrada a utilização do piano como meio de aprendizagem, atividade profissional, ou a circunstância de ter valor sentimental: STJ, REsp. 198.370, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. em 16.11.2000, *DJU*, 05.02.01, *Boletim Informativo Juruá* 284, p. 09.

⁸³ PUGGINA, Márcio Oliveira. Obra citada, p. 273.

Evidente que, quanto mais elevado o padrão de vida do devedor, quando sua família se insere num meio social privilegiado, mais restritiva deve ser a interpretação quanto aos bens necessários a permitir uma vida com dignidade. Assim, se a casa é guarnecida com vários utilitários da mesma espécie, somente sobre os absolutamente necessários ao seu funcionamento é que se deve estender o benefício da impenhorabilidade legal.⁸⁴ São tidos como impenhoráveis, sob este prisma, bens que costumeiramente guarnecem uma casa de padrão médio, mas não a ponto de proteger o acúmulo desses bens pelo devedor inadimplente.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a penhora não poderá incidir sobre a geladeira, o fogão, a mesa e as cadeiras, as camas, os armários, as máquinas de lavar e de secar roupa, a de lavar louça, o congelador, o forno de microondas, bem como o computador, a televisão, o aparelho de som e o vídeo cassete, porque considerados necessários ao funcionamento do lar - restringindo-se, em regra, a uma unidade de cada tipo - numa interpretação condizente com a finalidade da norma.⁸⁵ Não há, entretanto, uma uniformidade de julgados, principalmente nos tribunais estaduais, pois os termos genéricos da Lei permitem um alto grau de subjetivismo por parte do julgador.⁸⁶

⁸⁴ Nesse sentido, algumas decisões: STJ, REsp. 109.351-RS, C. Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 01.07.1997, *DJU*, 25.05.98; STJ, REsp. 209.389-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. em 18.04.2000, *DJU*, 26.06.00.

⁸⁵ Algumas decisões, exemplificativamente: STJ, REsp. 74.210-PR, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 19.03.1996 - *RT* 730/199 (entendendo impenhoráveis a mesa e a televisão); STJ, REsp. 141.160-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julg. em 18.09.1997, *DJU*, 20.10.97 (entendendo impenhoráveis a televisão e a máquina de lavar); STJ, REsp. 110.436-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, *DJU* 31.03.1997 (entendendo impenhorável a televisão); STJ, REsp. 201.232, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. em 28.03.2000, *DJU*, 02.05.00 (entendendo impenhoráveis a geladeira e a televisão); STJ, REsp. 123.673-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julg. em 17.08.2000, *DJU*, 16.10.00 (entendendo impenhoráveis a televisão e o aparelho de som); STJ, REsp. 243.761-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 31.08.2000, *DJU*, 23.10.00 (entendendo impenhoráveis o computador, o microondas, as máquinas de lavar e de secar e o congelador); STJ, REsp. 150.021-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. em 23.02.1999, *DJU*, 19.04.99 (entendendo impenhoráveis a televisão, o vídeo cassete, o aparelho de som, o microondas e o computador); STJ, REsp. 284.445, *Boletim Informativo Juruá* 277, p. 02 (entendendo impenhoráveis a televisão, o vídeo cassete, o som, o teclado e a máquina de lavar).

⁸⁶ Algumas decisões, exemplificativamente: 1º TACivSP, Ag. 381.947/2-00, 2ª Câ., Rel. Juiz Souza Aranha, julg. em 19.04.1993 (entendendo impenhorável a televisão, porque se presta ao lazer, à obtenção de informação

No tocante aos bens destinados ao lazer, muitas vezes excluídos do benefício porque considerados dispensáveis, houve sensível modificação da orientação jurisprudencial⁸⁷, sendo esses equipamentos e utensílios - entre os quais a televisão, o vídeo cassete e o aparelho de som - modernamente reconhecidos como fundamentais para o bom convívio familiar e, como tais, impenhoráveis. O lazer, cumpre observar, é constitucionalmente reconhecido como um direito social do cidadão (CF, art. 6.º)⁸⁸, uma necessidade vital básica do trabalhador e de sua família, situado entre os componentes do cálculo do salário mínimo (CF, art. 7.º, IV)⁸⁹.

Destaque-se, também, que se os eletrodomésticos ou aparelhos eletrônicos consistirem em instrumentos de trabalho, necessários ou úteis ao exercício da profissão, são legalmente impenhoráveis por força do art. 649, VI, do CPC.

e cultura); 2º TACivSP, Ap. 435.645-00/6, 4ª Câ., Rel. Juiz Celso Pimentel, julg. em 04.07.1995 - RT 725/300 (entendendo impenhorável a geladeira mas não a máquina de lavar por ser apenas útil e não indispensável); 2º TACivSP, Ag. 437.620-00/1, 11ª Câ., Rel. Juiz Clovis Castelo, julg. em 14.08.1995 - RT 725/310 (entendendo impenhorável a televisão porque indispensável ao convívio social); TJSP, Ag. 197.435-2/6, 11ª Câ., Rel. Des. Laerte Nordi, julg. em 30.06.1992 - RT 688/96 (entendendo impenhoráveis a mesa e a televisão); TARS, Ag. 197125503, C. Férias Cível, Rel. Juiz Perciano de Castilhos Bertoluci, julg. em 30.07.1997 (considerando impenhoráveis a geladeira, a máquina de lavar roupa e a secadora de roupas, e penhoráveis o aparelho de som e o microondas); 1º TACivSP, Ag. 0910506-8, 7ª Câ., Rel. Juiz Carlos Renato, julg. em 29.02.2000 (entendendo passíveis de penhora a televisão e a máquina de lavar); 1º TACivSP, Ap. 0791328-8, 9ª Câ., Rel. Juiz José Cardoso Neto, julg. em 15.02.2000 (excluindo a antena parabólica da proteção da Lei 8.009/90); TJRS, Ag. 598.532.562, 10ª Câ., Rel. Juiz Luiz Lúcio Merg, julg. em 25.02.1999 (entendendo penhorável o forno de microondas).

⁸⁷ Algumas decisões sobre bens destinados ao lazer, exemplificativamente: STJ, REsp. 31.930-SP, 1ª Turma, Min. Milton Luiz Pereira, julg. em 14.12.1994, DJU, 20.02.95 (entendendo sujeitos à penhora a televisão, o vídeo cassete e o aparelho de som); STJ, REsp. 106.325-PR, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 10.03.1997 (entendendo impenhoráveis a televisão e o aparelho de som, mas não o vídeo cassete); TJDF, Ac. 46.870/97, 4ª Turma, Rel. Des. Estevam Maia, DJU 30.09.1998 (entendendo passível de penhora o aparelho de som); STJ, REsp. 198.370, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. em 16.11.2000, DJU 05.02.01, *Boletim Informativo Juruá* 284, p. 09 (entendendo impenhoráveis aparelhos de televisão e de som, vídeo cassete, computador e impressora, considerados veículos de informação, trabalho, pesquisa e lazer); STJ, REsp. 161.262, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julg. em 24.11.1998, DJU 05.02.01, *Boletim Informativo Juruá* 283, p. 12 (entendendo impenhorável a antena parabólica, por viabilizar o fácil acesso à diversão, lazer, cultura, educação e informação).

⁸⁸ CF, art. 6.º: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

⁸⁹ CF, art. 7.º, IV: "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim."

Ao final do dispositivo analisado, está ressalvado que a impenhorabilidade legal deve alcançar somente os bens móveis quitados. Por consistir em exceção à incidência do benefício, estaria melhor localizada a ressalva na enumeração do art. 3.º da Lei 8.009/90. Mas, de qualquer modo, admite-se a constrição dos bens não quitados somente nas execuções relativas ao crédito originário de sua venda, e não para a satisfação de qualquer crédito.⁹⁰

3. Veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos (art. 2.º)

Nos termos do *caput* do art. 2.º, estão excluídos da impenhorabilidade os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos.

Quanto aos veículos, do disposto no art. 96, da Lei n.º 9.503, de 23.09.1997 - Código de Trânsito Brasileiro - depreende-se que estão sujeitos à penhora automóveis, caminhões, caminhonetes, reboques, utilitários, tratores, charretes, carroças, motocicletas e bicicletas, pois todos são veículos de transporte.⁹¹

Mais uma vez, aqui, cabe a observação quanto à utilização do bem para fins profissionais; se o veículo é usado como instrumento de trabalho do devedor, é impenhorável por força do art. 649, VI, do CPC.

A fim evitar interpretações divergentes quanto aos veículos utilizados profissionalmente, para Carlos Gonçalves teria sido melhor se, ao invés de “veículos de transporte”, a Lei 8.009/90 tivesse usado a expressão “veículo particular de transporte de

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos. Obra citada, p. 190.

⁹¹ Lei 9.503/97, art. 96: “Os veículos classificam-se em: (...) II- quanto à espécie: a) de passageiros: 1- bicicleta; 2- ciclomotor; 3- motoneta; 4- motocicleta; 5- triciclo; 6- quadriciclo; 7- automóvel; 8- microônibus; 9- ônibus; 10- bonde; 11- reboque ou semi reboque; 12- charrete; b) de carga: 1- motoneta; 2- motocicleta; 3- triciclo; 4- quadriciclo; 5- caminhonete; 6- caminhão; 7- reboque ou semi reboque; 8- carroça; 9- carro de mão; c) misto: 1- camioneta; 2- utilitário; 3- outros; d) de competição; e) de tração: 1- caminhão trator; 2- trator de rodas; 3- trator de esteiras; 4- trator misto; f) especial; g) de coleção.

passageiros de uso não profissional.⁹² Mas a ausência de especificação, talvez condenável do ponto de vista técnico, não conduz a uma interpretação equivocada, devendo incidir prevalecentemente a proteção do CPC.

Quanto aos caminhões, especificamente, se o devedor possuir vários deles, dirigidos ou fretados por seus prepostos, a impenhorabilidade não deverá atingir a todos, pois não se pode perder de vista o fim social da Lei.

O dispositivo excepciona, além dos veículos, as obras de arte e os adornos suntuosos. Obra de arte, na lição de Arnaldo Marmitt, “é peça de elevado valor, como produção da inteligência e da criatividade do artista.” Adorno, segundo o mesmo autor, “significa enfeite, decoração, ornamento.”⁹³

Os adornos, porque normalmente não aderem à construção, não se confundem com benfeitorias voluptuárias, como freqüentemente ocorre com as obras de arte executadas sobre as paredes do imóvel (art. 1.º, parágrafo único). Esses ornamentos são atingidos pela impenhorabilidade quando suntuosos, ou seja, luxuosos, pomposos e, conseqüentemente, economicamente valiosos.⁹⁴

Qualificar os objetos como obras de arte ou adornos suntuosos é tarefa que exige extremo cuidado por parte do julgador. Quanto às obras de arte - entre outras, quadros e esculturas - existem critérios para a identificação; quanto aos adornos suntuosos, entretanto,

⁹² GONÇALVES, Carlos. Obra citada, p. 190.

⁹³ MARMITT, Arnaldo. Obra citada, p. 54.

⁹⁴ Veja-se decisão onde foi admitida a penhora de aparelhos elétricos e eletrônicos sofisticados, porque mais se aproximam do suntuoso e da ostentação, numa espécie de analogia com o presente dispositivo: “Objetiva-se resguardar a dignidade da família, não a suntuosidade ou a ostentação.” (TARS, Ap. 191169648, 4ª Câmara, Rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen, julg. em 19.12.1991. RT 680/184). Noutra decisão, admitiu-se a penhora do piano de cauda, por servir somente de peça decorativa: TJRS, Ag. 592.076.343, 5ª Câmara, Rel. Des. Araken de Assis, julg. em 18.02.1993. Acertadamente, a televisão foi afastada da abrangência do art. 2.º, por não ser adorno, mas objeto útil e não suntuoso: STJ, REsp. 81.538, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 03.06.1996.

especialmente sobre o ponto a partir do qual um enfeite passa a ser considerado luxuoso, o juiz deve se valer de seu próprio critério e prudente arbítrio (CPC, art. 126)⁹⁵.⁹⁶

4. Os móveis que guarnecem a residência do locatário (art. 2.º, parágrafo único)

Tutelando também o direito dos locatários, o parágrafo único do art. 2.º estende a impenhorabilidade aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de sua propriedade.

Quanto à expressão “bens móveis quitados”, duas observações devem ser feitas: primeiro, que à falta de maior especificação estão incluídos entre os móveis, os eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos, desde que necessários a proporcionar uma vida digna ao devedor e à sua família; depois, que os móveis não quitados só podem ser penhorados para a satisfação do crédito de quem os vendeu (art. 1, parágrafo único).

Difícil imaginar, a despeito da especificação quanto à figura do locatário, que o legislador não quisesse estender o benefício da impenhorabilidade legal aos mesmos bens de propriedade de outros possuidores, entre os quais o comodatário, o compromissário comprador e o usufrutuário.

Se houvesse realmente intenção de excluir da proteção os demais possuidores de imóveis alheios, estaria o legislador discriminando pessoas em situações iguais - visto que identificadas pelo instituto da posse - comprometendo todo o sentido e o alcance da Lei.⁹⁷ Em qualquer das situações apontadas, portanto, os móveis residenciais de propriedade do

⁹⁵ CPC, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

⁹⁶ STÁBILE FILHO, José. Obra citada, p. 71.

⁹⁷ Criticando o dispositivo analisado, porque a impenhorabilidade é atributo ‘objetivo’ do bem, sendo irrelevante o título pelo qual o devedor tem a posse do imóvel onde os móveis se encontram, Carlos Callage afirma: “Tal referência só é explicável se entender-se que quis o legislador, ao invés de redigir uma lei, traçar

possuidor do imóvel, estão abrangidos pelo benefício.⁹⁸

5. As exceções à incidência do benefício (art. 3.º)

No *caput* do art. 3.º, a Lei 8.009/90 estabelece a impenhorabilidade oponível aos credores “em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza”.

Deixa claro, o legislador, que o benefício é aplicável mesmo diante de créditos preferenciais, não havendo qualquer conflito entre tal previsão e o disposto no art. 184 do Código Tributário Nacional⁹⁹, e no art. 30 da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais)¹⁰⁰, que ressalvam expressamente “os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”.¹⁰¹

No mesmo dispositivo são enumeradas, de forma casuística, algumas exceções à impenhorabilidade legal. Antes de analisá-las uma a uma, cabem algumas considerações a propósito de todas elas.

Inicialmente, a penhorabilidade das exceções previstas no art. 3.º beneficiam somente

um roteiro de instruções para o Oficial de Justiça encarregado da penhora.” (Obra citada, p. 198.)

⁹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 166.

⁹⁹ CTN, art. 184: “Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.”

¹⁰⁰ Lei n.º 6.830/80, art. 30: “Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.”

¹⁰¹ Veja-se, a propósito, decisão em que, ainda que tratando de bem impenhorável e inalienável por ato voluntário, são tecidas importantes considerações sobre o alcance da Lei 8.009/90: “Não pode a Fazenda Pública, na sua fúria desenfreada de arrecadar impostos e de receber as suas dívidas, levar desgraça a quem deve receber inalienável proteção.” (STJ, REsp. 6.708-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. em 20.02.1991, DJU 18.03.1991.)

os credores nelas especificados, continuando impenhoráveis os bens em relação aos demais credores, exceto quanto ao imóvel residencial adquirido com produto de crime, sujeito à penhora por qualquer crédito (inc. VI, 1ª parte).

Possível imaginar, a princípio, que uma vez penhorado o bem por um dos credores elencados no art. 3.º, por não haver mais bem de família a ser protegido, outras penhoras, por outros credores, poderão incidir sobre o mesmo bem. Mas a primeira penhora, não é demais lembrar, pode não culminar com a efetiva alienação judicial do bem constricto, não sendo inútil manter a proteção quanto à incidência de outras penhoras.

Outra observação importante, na mesma ordem de idéias, é sobre a destinação do remanescente, se o produto da alienação judicial for maior que a importância entregue para a satisfação do crédito. Nesses casos, até para possibilitar a aquisição de outro imóvel residencial, a diferença deverá reverter em favor do devedor, operando-se a sub-rogação para incidir, sobre o remanescente, a impenhorabilidade legal.¹⁰²

Finalmente, ressalte-se que as exceções ao benefício não autorizam aos respectivos credores, penhorar o bem residencial do devedor, de valor consideravelmente superior ao crédito, sobretudo quando houver outros bens passíveis de serem constrictos. Deve ser admitida a substituição do bem penhorado nessas circunstâncias, considerada a sua destinação a despeito da exceção legalmente prevista, porque inadmissível, também aí, o excesso de penhora.

5.1 Créditos de trabalhadores da residência e contribuições previdenciárias (art. 3.º, I)

¹⁰² Nesse sentido: “O que sobejar como diferença entre o preço obtido com a alienação forçada do bem e o pagamento do crédito privilegiado deve reverter em favor do insolvente para aquisição, em prazo razoável, de outro imóvel residencial” (STJ, REsp. 30.259-0, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, jul. em 08.02.93). Em sentido contrário: “...se após constrictado o imóvel residencial e arrematado ou adjudicado em hasta pública, acusar saldo remanescente, este não fica imune à constrição. Pode ser objeto de penhora por outros débitos. Se a proteção da moradia familiar já tiver sido alcançada, qualquer credor poderá postular a penhora do numerário restante.” (MARMITT, Arnaldo. Obra citada, p. 85.)

A primeira exceção à impenhorabilidade do bem de família é relativa aos “créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias.” São penhoráveis, então, os bens do devedor - imóvel destinado à residência e móveis que o guarnecem - nas execuções para a satisfação de créditos trabalhistas e contribuições previdenciárias dos empregados de sua residência.

Os trabalhadores a que a Lei se refere são aqueles que exercem atividade profissional na residência do devedor, incluídos nessa categoria os considerados empregados domésticos - empregadas mensalistas, governantas, copeiros, mordomos, cozinheiros, jardineiros e mesmo faxineiras diaristas se caracterizado o vínculo empregatício -, bem como os motoristas particulares dos membros da família.

Não se enquadram nessa categoria pessoas que, embora realizem atividade profissional na residência do devedor, não são seus empregados, exercendo trabalho autônomo ou vinculado a outro empregador. Nesse contexto estão os pedreiros, pintores, marceneiros, eletricitas, encanadores, e outros profissionais que trabalham no âmbito da residência apenas em caráter eventual.¹⁰³

Também não estão abrangidos pela exceção do inc. I, os empregados dos condomínios residenciais - entre os quais, porteiros, zeladores, manobristas -, por não trabalharem propriamente no âmbito das residências, e, principalmente, porque são contratados pelo próprio condomínio, representado pelo síndico ou por empresas administradoras.

Ademais, os créditos trabalhistas dos empregados de condomínios em edifícios são devidos pelo próprio condomínio, que arrecada de todos os condôminos os valores para os respectivos pagamentos. Nesse caso, também não é possível argüir a impenhorabilidade do imóvel residencial e móveis que o guarnecem, mas não por força do disposto no inc. I e, sim,

¹⁰³ Em sentido contrário, entendendo que o dispositivo se refere também a qualquer trabalhador que promova, com seu trabalho, benfeitorias no imóvel residencial (pedreiros, marceneiros, eletricitas, etc.): AZEVEDO,

por se tratar de cobrança de taxa condominial, como adiante se verá (inc. IV).

No tocante às contribuições previdenciárias, estão abrangidas pela exceção do inc. I somente aquelas devidas à Previdência Social pública - e não a outros planos de previdência privada -, próprias das relações trabalhistas a que já se referiu.

5.2 Financiamento para construção ou aquisição do imóvel (art. 3.º, II)

O imóvel residencial e móveis que o guarnecem são também penhoráveis na execução por “crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.”

Inicialmente, cabe observar que o inc. II refere-se unicamente ao imóvel destinado à residência do devedor e de sua família, e não a qualquer imóvel indistintamente. A exceção aqui prevista é plenamente justificável, pois seria ilógico imaginar que alguém pudesse contrair obrigações para construir ou adquirir seu imóvel residencial, furtar-se ao cumprimento de tais obrigações, e ainda argüir a impenhorabilidade desse mesmo imóvel por se tratar de bem de família.

Estão abrangidos por esta regra todos os financiamentos com a finalidade apontada¹⁰⁴, obtidos junto a particulares ou a instituições financeiras, entre estes os do Sistema Financeiro

Álvaro Villaça. Obra citada, p. 169; GONÇALVES, Carlos. Obra citada, p. 192.

¹⁰⁴ Nesse sentido: “Assumida a dívida como condição para a construção da moradia, não se aplica ao caso a regra geral da impenhorabilidade prevista no art. 1.º, da Lei 8.009/90, e sim, por analogia, a ressalva prevista no artigo 3.º do mesmo diploma.” (STJ, REsp. 54.740-7-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 13.02.1995.). No sentido de afastar a impenhorabilidade legal, mesmo reconhecendo que o caso não se enquadra exatamente nas hipóteses do art. 3.º, as seguintes decisões: “A previsão inserida na Lei n.º 8.009/90 não alcança as hipóteses em que a dívida é proveniente da compra do imóvel objeto da construção. A finalidade do legislador era resguardar o imóvel de dívidas contraídas pelos seus proprietários, porém, se a condenação decorre de um contrato de compra e venda do próprio imóvel, afasta-se tal proteção.” (TJDF, Ag. 1999002000997-2, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Jeronymo de Souza, julg. em 19.08.1999.); “Não prevalece a decisão indeferitória da penhora de imóvel, ao argumento de que constituiria bem de família, porquanto o próprio bem foi o objeto da cessão de direitos que deu causa à cobrança da dívida. *In casu*, não se aplica a regra imersa no art. 1.º da Lei n.º 8.009/90, que deve se ater somente à impenhorabilidade do bem de família quando se tratar de débitos não oriundos do próprio bem.” (TJDF, Ag. 9295/95, 5ª Turma Cível, Rel. Desª. Adelith de Carvalho Lopes, julg. em 10.08.1998.)

da Habitação. Note-se que a tais financiamentos, freqüentemente está vinculada a constituição de garantia hipotecária sobre o respectivo imóvel, passando a incidir, aí, além da regra ora examinada, também a prevista no inc. V, que exclui da impenhorabilidade legal o bem de família oferecido como garantia real.

O dispositivo em questão também se refere aos acréscimos decorrentes do contrato de financiamento. Tais acréscimos incluem juros de mora, correção monetária, multas contratuais e outros encargos previstos no contrato, sempre relativos ao financiamento para construção ou aquisição do imóvel residencial.

Importante ainda ressaltar, que em eventual execução para a satisfação do crédito decorrente do financiamento para construção ou aquisição do imóvel residencial, a penhora não poderá incidir sobre o imóvel destinado à residência do fiador nos títulos vinculados àquele contrato, nem mesmo por aplicação analógica do inc. VII, do art. 3.º, que trata unicamente da fiança locatícia, excluindo do benefício o imóvel residencial do fiador em contrato de locação.

5.3 Os alimentos (art. 3.º, III)

A Lei 8.009/90 também exclui da impenhorabilidade, no inc. III do art. 3.º, o imóvel residencial do devedor e móveis que o guarnecem, nas execuções de pensão alimentícia. Da expressão “pensão alimentícia” depreende-se que o dispositivo refere-se aos alimentos decorrentes do Direito de Família, embora ainda se discuta a natureza alimentar das pensões devidas por ato ilícito, e a possível incidência do inc. III nas execuções para a satisfação desses créditos.

O Código Civil, no inciso II do art. 1.537, dispõe que, no caso de homicídio, a indenização consistirá, também, na prestação de alimentos às pessoas a quem a vítima os devia; no art. 1539, que “se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer seu

ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros crescentes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.” Existem, portanto, duas hipóteses de responsabilidade civil por ato ilícito, onde se verifica a prestação de alimentos: em caso de homicídio e em caso de lesão corporal.

A pensão imposta por ato ilícito, como as demais obrigações de prestar alimentos, constitui obrigação de valor, suscetível de variação, a fim de que o poder aquisitivo determinado na sentença seja mantido.¹⁰⁵ Assim, o art. 602, parágrafo 3.º, do Código de Processo Civil, prevê: “se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento de encargo.” No mesmo sentido, a Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal diz que “a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.”

Mas a possibilidade de variação, nas obrigações oriundas de ato ilícito, subordina-se à real modificação nas condições econômicas, ou seja, à alteração substancial no valor aquisitivo que deverá ser mantido ao longo do cumprimento da obrigação. Note-se que não se aplica, aqui, o disposto no art. 401 do Código Civil¹⁰⁶, relativo aos alimentos no Direito de Família, pois não se trata de mudança na fortuna de quem os supre, nem na de quem os recebe.

Como se vê, a obrigação alimentar decorrente de ato ilícito constitui, na verdade, **indenização** paga na forma de alimentos, sendo a menção a ‘alimentos’ na hipótese de

¹⁰⁵ ALVES, Élsior Moreira. Alimentos em consequência de ato ilícito. *Anais do II congresso brasileiro de direito de família - A família na travessia do milênio*. [Coord. Rodrigo da Cunha Pereira] Belo Horizonte, 2000, p. 470.

¹⁰⁶ CC, art. 401: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravamento do encargo.”

homicídio, simples referencial para a fixação do *quantum* devido.¹⁰⁷ A dívida, então, tem conteúdo de responsabilidade civil e não de Direito de Família. É nesse sentido que se orientou a jurisprudência, entendendo que a Lei 8.009/90, na exceção do inc. III do art. 3.º, considerou somente os alimentos decorrentes do Direito de Família, e não outras dívidas de caráter alimentar.¹⁰⁸

No âmbito dos alimentos propriamente ditos, é importante observar que a mudança na fortuna de quem os supre pode ensejar o ajuizamento de ação revisional para adequar a prestação às possibilidades do alimentante e às necessidades do alimentando (CC, art. 400)¹⁰⁹, mas em nada altera a regra sobre a penhorabilidade dos bens do devedor, pois os efeitos da ação revisional operam-se *ex nunc*.

Manifestando-se sobre o exemplo típico de alimentos no Direito de Família, que envolve os filhos e a ex-esposa como credores, há quem defenda que se o devedor, após a separação, passa a residir sozinho em imóvel próprio, não constituindo nova família, seu imóvel residencial e móveis que o guarnecem são penhoráveis não por força da exceção de que ora se trata, mas porque a Lei 8.009/90 não se aplica às pessoas sozinhas.¹¹⁰ Não parece sustentável esse entendimento, mesmo diante da deficiente redação da Lei, porque o tratamento indiscutivelmente discriminatório afronta o princípio constitucional da isonomia, como adiante se tentará demonstrar.

¹⁰⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 165.

¹⁰⁸ Nesse sentido: “A pensão deferida como indenização por ato ilícito não se confunde com pensão alimentícia decorrente de vínculos familiares. Incide, portanto, o art. 1.º da Lei 8.009/90, não se enquadrando a hipótese no art. 3.º, inciso III, do mesmo diploma legal.” (TJRS, Embargos Infringentes 599.360.195, 6.º Grupo Cível, Rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, julg. em 22.10.1999.) *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS*, vol. 26, n.º 77 (março/2000), p. 652.

¹⁰⁹ CC, art. 400: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

¹¹⁰ Nesse sentido: CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 168.

Na hipótese acima mencionada, se o devedor constituiu nova família, a penhora do imóvel residencial e móveis que o guarnece devem resguardar a meação da nova esposa, ou as cotas da companheira no caso de condomínio em união estável. Como última observação, vale dizer que, quando os credores dos alimentos residem no imóvel que pertence ao devedor, não se pode pretender a penhora desse bem, pois além de estar destinado à moradia da família, a habitação é forma indireta de prestação alimentar.¹¹¹

5.4 Os impostos, taxas e contribuições do imóvel (art. 3.º, IV)

O benefício da impenhorabilidade legal, por força do inc. IV do art. 3.º, não se aplica à “cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar.” A ressalva existe, também, no bem de família voluntário, onde o bem não está isento de execução por dívidas provenientes de impostos a ele relativos (CC, art. 70). As taxas e contribuições a que a Lei se refere consistem na remuneração por serviços públicos prestados e contribuições de melhoria instituídas em virtude de obras públicas que valorizam o imóvel (CF, art. 145, II e III)¹¹².

Certa polêmica foi gerada, quando da edição da Lei 8.009/90, quanto a estarem ou não abrangidas pela exceção do inc. IV, as despesas de condomínio, previstas no art. 12 da Lei 4.591/64.¹¹³ Houve quem defendesse a impenhorabilidade do bem de família nas execuções para cobrança de despesas condominiais, pois há referência, no inc. IV, a verbas de natureza

¹¹¹ Nesse sentido: MARMITT, Arnaldo. Obra citada, pp. 81/82.

¹¹² CF, art. 145: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II- taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III- contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”

¹¹³ Lei 4.591/64, art. 12: “Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na convenção, a cota-parte que lhe couber em rateio.”

tributária e não a outras contribuições, não sendo admitida, aqui, qualquer equiparação.¹¹⁴

Mas não se pode ignorar a inviabilidade de manter os condomínios em face da impenhorabilidade da unidade autônoma e dos bens que a guarnecem, nas execuções para a cobrança de despesas inerentes à manutenção e conservação da coisa comum. Prevalece, assim, na jurisprudência, o entendimento segundo o qual não se aplica o benefício da impenhorabilidade nas execuções de tais créditos.¹¹⁵ Note-se que quanto aos bens móveis, poderá ser argüida a impenhorabilidade se aplicáveis, ao caso, o disposto nos arts. 649 e 650 do CPC.

Quanto ao imóvel locado, o art. 2.º, parágrafo único - que estabelece a impenhorabilidade dos bens móveis quitados do locatário - subsiste mesmo em face do inc. IV, do art. 3.º, quanto à cobrança das despesas do condomínio. Isto porque, o pagamento das taxas condominiais, nos termos da Lei 4.591/64, é obrigação do titular da unidade autônoma - no caso o locador -, ainda que no contrato de locação esteja entre as obrigações a cargo do locatário.

Estando inadimplente o locatário, o locador deverá pagar o condomínio e recorrer à ação regressiva para ser ressarcido. Na hipótese da cobrança regressiva, o locatário poderá argüir a impenhorabilidade prevista no art. 2.º, parágrafo único, pois a dívida é proveniente do contrato, restando ao locador voltar-se contra o fiador, se houver, incidindo, aí, o inc. VII, do art. 3.º.

Vale dizer, ainda, que as multas por infração às regras do condomínio (Lei 4.591/64, art. 21) - por serem cobradas junto com as taxas condominiais - estão abrangidas na exceção

¹¹⁴ Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos. Obra citada, p. 228.

¹¹⁵ Nesse sentido: "As despesas condominiais, em face da obrigatoriedade do artigo 12 da Lei n.º 4.591/64, não estão amparadas pelas benesses da Lei n.º 8.009/90, ficando sujeitos à penhora o imóvel e os bens que o guarnecem." (1º TACivSP, Ap. 604.042-6, 1ª Câ., Rel. Juiz Ademir de Carvalho Benedito, julg. em 14.08.1995.)

do inc. IV, se cometida a infração pelo titular da unidade autônoma. Se cometida por outro ocupante do imóvel, em regra o locatário, considerando a relação jurídica então existente entre o terceiro e o condomínio (Lei 4.591/64, art. 20), pode ser aplicada a exceção à impenhorabilidade legal - e não o art. 2.º, parágrafo único - na execução proposta pelo condomínio.¹¹⁶

5.5 O bem de família oferecido como garantia real (art. 3.º, V)

A impenhorabilidade do bem de família não poderá ser argüida “na execução de hipoteca sobre o imóvel residencial oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar” (art. 3.º, V), desde que, evidentemente, a garantia hipotecária esteja validamente registrada na respectiva circunscrição imobiliária.

A exceção ao benefício da impenhorabilidade legal prevista nesse dispositivo deixa claro que os bens impenhoráveis não são necessariamente inalienáveis, podendo o titular deles dispor.¹¹⁷ Assim, o imóvel residencial oferecido como garantia real apresenta-se penhorável em face do credor hipotecário.¹¹⁸

Importante ressaltar que, havendo mais de um imóvel residencial, a instituição da hipoteca sobre o de menor valor não faz com que a impenhorabilidade passe a incidir sobre

¹¹⁶ Lei 4.591/64, art. 20: “Aplicam-se ao ocupante do imóvel, a qualquer título, todas as obrigações referentes ao uso, fruição e destino da unidade”; art. 21: “A violação de qualquer dos deveres estipulados na convenção sujeitará o infrator à multa fixada na própria convenção ou no regimento interno, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal que, no caso, couber.”

¹¹⁷ Manifestando-se favoravelmente à possibilidade de penhora na hipótese do inciso V, Álvaro Villaça Azevedo afirma: “se a situação de bem de família, não retira de seu titular a possibilidade de aliená-lo, porque esse imóvel é, somente, impenhorável, nada impede que seja o mesmo oferecido como garantia hipotecária.” (Obra citada, p. 170)

¹¹⁸ Nesse sentido, algumas decisões: “O fato de ter sido o imóvel dado em hipoteca em favor de outro credor não afasta sua impenhorabilidade legal.” (TJDF, Ap. Cív. 46.524/97, 1ª Turma Cível, Rel. Des. João Mariosa, jul. em 02.02.1998.); “De somenos estar o bem gravado em hipoteca com terceiro, o aspecto não desnatura o comando legal da impenhorabilidade e no contexto prevalece apenas o vínculo entre o devedor e o credor privilegiado.” (TJDF, Ag. 9.191/97, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, jul. em 16.02.1998.)

outro imóvel mais valioso. Ao contrário, o devedor que hipoteca justamente o imóvel sobre o qual incide a impenhorabilidade legal (art. 5.º, parágrafo único) está, de certa forma, renunciando ao benefício, mas somente em relação à execução do crédito hipotecário. Não se estará abrindo mão do benefício legal, entretanto, se outro imóvel que não o de menor valor tiver sido registrado como bem de família (CC, art. 70).

Cabe ainda mencionar que o dispositivo trata da garantia oferecida pelo ‘casal’ ou pela ‘entidade familiar’. Observe-se que a validade da hipoteca instituída pelo casal, independentemente do regime de bens do casamento, depende da outorga uxória ou marital (CC, arts. 235, I e 242, I e II, respectivamente)¹¹⁹, o que não se exige na hipótese de uniões estáveis ou outras situações que caracterizam entidade familiar.

No caso das uniões estáveis, quem institui a hipoteca é o titular do bem - ou titulares se o bem estiver em condomínio (Lei 9.278/96, art. 5.º)¹²⁰ - sendo válida a garantia ainda que não declarada a convivência. É comum que, mesmo incidindo a presunção de condomínio sobre o patrimônio dos conviventes, o imóvel esteja registrado apenas em nome de um deles; nesse caso, é válida a hipoteca instituída pelo respectivo titular, independentemente de eventual discussão sobre o condomínio. Por tal razão, segundo Rainer Czajkowski, sendo declarada ou somente notória a união estável, recomenda-se que o convivente não titular do bem “assine a escritura da hipoteca como anuente”¹²¹.

Se a entidade familiar é constituída pelo devedor solteiro que vive com seus pais, e este

¹¹⁹ CC, art. 235: “O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: I- alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios.”; CC, art. 242: “A mulher não pode, sem autorização do marido: I- praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher; II- alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens.”

¹²⁰ Lei n.º 9.278/96, art. 5º: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.”

¹²¹ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 177; em sentido contrário: MARMITT, Arnaldo. Obra citada, p. 88.

devedor institui a hipoteca sobre o bem destinado à residência da família, o imóvel deixa de ser impenhorável perante o credor hipotecário, independentemente da anuência dos ascendentes. Do mesmo modo, o ascendente não necessita do assentimento dos filhos para oferecer o bem de família, de sua propriedade, como garantia real.¹²²

5.6 Aquisição com produto de crime e execução de sentença penal condenatória (art. 3.º,

VI)

A exceção do inc. VI prevê duas hipóteses distintas. No primeiro caso, o imóvel e/ou móveis adquiridos com produto de crime serão sempre penhoráveis, levando-se em conta a origem dos bens e não a qualidade do crédito como nas demais exceções do art. 3.º, pois o credor sequer precisa ser a vítima do crime. No segundo, admite a penhora sobre o imóvel residencial e móveis que o guarnecem, na “execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.”

Quanto à primeira hipótese, ao excluir da impenhorabilidade os bens adquiridos com produto de crime, o legislador não considerou apenas os delitos com imediata vantagem pecuniária ao criminoso, entre os quais o estelionato e a extorsão. Foram considerados, também, os crimes cuja expressão pecuniária não é imediata - como o furto de bens com posterior revenda e a receptação -, excluídos somente aqueles de nenhuma vantagem econômica para o agente, como os crimes contra a honra.

Exige-se a condenação transitada em julgado, imputando o crime ao devedor¹²³, pois a Constituição Federal, no art. 5.º, LVII, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o

¹²² Em sentido contrário, Carlos Gonçalves afirma que todos os integrantes da família devem intervir na instituição da hipoteca, inclusive os filhos menores devidamente representados, visto que o legislador quis reservar a família como um todo. (Obra citada, p. 167.)

¹²³ Hipótese de incidência do art. 3º, VI, em que o devedor foi condenado no juízo criminal - CP, art. 129, par. 6º (lesões corporais culposas) - e no juízo cível em indenização pelo mesmo fato: STJ, REsp. 209.043, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. em 16.11.2000, DJU 05.02.01, *Boletim Informativo Juruá* 282, p. 15.

trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

Considerando a instituição voluntária do bem de família (CC, art. 70), importante ressaltar que, se a aquisição do imóvel residencial impenhorável por ato voluntário, foi feita com produto de crime e o devedor, posteriormente, foi condenado pela prática do delito, torna-se ineficaz a instituição do bem de família, pois, do contrário, estaria o ordenamento jurídico protegendo o enriquecimento ilícito e absurdamente tutelando a atividade criminosa.

Observe-se, ainda, que numa interpretação textual, por referir-se a Lei apenas a “produto de crime”, a impenhorabilidade se mantém quanto aos bens adquiridos com produto de contravenção. Não é justo, entretanto, admitir que o benefício da impenhorabilidade continue incidindo quando o devedor de má-fé, com sua conduta contrária ao ordenamento jurídico, tenha causado graves prejuízos a terceiros. Por isso, há quem defenda, acertadamente, que a exceção do inc. VI, primeira parte, aplica-se também na hipótese de aquisição decorrente de atividade contravencional.¹²⁴ Seria razoável, também, pelas mesmas razões, entender penhoráveis os bens do devedor, adquiridos com produto de ilícito meramente civil.

Quando à sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, de que trata a segunda hipótese do inc. VI, a Lei refere-se ao título executivo judicial previsto no art. 584, II, do CPC¹²⁵. O Código Penal também estabelece que o criminoso deve indenizar as vítimas do crime, quando inclui, entre os efeitos da condenação, “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (art. 91, I).

Não é necessário, aqui, ao contrário da primeira hipótese, que os crimes tenham conotação econômica, pois a indenização nem sempre está vinculada a prejuízo patrimonial. É

¹²⁴ Nesse sentido, MARMITT, Arnaldo. *Obra citada*, p. 91; em sentido contrário, afirmando que “há dificuldades lógicas quase intransponíveis para alargar a este ponto o campo de incidência do dispositivo.”: CZAJKOWSKI, Rainer. *Obra citada*, p. 182.

¹²⁵ CPC, art. 584, II: “a sentença penal condenatória transitada em julgado.”

o caso, por exemplo, dos crimes contra a honra, onde o agente pode ser condenado a indenizar a vítima por danos morais.

É irrelevante, também, que o imóvel tenha sido adquirido com o produto do crime, sendo possível e bastante provável, até, a incidência cumulativa das duas hipóteses do inc. VI, quando na execução relativa à indenização devida pelo criminoso, a penhora recai justamente sobre o imóvel adquirido com o produto da atividade criminosa.

Enquanto na primeira hipótese - como dito linhas acima - o credor não precisa ser a vítima do crime, nos casos da sentença penal condenatória somente as vítimas ou seus herdeiros poderão promover a execução civil. Se terceiros também sofreram prejuízos com a conduta criminosa, deverão, previamente, propor ação de conhecimento; na execução da respectiva sentença, entretanto, não se aplica a exceção do inc. IV, que beneficia somente os portadores do título executivo do art. 584, II, do CPC.¹²⁶

Ao contrário do que se poderia supor, o fato de se afastar a impenhorabilidade do imóvel residencial do condenado criminalmente e de sua família, não viola a garantia constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, pois a Constituição, no mesmo dispositivo, ressalva: “podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” (art. 5.º, XLV).

Seria razoável entender penhoráveis, também, os bens do devedor condenado no Juízo Cível mas absolvido no Juízo Criminal, pelo mesmo evento. Mas tal entendimento, admitindo, nesse caso, interpretação extensiva da exceção, levaria a considerar penhorável o imóvel residencial do devedor em qualquer hipótese de responsabilidade civil por ato ilícito. Ainda que em muitos casos seja evidente a má-fé do devedor, e a impenhorabilidade possa ser verdadeira

¹²⁶ Veja-se, também, o art. 63 do CPP: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no Juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus

consagração do enriquecimento sem causa, não tem prevalecido, na jurisprudência, a exclusão do benefício na hipótese de ilícitos civis.¹²⁷

No tocante ao perdimento de bem, se o imóvel residencial do criminoso tiver sido auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, poderá ser perdido em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (CP, art. 91, II, 'b')¹²⁸. Ainda que na hipótese não haja propriamente penhora, o legislador certamente quis impedir que o devedor, pretendendo uma aplicação analógica em seu benefício, viesse a argüir a impenhorabilidade do bem por ser o único com destinação residencial.

Note-se, por fim, que a Constituição Federal institui modalidade especial de perdimento de bens, quando estabelece, no art. 243: "As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."¹²⁹ É evidente que, também nesse caso, não há como argüir analogicamente o benefício da impenhorabilidade legal para evitar o perdimento do bem.

5.7 A fiança concedida em contrato de locação (art. 3.º, VII)

herdeiros."

¹²⁷ No sentido de não se interpretar extensivamente a exceção: "A execução de sentença condenatória cível, embora prolatada posteriormente sentença penal condenatória, não afasta a impenhorabilidade do bem de família, vez que não prevista no art. 3.º, VI da Lei 8.009/90." (TJDF, Ag. 1999.00.2.003782-8, 4ª Turma Cível, Rel. Des.ª Haydevalda Sampaio, julg. em 14.02.2000.) Nesta decisão é citado precedente do STJ (REsp. 64.342-PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha): "As exceções aos benefícios da Lei 8.009/90 são as previstas nos seus arts. 3º e 4º, nestes não constando a circunstância de a penhora ter sido efetuada para garantia de dívida originária de ação de indenização por ato ilícito, em razão de violação a normas de trânsito que gerou acidentes de veículos."

¹²⁸ CP, art. 91, II, 'b': "a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé."

¹²⁹ Veja-se, também, a Lei n.º 8.257/91 e o Dec. 577/92, que regulam a expropriação imediata dos imóveis de que trata o art. 243 da CF.

A última exceção à impenhorabilidade legal, prevista no inciso VII, do art. 3.º, refere-se ao imóvel residencial do fiador, penhorável na execução por dívida decorrente da fiança concedida em contrato de locação. O dispositivo foi acrescentado pelo art. 82 da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato).

Existem, ainda hoje, decisões admitindo a aplicação desta exceção nas execuções relativas às fianças prestadas antes do advento da Lei 8.245/91.¹³⁰ Mas inclina-se a jurisprudência a não admitir a penhora de bens dos fiadores nas fianças locatícias concedidas na vigência da Lei 8.009/90 e antes do advento da Lei do Inquilinato. Isto porque o interesse público de que se reveste a inviolabilidade patrimonial do imóvel residencial, não permite que lei nova, de direito material, retroaja para afastar a proteção legal da Lei 8.009/90.¹³¹ A impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador, então, só poderá ser afastada nas fianças prestadas após a vigência da Lei 8.245/91.¹³²

Alvo de muitas críticas, a exceção do inc. VII coloca o fiador em situação

¹³⁰ No sentido de afastar o benefício da impenhorabilidade na execução das obrigações locatícias proposta na vigência da Lei do Inquilinato: “Embora o contrato de locação tenha sido firmado na vigência da Lei 8.009/90, tendo sido a execução das obrigações locatícias proposta quando já em vigor o atual Estatuto do Inquilinato, o fiador não goza do privilégio daquela, tornando-se o seu imóvel, ainda que único e servindo de residência à sua família, penhorável, por força da Lei 8.245/91.” (2º TACivSP, Ap. 566498-00/5, 11ª Câ., Rel. Juiz Mendes Gomes, julg. em 27.01.2000, RT 776/271.); com a mesma orientação, decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Alterando a Lei n.º 8.245, de 1991, a Lei n.º 8.009/90, para admitir a penhora de imóvel residencial de fiadores, forçoso é reconhecer o seu alcance se os atos constritivos tenham sido realizados na vigência do primeiro diploma (Lei 8.245/91).” (STJ, REsp. 76.354, 6ª Turma, Rel. Min. William Patterson, DJU 03.06.1996.)

¹³¹ No sentido de não admitir a retroatividade da Lei do Inquilinato: “O direito adquirido à inviolabilidade do domicílio residencial familiar não pode ser atingido por crédito constituído posteriormente, com base em lei nova que afasta a proteção legal em favor dos locadores. Como se trata de lei nova excepcional, que afasta a regra geral da impenhorabilidade, só nas fianças prestadas após sua vigência é que se pode cogitar de sua aplicação.” (TARS, Ap.192.151.900, 4ª Câ., Rel. Juiz Moacir Leopoldo Haeses, julg. em 08.10.1992.); “A Lei n.º 8.009/90, por ser de ordem pública, tem efeito imediato, tornando desde logo os bens que preenchem os seus requisitos impenhoráveis. Já a Lei 8.245, no seu artigo 82, não pode retroagir, se bem dos fiadores tornou-se impenhorável, tendo sido o contrato em que se deu fiança firmado antes da vigência desta.” (TARS, Ap. 193.038.163, 4ª Câ., Rel. Ari Darci Wachholz, julg. em 27.05.1993.); com a mesma orientação, decisão do Superior Tribunal de Justiça: “É impenhorável o único bem do garantidor do contrato de locação, mesmo que o ato de constrição tenha sido realizado segundo a regra do art. 82 da Lei 8.245/91, que introduziu um novo caso de exclusão de impenhorabilidade, pois o bem não perde a qualidade de bem de família.” (STJ, REsp. 79.108, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. em 10.02.1998.)

¹³² Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos. Obra citada, p. 195.

escancaradamente inferior em relação ao afiançado. Lembre-se que até mesmo os móveis que guarnecem a residência do locatário são impenhoráveis (art. 2.º, parágrafo único); não há, então, entendimento razoável que justifique a penhorabilidade do imóvel residencial do fiador e de sua família, bem como dos móveis que o guarnecem. A discriminação é flagrante e incompreensível.

Maior é o absurdo, quando se verifica, na hipótese de cobrança regressiva por parte do fiador, que o locatário poderá argüir a impenhorabilidade legal de seu imóvel residencial - se o possuir -, mesmo que o fiador tenha perdido o seu bem de família para honrar a garantia prestada.

Diante de tal injustiça, houve construção jurisprudencial com base no art. 988 do Código Civil, entendendo que, quando o fiador paga a dívida do locatário, ocorre a sub-rogação também nos privilégios do antigo credor.¹³³ A orientação deve prevalecer, não por oferecer a solução correta - visto que, como observa Rainer Czajkowski, a exceção de que se trata diz respeito à qualidade do fiador e não à natureza do crédito¹³⁴ - mas, sim, porque corrige o tratamento discriminatório conferido pelo legislador.

Ao fiador resta, então, para garantir a impenhorabilidade de seu imóvel residencial, instituir voluntariamente o bem de família (CC, art. 70), recomendando-se que o faça antes da inadimplência do locatário, porque, embora possível a instituição havendo dívidas anteriores, será ineficaz se comprometer a solvência do devedor (CC, art. 71, parágrafo único).

6. O devedor insolvente e de má-fé (art. 4.º e parágrafo 1.º)

¹³³ Nesse sentido: "O fiador que paga dívida do afiançado se subroga nos direitos do credor, sendo-lhe, por conseguinte, transferidos, nos termos do art. 988 do Código Civil, todos os direitos, ações, privilégios e garantias de que este era titular. Assim, a exceção prevista no inc. VII do art. 3.º da Lei 8.009/90 também lhe é favorável, não podendo, portanto, o devedor principal argüir a impenhorabilidade de bem ainda que considerado 'bem de família'." (2º TACivSP, Ap. 440.583, Rel. Juiz Luís de Carvalho, julg. em 21.12.1995.)

¹³⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 191.

No art. 4.º e seu parágrafo único, a Lei 8.009/90 prevê uma espécie de punição ao adquirente de imóvel mais valioso que, de má-fé por saber-se insolvente, transfere sua residência para o novo imóvel, desfazendo-se ou não do antigo. O juiz poderá, nesse caso, “transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.”

Antes de qualquer consideração a respeito do devedor insolvente e de má-fé, cabe observar que, mesmo nessas condições - ao contrário do disposto no *caput* do art. 4.º - o devedor continua abrangido pelo benefício da impenhorabilidade, mas não em relação ao imóvel adquirido e, sim, quanto ao imóvel de menor valor.

Para a incidência do art. 4.º são exigidos dois pressupostos: a insolvência do devedor e sua má-fé ao adquirir o imóvel mais valioso.¹³⁵ Quanto à insolvência, exige-se apenas que o devedor esteja ciente de sua situação econômica ao adquirir o novo imóvel. Não é necessário, portanto, que exista prévia declaração judicial do estado de insolvência, sendo suficientes meros indícios - como cobranças, protestos, baixa do padrão de vida - que permitam ao devedor prever a impossibilidade de cumprir as obrigações contraídas.

No tocante à má-fé, deve estar evidente a intenção do devedor, ao substituir seu imóvel residencial por outro de maior valor, de fazer com que a impenhorabilidade recaia sobre bem mais valioso, sabendo-se insolvente, ou diante de previsível e iminente insolvência. A intenção de lesar, de locupletar-se o devedor, já vinha inserida - como observa Carlos Gonçalves - no art. 71 do Código Civil, que condiciona a instituição do bem de família voluntário à ausência de dívidas cujo pagamento possa ser prejudicado.

¹³⁵ Ressaltando que, para a incidência do art. 4.º, é necessária fraude que anteceda a mudança de residência, a seguinte decisão: “A Lei 8.009/90 veda recaia a penhora sobre imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. Não incide, se o devedor muda sua residência para imóvel já constrito. (...) A hipótese não tem pertinência, vale observar, com o disposto no artigo 4º da citada lei. Ali não se cuida de mudança para imóvel já penhorado, mas de fraude que a isso anteceda.” (STJ, Recurso em Mandado de Segurança n.º 7.904-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. em 16.04.1998, DJU 15.06.1998.)

É essencial, então, que haja diferença substancial de valores entre a antiga e a nova residência, não configurando necessariamente má-fé, a mera troca de residências por motivos outros da conveniência do devedor e de sua família, sem uma significativa diferença de preços entre ambas. Não há má-fé, também, quando o devedor aliena o único imóvel residencial sem adquirir outro de maior valor, porque aquele bem, desde que preenchidos os requisitos legais, seria de qualquer modo impenhorável, não havendo, aí, fraude contra credores.

A existência de má-fé poderá ser irrelevante quando o devedor, mesmo sabendo-se insolvente, adquire imóvel de maior valor para residir com sua família, sem, contudo, desfazer-se da antiga residência, pois a impenhorabilidade, nessa hipótese, continuará incidindo sobre o imóvel menos valioso, como estabelece o parágrafo único do art. 5.º, adiante analisado. A propósito, quando a Lei dispõe, no parágrafo único do art. 4.º, que o juiz “poderá transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior”, está, na verdade, referindo-se à possibilidade do juiz realizar a transferência da constrição nos próprios autos da execução, pois a regra da incidência da impenhorabilidade sobre o bem menos valioso já está prevista de forma cogente naquele dispositivo.

No próprio parágrafo único do art. 4.º, está prevista outra hipótese, que constitui modalidade de fraude contra credores, onde o devedor adquirente de imóvel mais valioso desfaz-se da antiga residência. A Lei estabelece, nesse caso, que o juiz poderá, na respectiva ação do credor, anular a venda da antiga residência - entendendo-se, aqui, qualquer forma de alienação -, para que sobre ela continue incidindo a impenhorabilidade, liberando-se a mais valiosa para a incidência da constrição.

A disposição é alvo de crítica por parte da doutrina por existir, no dizer de José Stábile Filho, flagrante “defeito de técnica legislativa”¹³⁶. Isto porque a Lei permite ao juiz ‘anular’ a

¹³⁶ STÁBILE FILHO, José. Obra citada, p. 72.

venda, mesmo sem provocação da parte interessada. Também não é o caso, aqui, de pronunciar-se sobre a nulidade, pois a alienação e transferência da residência não são atos nulos (CC, arts. 145, V e 146, parágrafo único)¹³⁷. O que ocorre, no entanto, é que o legislador, quando usou o termo ‘anular’, com certeza considerou a manifestação do interessado na “respectiva ação do credor”, que diante da fraude, só poderá ser a ação pauliana.

De qualquer modo, interessante a observação de Álvaro Villaça Azevedo, para quem a solução do legislador é “complicadíssima”. Bastaria, para o autor, ao invés de anular a venda da antiga residência, permitir que a penhora incida sobre o novo imóvel, no valor que ultrapasse o do antigo, continuando impenhorável o valor do imóvel primitivo, mesmo contido no bem mais valioso.¹³⁸ Tudo isso, certamente, para não prejudicar o terceiro adquirente do imóvel de menor valor, presumivelmente de boa-fé.

7. O imóvel rural (art. 4.º, parágrafo 2.º)

A impenhorabilidade absoluta do “imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário” está prevista no Código de Processo Civil, art. 649, X. A ressalva quanto à hipoteca para fins de financiamento agropecuário não mais existe por força do art. 5.º, XXVI, da Constituição Federal, que estabelece a impenhorabilidade da pequena propriedade rural por dívidas decorrentes da atividade produtiva.

¹³⁷ CC, art. 145, V: “É nulo o ato jurídico: V- quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.”; sobre as nulidades, CC, art. 146, parágrafo único: “Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes.”

¹³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 179.

Nos termos da Lei 8.009/90, se constituída a residência familiar em imóvel rural, “a impenhorabilidade restringir-se-á à sede da moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5.º, XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural” (art. 4.º, parágrafo 2.º).¹³⁹

Note-se que o benefício, aqui, é mais abrangente, pois independe da natureza do débito, consistindo essencialmente em proteção à entidade familiar. Não é demais observar que, se o devedor for proprietário de outros imóveis, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, aplicando-se o disposto no art. 5.º, parágrafo único.

Quanto ao conceito de ‘pequena propriedade rural’, há quem defenda que está contido na Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), que define a propriedade familiar, em síntese, como o imóvel explorado pelo agricultor e sua família, absorvendo-lhes toda a força de trabalho e garantindo-lhes a subsistência (art. 4.º, II).¹⁴⁰ Há quem considere ‘aproveitável’ a conceituação do art. 4.º da Lei n.º 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais que tratam da reforma agrária, definindo a pequena propriedade rural como o imóvel de área compreendida entre um e quatro módulos fiscais.¹⁴¹

Ainda que em nada prejudique tal analogia - sobretudo para viabilizar a aplicação do art. 5.º, XXVI -, a ‘pequena propriedade rural’ deve ser entendida como a ‘pequena gleba rural’ (CF, art. 153, parágrafo 4.º) definida no art. 7.º da Lei 8.847/94, visto que, a despeito da diferença nas expressões utilizadas, a Constituição protege os pequenos agricultores com a

¹³⁹ “Ainda que da lei emane a necessidade da residência sobre o imóvel, portanto, tem-se abrandado essa exigência, atendendo mais aos interesses do agricultor e de sua família.” (MARMITT, Arnaldo. Obra citada, p. 63)

¹⁴⁰ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, 1ª ed., São Paulo : Saraiva, 1989, pp. 139/140.

¹⁴¹ Nesse sentido: TARS, AI 196.010.326, 1ª Câm., Rel. Juiz Heitor Assis Remont, julg. em 16.04.1996; em sentido contrário, entendendo que o módulo fiscal não pode ser parâmetro para conceituar pequena propriedade rural, mas sim o módulo rural da Lei n.º 4.504/64: TAPR, Ag. 116052-3, 2ª Câm., Rel. Juiz Fernando Vidal de Oliveira, julg. em 25.03.1998.

impenhorabilidade da propriedade rural e com a não incidência do respectivo imposto territorial, pelas mesmas razões de cunho político e econômico.

Não é demais ressaltar, nesse tópico, que não podem ser confundidas a hipoteca do imóvel residencial (art. 3.º, V) - hipótese genérica de garantia real - e a hipoteca da pequena propriedade rural (art. 4.º, parágrafo 2.º), sobretudo pela especificidade da segunda. A pequena propriedade rural não pode ser objeto de penhora, ainda que hipotecada na cédula trazida à execução. Certamente não poderia a Lei 8.009/90, a despeito do interesse público nela traduzido, neutralizar disposição constitucional (art. 5.º, XXVI) que protege a pequena propriedade rural estabelecendo sua impenhorabilidade no caso de execução por débito decorrente do financiamento da sua produção.¹⁴²

Finalmente, cabe observar que a primeira parte do parágrafo 2.º do art. 4.º refere-se a imóvel que não pode ser definido como 'pequena propriedade rural', restringindo-se a impenhorabilidade à "sede da moradia, com os respectivos bens móveis". Para a definição da 'sede da moradia' deve ser considerada a área ocupada pela residência e respectivas adjacências, levando-se em conta, também, o módulo rural passível de desmembramento, para permitir o registro imobiliário da parcela do imóvel considerada penhorável.

8. O único imóvel residencial (art. 5.º)

Nos termos do art. 5.º, considera-se residência, para os efeitos da impenhorabilidade instituída pela Lei 8.009/90, "um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente."

Quanto às designações 'casal' e 'entidade familiar', serão analisadas no capítulo sobre a entidade familiar abrangida pelo benefício. Será apreciada, neste tópico, a questão da

¹⁴² Nesse sentido: TJRS, Ag. n.º 192.060.002, 4.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen, julg. em 23.04.92.

destinação do imóvel. É necessário, como se viu, que o imóvel próprio do devedor seja destinado à moradia, dele e de sua família, excluídos os imóveis comerciais ou industriais, bem como os lotes não edificadas.

Sobre os lotes urbanos sem edificação, é importante observar que será impenhorável a moradia do devedor e de sua família, mesmo que não averbada a construção no Registro de Imóveis. Não será afastada, então, a incidência do benefício, simplesmente porque a certidão do Registro de Imóveis refere-se a terreno não edificado. A edificação, ainda que irregular, desde que destinada à moradia, é impenhorável juntamente com o terreno onde foi construída.¹⁴³

A exclusão dos imóveis comerciais, antes mencionada, não deve ser generalizada, sob pena de se cometer injustiça. Há imóveis que possuem destinação mista, devendo o julgador, antes de excluir a incidência do favor legal, atentar para duas situações: a possibilidade de desmembramento do bem e a utilização predominante do mesmo como moradia. A questão do bem divisível, que comporta desmembramento, já foi abordada no tópico sobre o imóvel residencial próprio e o campo de incidência da impenhorabilidade legal, onde concluiu-se que a impenhorabilidade deve recair somente sobre a área indispensável à fixação da residência, quando esta comportar individualização. Assim, na hipótese de destinação mista, sendo individualizáveis as edificações, será impenhorável somente a edificação com finalidade residencial.

Mas a impenhorabilidade legal também poderá incidir em função da utilização predominantemente residencial do imóvel com destinação mista. É o caso do pequeno comércio ou mesmo da pequena indústria, instalados no imóvel onde o devedor reside com sua

¹⁴³ Nesse sentido: "Aos efeitos da Lei 8.009/90, é absolutamente irrelevante se o prédio que serve de residência à entidade familiar está ou não averbado no registro de imóveis. O que a lei protege é a residência familiar e não o direito de propriedade sobre o prédio." TARS, Ap. 195001367, 4ª Câm., Rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina, julg. em 23.03.1995, RT 725/368.

família, que não são suficientes para descaracterizá-lo como imóvel residencial, porque sua principal destinação ainda é a moradia familiar.¹⁴⁴

A Lei se refere, ainda, no *caput* do art. 5.º, à moradia ‘permanente’. Não se estende o benefício, portanto, às casas de praia ou de campo, utilizadas freqüentemente em finais de semana ou nos períodos de férias - mesmo que constituam o único imóvel próprio -, porque não destinadas à moradia permanente do devedor e de sua família.

Situação interessante e ainda controvertida, é a do imóvel residencial locado, cuja renda é destinada a pagar o aluguel da casa alheia onde o devedor reside com sua família. Muitos fatores, aí, devem ser considerados, antes de concluir-se pela penhorabilidade do imóvel próprio. A opção por residir em imóvel alheio, mesmo estando o imóvel próprio locado, deve-se, algumas vezes, a razões de pura conveniência - como proximidade do local de trabalho ou de estudo - e, outras, à necessidade financeira, quando a renda do aluguel da casa própria é essencial para a sobrevivência do devedor e de sua família.

Há casos em que a locação é de apenas parte do imóvel residencial, o que também não impede o reconhecimento da impenhorabilidade - desde que preenchidos os demais requisitos legais -, pois os aluguéis de cômodos ou outras instalações podem simplesmente complementar a renda familiar, sem alterar a destinação do imóvel como moradia da família. A impenhorabilidade também poderá atingir os aluguéis auferidos, quando forem essenciais à subsistência do devedor e de sua família, como prevê o art. 649, II do CPC.

¹⁴⁴ Nesse sentido: “A destinação comercial dentro da residência do casal, evidentemente, não descaracteriza o bem de família, porque prevalece a destinação precípua, o local de moradia da entidade familiar. E não comprovado tratar-se de imóvel divisível, em face de sua característica mista, impera a lei de ordem pública (Lei 8.009/90, art. 1º, parágrafo único, c/c art. 5º, *caput*).” 1º TACivSP, Ap. 553.228/5, 10.º Câmara, Rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, julg. em 08.08.1995, RT 721/149.

Em todos esses casos, a jurisprudência tem entendido, predominantemente, ser impenhorável o imóvel próprio do devedor, porque, ainda que indiretamente, continua essencial à habitação familiar.¹⁴⁵

A impenhorabilidade poderá incidir, também, sobre o imóvel destinado à moradia da família do devedor, mesmo que ele próprio lá não resida, o que será abordado oportunamente, no capítulo sobre as entidades familiares.

9. Vários imóveis residenciais e o bem de família voluntário (art. 5.º, parágrafo único)

Havendo pluralidade de imóveis residenciais, prevê o parágrafo único do art. 5.º, que “a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.”

Será analisada, aqui, a hipótese de o devedor possuir vários imóveis que admitam destinação residencial, mas apenas um abrigo o devedor e sua família. Outra hipótese, um tanto incomum mas não impossível, é a de haver vários imóveis residenciais ocupados por membros da família do devedor, que será analisada no capítulo sobre as entidades familiares abrangidas pelo benefício da impenhorabilidade.

¹⁴⁵ Algumas decisões, exemplificativamente: “Estando o imóvel residencial do casal locado para servir como fonte de subsistência da família em condições condignas, prevalece sua impenhorabilidade, de acordo com a finalidade social da Lei 8.009/90.” TJMS, Ag. 54.694-3, 1ª Turma, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julg. em 16.09.1997, RT 749/376; “Desde que a família só possua um imóvel residencial, ainda que locado a terceiro, subsiste a garantia de impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90, pois esta tem por finalidade garantir a moradia familiar.” 1º TACivSP, Ag 748.690-2, 3ª Câ., Rel. Juiz Carvalho Viana, julg. em 07.10.1997, RT 752/223; “É impenhorável, nos termos da Lei 8.009/90, o único imóvel do devedor, utilizado parte como clínica do proprietário e a outra metade alugada para terceiros, se tal rendimento serve para pagar outra moradia.” 1º TACivSP, Ap. 720.666-8, 7ª Câ., Rel. Juiz Álvares Lobo, julg. 21.10.1997, RT 748/265; “Se o único bem residencial do casal ou da entidade familiar está locado, servindo como fonte de renda para subsistência da família, passando inclusive a morar em prédio alugado, nem por isso aquele bem perde a sua destinação mediata, que continua sendo a de garantir a moradia familiar.” TJRJ, Ag. 11.863/99, 18ª Câ., Rel. Des. Jorge Luiz Habib, julg. em 14.12.1999, RT 779/339. No Superior Tribunal de Justiça, a matéria não está pacificada; no sentido de reconhecer a impenhorabilidade nos casos apontados: STJ, REsp. 76.212-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, julg. em 15.04.1996, DJU, 05.08.96; STJ, REsp. 144119-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 08.12.1997, DJU, 30.03.98; STJ, REsp. 183.042-AL, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 25.05.1999, DJU, 01.07.99. Em sentido contrário, exigindo que o imóvel sirva de residência ao executado: STJ, REsp. 232.821-MS, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. em 17.02.2000, DJU, 19.06.00.

Não é recomendável, diante da pluralidade de imóveis, uma interpretação textual do dispositivo em questão. O reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel de menor valor deverá levar em conta as circunstâncias de cada caso, como acontece, em regra, com a aplicação da Lei 8.009/90.¹⁴⁶ Rainer Czajkowski afirma não ser razoável seguir literalmente a orientação deste preceito, basicamente em três situações: se, pela expropriação de outros imóveis que não aquele ocupado pelo devedor e sua família, for possível a satisfação do crédito, não será necessária a mudança da residência familiar; se o devedor for proprietário de vários imóveis e condômino de um imóvel, mesmo sendo o respectivo quinhão o bem de menor valor, não deverá a impenhorabilidade incidir sobre esse quinhão, mas sobre outro imóvel residencial, pela inviabilidade de se fixar a residência da família no imóvel comum; e, se o devedor ocupar imóvel próprio, de reduzidas dimensões, por razões profissionais, deixando sua família numerosa em imóvel maior, também próprio, a impenhorabilidade deverá incidir sobre o imóvel ocupado pela família, mesmo que mais valioso.¹⁴⁷

Veja-se, ainda, a ressalva da parte final do parágrafo único do art. 5.º, quanto à incidência da impenhorabilidade sobre o bem de família instituído voluntariamente (CC, art. 70). Considerando que os dois institutos - bem de família legal e bem de família voluntário - coexistem, se houver instituição voluntária de bem de família, pelo disposto na própria Lei 8.009/90, a impenhorabilidade legal deverá incidir sobre o mesmo imóvel.

Assim, havendo pluralidade de imóveis, a escolha do instituidor do bem de família prevalecerá quanto à incidência da impenhorabilidade, salvo se a instituição não prevalecer por comprometer a solvência do devedor (CC, art. 71), quando passará a incidir o benefício legal

¹⁴⁶ “Caso exista pluralidade de residências ou de domicílios do executado, para não haver prejuízo a qualquer das partes, antes de se decretar a impenhorabilidade de bens, é de se permitir aos interessados a instauração de pesquisa para identificação do imóvel residencial e dos bens que o guarneçam, os quais poderão ficar imunes da penhora.” TAMG, Ag. 214.289-4, 3ª Câm., Rel. Juiz Duarte de Paula, jul. em 19.06.1996, *RJTAMG* 63/58.

¹⁴⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. *Obra citada*, pp. 98/99.

sobre o imóvel menos valioso.

Lembre-se, por fim, que não havendo menção, no ato de instituição do bem de família, sobre a impenhorabilidade dos bens móveis que guarnecem o imóvel do instituidor, estes não serão passíveis de penhora, aplicando-se conjuntamente os institutos do bem de família voluntário e do bem de família legal.¹⁴⁸

10. A aplicação imediata da Lei 8.009/90 (art. 6.º)

Ao tempo da edição da Lei 8.009/90, a equivocada redação do art. 6.º - que determinou o cancelamento das execuções suspensas pela Medida Provisória 143 - gerou grande polêmica, porque sua interpretação textual afrontaria a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5.º, XXXV)¹⁴⁹, bem como atingiria o próprio crédito do exeqüente.¹⁵⁰

Como seria fácil supor, logo foi pacificado o entendimento segundo o qual estariam canceladas somente as penhoras efetivadas nas execuções em curso, prosseguindo a execução sobre outros bens do patrimônio do devedor, não atingidos pelo benefício da impenhorabilidade legal. Mas isso não extinguiu totalmente a polêmica, porque ainda assim, o cancelamento das penhoras recaídas sobre os bens de família do devedor, mais do que admitir a aplicação imediata da Lei, seria atribuir efeitos retroativos ao novo diploma legal.

Defendeu-se, na época, que mesmo reconhecendo-se o conteúdo processual da Lei 8.009/90, o que permitiria sua aplicação imediata, inclusive sobre os feitos pendentes, o

¹⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Obra citada, p. 181.

¹⁴⁹ CF, art. 5.º, XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

¹⁵⁰ "O primeiro aspecto que denota a distorção do mandamento legal é impor o cancelamento das ações executivas, atingindo assim o próprio crédito em cobrança, ao contrário de oportunizar a substituição da penhora por outro bem livre do devedor. Concede portanto o art. 6.º uma bizarra remissão de dívidas." (CALLAGE, Carlos. Obra citada, p. 198.)

cancelamento das penhoras regularmente efetivadas antes de sua vigência, por consistir em eficácia retroativa ao invés de imediata, estaria violando o disposto no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal¹⁵¹ e o art. 1.211 do Código de Processo Civil^{152, 153}.

Mas outros argumentos acabaram prevalecendo, reconhecendo-se a possibilidade de atingir as constrições regularmente praticadas. Houve quem defendesse que os objetivos sociais da Lei seriam suficientes para permitir os efeitos retroativos, expressamente consignados.¹⁵⁴

Entendeu-se, também, que a nova lei processual admite efeitos retroativos sempre que haja disposição expressa nesse sentido e desde que tais efeitos não atinjam o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Assim, considerando-se que a penhora é ato processual meramente preparatório da expropriação¹⁵⁵, e a expropriação é realizada pelo Estado no processo executivo, não há que se falar em direito adquirido do credor à respectiva constrição¹⁵⁶, tampouco em ato jurídico perfeito¹⁵⁷, pois o objetivo da execução é a final expropriação de bens do devedor para a conseqüente satisfação do crédito.

Na mesma ordem de idéias, argumentou-se que, por ser a penhora um 'meio' e não um 'fim' no processo executivo, não haveria propriamente efeito retroativo com o cancelamento

¹⁵¹ CF, art. 5.º, XXXVI: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

¹⁵² CPC, art. 1.211: "Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes."

¹⁵³ Nesse sentido: LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Da irretroatividade da Lei 8.009/90. *RT* 669/260-261.

¹⁵⁴ Defendendo esse argumento: PUGGINA, Márcio Oliveira. Obra citada, p. 275.

¹⁵⁵ Defendendo a inaplicabilidade do art. 6.º aos processos pendentes, por ser a penhora ato processual autônomo e com finalidade própria: STÁBILE FILHO, José. Obra citada, pp. 73/74.

¹⁵⁶ Afirmando que a penhora não é instituto apto a gerar direito adquirido, as seguintes decisões: STJ, REsp. 18.652-0-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julg. em 05.05.1992, DJU 01.06.92, *RT* 699/194; 1º TACivSP, Ag. 543.942-7, 4ª Câ., Rel. Juiz Carlos Bittar, julg. em 18.08.1993, *RT* 710/87.

¹⁵⁷ Afirmando não haver ofensa ao ato jurídico perfeito, a seguinte decisão: TAMG, Ag. 109.537-0, 6ª Câ., Rel. Juiz Sérgio Resende, julg. em 18.02.1991, *RT* 675/187.

das penhoras realizadas sobre os bens incluídos no favor legal, em processos pendentes, porque mesmo que mantidas as respectivas constrições, seria inadmissível a subsequente expropriação.¹⁵⁸

Atualmente, a reflexão sobre a incidência imediata da Lei 8.009/90 perdeu o sentido prático, transformando-se em discussão meramente acadêmica, mas é importante observar que ainda existe, na doutrina, respeitáveis opiniões defendendo a inconstitucionalidade do art. 6.º. Talvez o principal argumento nesse sentido, é o de que o preceito viola o mencionado art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, na medida em que a inexproprialidade é apenas consequência da impenhorabilidade legal, instituída para o presente e para o futuro, mas não para o passado. Assim, se à época da realização da penhora o bem era expropriável, tal condição subsiste com a validade da constrição.¹⁵⁹

Na jurisprudência, entretanto, restou pacificado que o cancelamento das penhoras nas execuções pendentes não constituiu afronta à Constituição Federal, principalmente pelo caráter social da Lei. O Superior Tribunal de Justiça, com a Súmula 205, consagrou a orientação: “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.¹⁶⁰ No Supremo Tribunal Federal, o mesmo posicionamento foi adotado, em razão da impossibilidade de subsequente expropriação do bem protegido pelo favor legal, da qual a penhora é ato processual preparatório.¹⁶¹

¹⁵⁸ Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria. *Impenhorabilidade do bem de família*. *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n.º 60, Porto Alegre, 1994, p. 93; CUNHA, J. S. Fagundes. *Bem de família - comentários à Lei n.º 8.009/90*, Curitiba : Juruá, 1992, p. 63.

¹⁵⁹ CZAJKOWSKI, Rainer. *Obra citada*, p. 45.

¹⁶⁰ Nesse sentido: “Pacificou no STJ o entendimento segundo o qual a Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência, a teor do disposto na Súmula 205/STJ.” (STJ, REsp. 235.455-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. em 16.11.2000, DJ 12.02.01, *Boletim Informativo Juruá* 284, p.10.

¹⁶¹ No Supremo Tribunal Federal, afirmando não haver ofensa a direito adquirido: STF, RE 145.933-6-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 03.12.1993, DJU 16.12.94, *RT* 713/268; STF, AgRg em AI 157809-3-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 09.08.1994, DJU 03.03.1995, *RT* 715/322.

11. A revogação das disposições em contrário (art. 8.º)

No art. 8.º, a Lei 8.009/90 revogou expressamente as disposições em contrário. Dessa forma, revogou o art. 776, II, do Código Civil, que instituiu o penhor legal em favor do “dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos alugueres ou rendas”. Não poderão, portanto, garantir o pagamento dos aluguéis, os bens móveis do locatário, impenhoráveis por força do art. 2.º, parágrafo único da Lei 8.009/90.¹⁶²

Mas nem todas as disposições sobre as restrições à responsabilidade patrimonial do devedor foram revogadas. Os artigos 648 a 650 do Código de Processo Civil - como já observado na análise dos dispositivos anteriores - continuam aplicáveis naquilo que for compatível.¹⁶³ Não é demais lembrar que a impenhorabilidade absoluta dos bens elencados no art. 649 é objetiva, decorrendo da natureza do próprio bem, sendo nula a constrição que sobre eles recaia.¹⁶⁴ A impenhorabilidade do bem de família instituída pela Lei 8.009/90, ao contrário, é relativa, depende de outras circunstâncias nem sempre expressamente referidas, não bastando, como se viu, identificar a característica residencial do imóvel para a incidência do benefício.

Como última observação, cumpre destacar que continuam em vigor as disposições sobre a instituição voluntária do bem de família (CC, arts. 70 a 73). Note-se que a própria Lei 8.009/90, quando tratou da pluralidade de imóveis residenciais (art. 5.º, parágrafo único), expressamente manteve a impenhorabilidade voluntária. Sem qualquer incompatibilidade, portanto, os dois institutos - bem de família legal e bem de família voluntário - coexistem.

¹⁶² STÁBILE FILHO, José. Obra citada, p. 69.

¹⁶³ Em sentido contrário, entendendo que a Lei 8.009/90 regulou inteiramente a matéria, tornando-se incompatível com a legislação anterior: STÁBILE FILHO, José. Obra citada, p. 69.

Capítulo 3

A ENTIDADE FAMILIAR DE QUE TRATA A LEI 8.009/90

No art. 1.º, *caput*, a Lei 8.009/90 estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do “casal” ou da “entidade familiar”. Imagina-se, então, que a palavra casal refira-se a cônjuges, e a expressão entidade familiar revista-se do significado constante no art. 226, parágrafos 3.º e 4.º, da Constituição Federal, podendo ser a união estável ou a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Surge, aqui, a primeira indagação: a própria lei deve definir o modelo familiar beneficiado pela impenhorabilidade legal ou o diploma legal deve ser interpretado de acordo com os modelos de família sociológica e juridicamente reconhecidos?

A reflexão, embora não esteja a Lei 8.009/90 no âmbito do Direito de Família, exige uma rápida abordagem sobre a origem e evolução da família, envolvendo os diversos modelos familiares surgidos espontaneamente na sociedade, desde os primeiros tempos.

A existência da família é tão antiga quanto a da própria humanidade. Não há, por isso mesmo, um registro histórico que defina o momento a partir do qual ela começou a existir. Mas o que se sabe é que a família já assumiu diversas formas, conforme a cultura dos povos nas diferentes épocas e localidades geográficas em que estava inserida. Foram diferentes, ao longo do tempo, o modo de constituir a família - podendo ser monogâmica ou poligâmica, tanto em relação ao homem quanto à mulher -, o número de seus componentes, o exercício da

¹⁶⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. Obra citada, p. 105.

autoridade, os papéis exercidos pelos membros da família, bem como seus direitos e seus deveres.

Numa época mais remota, após o período caracterizado pela promiscuidade sexual, a mãe passou a ser o centro da família, considerando-se apenas o parentesco uterino, pois não havia como atribuir com certeza a paternidade.¹⁶⁵ Contrapondo-se a essa teoria, há quem negue a existência do período de promiscuidade, afirmando que o pai sempre fora o centro do organismo familiar.¹⁶⁶

Não seria exagero afirmar que, no mesmo tempo e lugar, houve vários modelos de estrutura familiar. Numa análise histórica da organização da família constata-se ter havido, na Antiguidade greco-romana, paradigmas distintos para a plebe e para o patriciado.¹⁶⁷ Ainda que a vida privada das classes menos favorecidas não tenha sido objeto de preocupação dos historiadores antigos, sabe-se que a plebe era constituída de pessoas que aos poucos iam se agregando às cidades, em busca de conforto e proteção. Mesmo que fizessem fortuna, os plebeus não possuíam quaisquer direitos, não participavam da vida política, religiosa ou militar.

As famílias patrícias, ao contrário, eram encabeçadas por um *pater familias*, ao qual se submetiam a esposa, os filhos, as noras, os netos, bem como a classe dos clientes - pessoas que ofereciam seus préstimos e seu patrimônio em troca de proteção - e a classe dos escravos. O *pater* exercia as funções de pai, esposo, administrador dos negócios da família, sacerdote responsável pelo culto doméstico, e juiz, pois julgava os membros da família como presidente

¹⁶⁵ BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Buenos Aires : Depalma, 1996, pp. 12/13.

¹⁶⁶ “su principal expositor fue Sumner Maine, para quien el origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unem bajo la autoridad y protección del varón de más edad.” (BELLUSCIO, Augusto César. Obra citada, p. 13.)

¹⁶⁷ COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*, 9ª ed., vol. 1, Lisboa : Livraria clássica, 1957, p. 14. In FIUZA, César Augusto de Castro. Mudança de Paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, p. 28.

do tribunal doméstico.¹⁶⁸

Não é sem propósito observar, que também em nosso país - formado através de concessões de datas e sesmarias aos grandes senhores que detinham o poder -, houve vários modelos de estrutura familiar, no mesmo tempo e lugar. A família tradicional do Norte e Nordeste do Brasil era praticamente patriarcal na sociedade rural, vigorando o princípio da submissão da mulher e da dominação do marido, mas essa realidade não refletia a família do Sul. Nas famílias do Norte e Nordeste, onde predominava a monocultura e havia grande extensão de latifúndio a exigir grande mão de obra, o senhor rural era o dono da gleba - a exemplo do *pater* na família romana - e os membros da família dele dependiam, sendo a grande família um núcleo econômico. Em São Paulo, como os latifúndios eram menores, as famílias também se fracionavam, e os filhos, ao atingir a maioridade, abandonavam as casas grandes e migravam para os grandes centros a procura de trabalho.¹⁶⁹

O modelo familiar da civilização romana, tipicamente patriarcal, era marcado pela desigualdade e pelo autoritarismo. Afirma-se que, no Direito Romano, o casamento não recebeu disciplina jurídica; sabe-se apenas que deveria conjugar dois elementos: a *affectio maritalis*, elemento subjetivo - ausente nos concubinos -, definido como o tratamento dado pelo marido à esposa associando-a ao seu modo de vida para com ela viver até a morte, e a *deductio in domum mariti*, elemento objetivo, definido como a transferência da mulher para a casa do marido.¹⁷⁰

Com o surgimento do Cristianismo, a família e o casamento passaram a interessar à Igreja, que editou normas independentes das leis do Estado, estabelecendo a indissolubilidade

¹⁶⁸ FIUZA, César Augusto de Castro. Obra citada, p. 30.

¹⁶⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, p. 326.

¹⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não-fundada no casamento. RT 771/51, pp. 52/53.

do sacramento do matrimônio, considerando o consenso elemento indispensável apenas no momento da celebração. Mais tarde, em decorrência das Reformas religiosas - sobretudo a Reforma luterana - que negaram a natureza sacramental do matrimônio, transferiu-se para a competência do Estado o controle das uniões de pessoas, concebendo-se o casamento civil independentemente do religioso.

Estudos sociológicos demonstram que a família, inicialmente numerosa, era considerada meio de produção, a exemplo de algumas comunidades agrícolas ainda hoje existentes.¹⁷¹ Daí a função procriativa da família, apregoada pela religião, em perfeita consonância com o modelo familiar onde os filhos auxiliavam diretamente na obtenção de recursos. Mais tarde, a comunidade familiar deixou de ser o local de trabalho, e os chefes de família passaram a buscar o seu sustento fora do lar; começava a desaparecer a grande família.

No período pós revolução industrial, a nova condição feminina também exerceu importante influência na transformação do conceito de família, na medida em que a inserção da mulher no mercado de trabalho e sua conseqüente independência financeira fizeram com que as tarefas na esfera doméstica não mais ficassem exclusivamente a seu cargo. A mulher assumiu papéis mais ativos e importantes. A liderança do homem, em casa, deixou de ser absoluta.¹⁷² Quando o sustento da família passou a ser provido por ambos, os papéis também se revezaram.

Numericamente reduzida, a família foi abandonando o antigo modelo patriarcal onde predominavam as desigualdades e o autoritarismo. Surge, então, a família nuclear, onde as pessoas que se uniam para iniciar uma vida em comum estavam mais preocupadas com a sua

¹⁷¹ Sobre a família como fenômeno social: HINOJAL, Isidoro Alonso. *Sociología de la familia*. Madrid : Guadiana de Publicaciones, 1973. Sobre a sociologia da família brasileira: RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara T. [Org.]. *Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira*. São Paulo : Loyola, 1995.

¹⁷² "O papel da mulher era subalterno. Não quer isso dizer que o homem sempre mandasse. Muitas vezes, ele apenas parecia mandar, *aparecia* como quem mandava. Por trás da cena, muita mulher soube manipular a vaidade masculina. Mas isso hoje se aceita menos. As mulheres não querem mais mandar nos bastidores, querem uma presença visível - que pode, por sinal, até lhes reduzir em certos casos o efetivo poder, mas lhe

própria realização pessoal e a de seus filhos, do que em atingir os objetivos de suas famílias de origem.

Mas, ainda assim, os direitos e deveres próprios do homem e da mulher, as relações de parentesco e seus efeitos pessoais e patrimoniais, eram regulamentados pelo Direito somente se constituída, a união, pelo instituto do casamento. Tratado pela religião como sacramento indispensável para legitimar a união entre homem e mulher, e assumindo caráter institucional nos países ocidentais, o matrimônio foi, durante longo período histórico, condição para que as relações familiares merecessem a tutela do Estado.

No Brasil, o Código Civil de 1916, a exemplo do Código Civil de Napoleão, de 1804, considerou o casamento civil como único meio de constituir a família legítima, apta a gozar da proteção estatal, estruturando-a nos moldes discriminatórios e hierárquicos da família patriarcal. O marido era o “chefe” da sociedade conjugal; era ele o detentor do pátrio poder; cabia ao marido fixar o domicílio conjugal bem como autorizar a mulher a exercer atividades lucrativas; sua vontade é que prevalecia nas divergências sobre questões domésticas; os compromissos assumidos pela mulher, mesmo no interesse do lar, eram em nome do marido.

Observa-se que o termo ‘família’ não foi expressamente referido somente no Código Civil, mas em diversas leis brasileiras, nem sempre com o mesmo significado, exigindo-se maior esforço por parte do intérprete. Havia, então, uma disciplina para a família ‘legítima’, a ‘ilegítima’, a ‘adotiva’, não raro conferindo tratamento discriminatório para alguns modelos familiares.

Dois grandes marcos da evolução do Direito de Família brasileiro, foram o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121, de 27.08.62), que promoveu a emancipação da mulher e a elevou à condição de ‘colaboradora’ do marido que mantinha a chefia da sociedade conjugal; e

muda a natureza.” (RIBEIRO, Renato Janini. *A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, p. 18.)

a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515, de 26.12.77), que timidamente inseriu o instituto em nosso país, dispondo que o pedido de divórcio só poderia ser formulado uma vez, o que representou a última vitória da corrente antidivorcista, apoiada pela Igreja que prega a indissolubilidade do casamento.¹⁷³

Esses dois grandes marcos, a despeito de sua indiscutível importância, não romperam totalmente com o modelo de família do Código Civil. É impossível, no entanto, conceber um único modelo de família, pois o organismo familiar vem sofrendo, ao longo da história, influência dos sistemas político, econômico, religioso, e principalmente social, sendo objeto de estudo tanto do sistema jurídico quanto dos outros aqui mencionados.

Abordando as formas de expressão dos interesses coletivos, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que a família representa um forte papel na sedimentação de uma etnia, de uma coletividade, salientando que, “na história da humanidade, nem mesmo os regimes totalitários conseguiram infirmar esse grupo social”.¹⁷⁴ E, diante da importância do organismo familiar, o sistema jurídico deve conjugar o tratamento conferido aos vários tipos de família aos demais fatores que os influenciam, em especial os sociológicos, sob pena de estabelecer regras que já não atendam aos anseios da sociedade.¹⁷⁵

A família, hoje, não é mais caracterizada pelo autoritarismo e pela desigualdade e, tampouco, é exclusivamente matrimonializada. Abolido o modelo patriarcal hierarquizado, é encarada como uma comunidade onde predomina a valorização do afeto em lugar da autoridade e evidencia-se o individualismo nas relações entre seus membros. A sociedade

¹⁷³ BARBOSA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997, pp. 97/100.

¹⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos - conceito e legitimação para agir*, 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994, p. 51.

¹⁷⁵ Sobre o tema: “(...) la evidencia de la variedad de tipos de familias no contempladas por la norma nos permiten afirmar que, más allá de la pretendida naturaleza, existen reglas de derecho que buscan institucionalizar tanto las relaciones como las estructuras y las funciones del grupo familiar.” (DUARTE, Alicia

conjugal foi democratizada e a chefia da família passou a ser colegiada.¹⁷⁶

Tendo a afetividade como característica marcante, a família atual passa a ser o principal refúgio das pessoas que procuram aliviar as tensões da vida moderna, reduzir o *stress* causado pela agitação dos grandes centros, numa verdadeira fuga dos problemas cotidianos.¹⁷⁷ O companheirismo e o amor compartilhado assumem relevância e procuram atenuar as dificuldades de caráter social e econômico.

O abandono do perfil tradicional da família, onde seus membros trabalhavam e dedicavam seus esforços para a e proteção do patrimônio doméstico e manutenção do *status* social, fortalece a concepção eudemonista, para a qual a família é que deve existir para proporcionar a realização dos interesses pessoais de seus membros. Nessa concepção, observa-se que a procriação, antes uma imposição social ou conseqüência inevitável das relações sexuais, passou a ser livre opção dos parceiros afetivamente envolvidos, ganhando sentido e importância.¹⁷⁸

Realidade sociológica¹⁷⁹ antes que jurídica, a família é considerada instrumento para o desenvolvimento e realização do ser humano. É dentro da família que a pessoa experimenta os principais eventos da vida individual, como o nascimento, o crescimento, a procriação, o

Pérez. *Derecho de familia*, México : FCE, 1995, p. 19.)

¹⁷⁶ LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 30.

¹⁷⁷ “Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a távica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n.º 1, Porto Alegre, 1999, p. 8.)

¹⁷⁸ VILLELA, João Baptista. *Família hoje*. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 72.

¹⁷⁹ “La familia há mostrado una sorprendente capacidad de permanencia a lo largo de épocas y situaciones sociales muy diversas, pero justamente por su gran flexibilidad y capacidad de adoptar formas muy variadas. La sociedad del futuro, llámesela posindustrial, programada, urbana o como se quiera, todos la anticipan como muy dinámica; por ello, resulta razonable esperar de la familia nuevas adaptaciones y formas, quizá muy distantes de las actuales, como lo están algunas acyuales del pasado.” (HINOJAL, Isidoro Alonso. *Obra citada*, pp. 100/101.)

envelhecimento e a própria morte. Na família, portanto, deve encontrar apoio, afeto e suporte emocional¹⁸⁰ para a realização de seus anseios existenciais e a concretização de suas aspirações nos mais diferentes setores da vida. Assim, se a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da existência do Estado tanto quanto da família, a proteção do organismo familiar deve ser tratada como direito fundamental.

Nessa perspectiva é que devem ser entendidas as entidades familiares, constituídas a partir do casamento, ou não. Protegendo a família, seja ela matrimonializada ou oriunda de união estável, biparental ou monoparental, estará, o Estado, tutelando o ser humano, garantindo-lhe dignidade e permitindo-lhe um total desenvolvimento pessoal. Claro está que a proteção do Estado não se restringe aos aspectos patrimoniais e aos vínculos obrigacionais, mas às entidades familiares em seu sentido amplo, considerada a vinculação afetiva de seus membros e sua intenção de constituir uma família tão importante do ponto de vista social quanto a denominada família legítima.

O Direito de Família apresenta-se, atualmente, mais como um conjunto de idéias do que propriamente de regras conclusivas. No Brasil, sobretudo diante de um projeto do novo Código Civil, as transformações pelas quais passa a sociedade, aliadas aos avanços da engenharia genética, assumem especial importância. É comum nesse ramo do direito que a legislação acabe - num verdadeiro descompasso com a realidade social - por regulamentar situações que há muito são objeto de reflexão por parte da doutrina e da jurisprudência.

Evidente que o Direito de Família, cujo objeto são as relações familiares, tornou-se muito mais complexo na medida em que a família não mais possui uma única definição. Tal complexidade, além de resultar do reconhecimento de mais de um modelo familiar, deve-se também à sua preocupação com os aspectos pessoais dos relacionamentos familiares, tais

¹⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Um novo conceito de família - Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. *Direitos de família e do menor*, 3ª ed. [Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira] , Belo Horizonte :

como solidariedade, afeto, desenvolvimento emocional, ao lado dos aspectos patrimoniais que procura disciplinar.

Nessa ordem de idéias merece destaque o fenômeno da repersonalização ou, como denomina parte da doutrina, personificação do Direito de Família, que significa, em linhas gerais, que o Direito, nessa área, deve tratar de questões que envolvam sentimento, levando em conta os aspectos afetivos e psicológicos dos membros da entidade familiar, e não apenas daquelas ligadas a aspectos puramente patrimoniais.

Outro fenômeno relevante é o da constitucionalização do Direito de Família.¹⁸¹ Embora constituído por relações de ordem privada, inúmeras normas de caráter público limitam a autonomia dos indivíduos determinando deveres e garantindo direitos, em nome da função social do Estado que intervém para proteger a dignidade das pessoas. Não significa tal fenômeno, admitir uma total publicização das relações familiares, mas sim reconhecer a existência de princípios constitucionais que devem reger a aplicação das normas de Direito de Família, interpretadas sob nova ótica.

Em nosso direito constitucional anterior, a partir da Constituição de 1934 é que se fez menção à proteção da família pelo Estado.¹⁸² A Constituição de 1937 e a de 1946 também aludem à “proteção especial pelo Estado”. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional

Del Rey, 1993, p. 83.

¹⁸¹ “Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para assegurar seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações).” (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p.294).

¹⁸² Está expresso no art. 72, parágrafo 4.º, da Constituição Republicana: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” A finalidade do texto constitucional era apenas a de contrapor o casamento civil ao religioso. (cf. ACCIOLY FILHO, Francisco. O direito ao casamento e a sua dissolução no quadro das garantias fundamentais. *Anais da VII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil*, Curitiba, 07 a 12.05.1978, p. 380.)

n.º 1, de 1969, mencionam “proteção dos Poderes Públicos”, voltando, a Carta vigente, ao preceito que vigorava em 1934, 1937 e 1946, no tocante à proteção Estatal.¹⁸³ Mas, em todos esses textos constitucionais, a família merecedora da proteção do Estado era a matrimonializada, legitimada pelo instituto do casamento.

De suma importância, sem dúvida, foram as modificações introduzidas pela Constituição de 1988, que atingiram substancialmente as normas infra-constitucionais que regulavam as relações familiares. Entre as principais alterações estão o reconhecimento de novas formas de entidade familiar, a consagração do princípio da igualdade entre o homem e a mulher quanto aos direitos e deveres relativos à família e a proibição de quaisquer designações discriminatórias em relação aos filhos, numa corajosa valorização dos laços afetivos da filiação.

Numa verdadeira revolução de conceitos, e tentativa de adequação às transformações na ordem social, a Constituição de 1988 dispôs, em seu artigo 226, parágrafo 3º, que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. E no mesmo artigo, parágrafo 4º, que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Criou, assim, a nova Carta, a categoria das entidades familiares, coexistindo com a família dita legítima, também sujeitas à tutela estatal. Note-se que não há qualquer restrição à proteção da entidade familiar instituída por esta ou aquela forma. Diante disso, reconhecido o pluralismo dos modelos familiares, não mais se concebe um Direito de Família voltado apenas às famílias originadas no casamento, sendo imprescindível uma reformulação de seus

¹⁸³ Constituição de 1934, art. 144: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado”. Constituição de 1937, art. 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. Constituição de 1946, art. 163: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”. Constituição de 1969, art. 167: “A família é constituída pelo casamento e terá a proteção dos Poderes Públicos”.

princípios, sob o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Note-se que no plano social, a família brasileira sempre foi plural, sendo fundada tanto no casamento quanto em uniões de fato, de variados perfis. Essas uniões por vezes imitavam o casamento, por vezes existiam paralelamente à união conjugal, mas sempre desprovidas de qualquer proteção jurídica. Havia, portanto, uma disparidade entre o direito positivo e a realidade social, o que evidencia que o legislador brasileiro copiou o modelo jurídico europeu sem adaptá-lo à realidade de nosso país, nas regras de Direito de Família estabelecidas no Código Civil.¹⁸⁴

Em 1988, como dito linhas acima, o texto constitucional consagrou o princípio da igualdade entre o homem e a mulher nos assuntos familiares¹⁸⁵ e garantiu a proteção do Estado não somente às famílias oriundas do casamento, mas também àquelas surgidas a partir de uniões informais¹⁸⁶ - as uniões estáveis -, que iniciaram, desse modo, a aproximação com o Direito de Família.

A Constituição Federal estendeu, também, a proteção do Estado às comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecendo, assim, a existência das

¹⁸⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, pp. 61/62.

¹⁸⁵ No desenvolvimento do princípio da igualdade entre cônjuges, bem como no tocante à proteção da família pela sociedade e pelo Estado, vale citar o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948: "1. Os homens e as mulheres, a partir da idade núbil, têm direito, sem restrição alguma por motivo de raça, nacionalidade ou religião, de casar-se e fundar uma família, e desfrutarão de iguais direitos quanto ao matrimônio, durante o matrimônio e em caso de dissolução do matrimônio. 2. Só mediante livre e pleno consentimento dos futuros esposos, poderá contrair-se o matrimônio. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado".

A Declaração da Assembléia da ONU, de 7.11.1967, no art. 1.º, também assentada na igualdade de direitos, preconizou a eliminação de toda espécie de discriminação da mulher. (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Os direitos do homem concernentes à família. *Anais da V Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, 11 a 16.08.1974, p. 400.)

¹⁸⁶ Para José Cretella Júnior, a "novidade constitucional" lembra o instituto do *usus*, do Direito Romano: "união informal do homem e da mulher, consolidada a união depois de um ano de convivência, concretizando-se a 'manus maritalis', a não ser que ocorresse a 'usurpatio trinoctii', interrupção do 'status' durante três noites consecutivas (...)". (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. VIII, 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993, p. 4526).

famílias monoparentais, que aguardam uma eficiente regulamentação pela legislação infra-constitucional. Tais entidades familiares, onde os filhos se encontram vinculados só à figura paterna ou só à materna, resultam de uma opção - como no caso das mães solteiras - ou de contingências como a morte, o abandono ou a separação¹⁸⁷. Esse novo modelo familiar, ao lado das uniões estáveis, retratam a pluralidade da família, que não mais admite uma única conceituação, tampouco sua exclusiva vinculação ao instituto do casamento.¹⁸⁸

Todavia, mesmo após o reconhecimento constitucional das uniões estáveis como entidades familiares, houve quem defendesse a idéia de que as uniões não provenientes do casamento civil geravam apenas efeitos obrigacionais e previdenciários, talvez por temer que um enfraquecimento do instituto do matrimônio viesse a desencadear uma desagregação da própria família. Mas esse temor é infundado; na realidade a família não está em crise¹⁸⁹. O que há muito vem ocorrendo é uma transformação no seu perfil, a exigir uma urgente reorganização jurídica.

Não se pode esquecer que apesar das transformações ocorridas no organismo familiar, a família continua sendo o núcleo formador do ser humano.¹⁹⁰ Como ensina Gustavo Tepedino,

¹⁸⁷ “A monoparentalidade é o terreno, por excelência, da mãe solteira, das mães ou, excepcionalmente, dos pais, que pretendem assumir, sozinhos, sua maternidade ou paternidade; dos divorciados, dos separados, dos viúvos, dos filhos sem pai, enfim, de tudo aquilo que nega as situações de normalidade previstas pelo Código Civil, quando se referiu à família ‘legítima’.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 20).

¹⁸⁸ No direito português, Pereira Coelho, referindo-se à Constituição Federal, enfatiza: “Parece manifesto, em primeiro lugar, que o art. 36.º, n.1, ao distinguir a família do casamento, quis deixar bem claro que aquela não se funda necessariamente neste: família e casamento são realidades diversas, e a proteção constitucional da família não se dirige apenas à família conjugal, mas também à família natural, resultado do facto biológico da geração, e à própria família adoptiva.” (COELHO, F. M. Pereira. *Casamento e família no direito português, Temas de direito de família*. Coimbra : Livraria Almedina, 1986, pp. 4/5).

¹⁸⁹ “A família modifica-se profundamente. Está se transformando sob os nossos olhos. Ainda não se podem definir as suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. V*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p.20).

¹⁹⁰ Afirmando que o Direito vem regulando e legislando sobre a “estrutura familiar” sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa existir como cidadão: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de*

a comunidade familiar não é protegida como instituição valorada em si mesma, mas “como instrumento de realização da pessoa humana”.¹⁹¹ E, diante disso, é necessária, por parte dos operadores do Direito, uma leitura crítica do sistema jurídico, precisamente das leis que, de alguma forma, disponham sobre as relações familiares.

Essa leitura deve orientar-se pelos princípios constitucionais em matéria de Direito de Família, enunciados por Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana; o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia, aplicável às relações familiares, **inclusive quanto à escolha da espécie de família**; os princípios e objetivos de liberdade, justiça e solidarismo nas relações sociais e, em específico, familiares; o princípio e garantia da igualdade em sentido material entre todos, inclusive os integrantes da família; o princípio da tutela estatal à família, independentemente da sua espécie.”¹⁹²

À luz desses princípios, faz-se uma importante reflexão. A proteção do Estado é dirigida à família, e não à forma pela qual é constituída. Sendo a família a base da sociedade - como afirmado na própria Constituição, art. 226, *caput* -, sua proteção deve ser relevante para o Estado, independentemente de sua origem, pois não sendo protegida a família, não haverá estrutura para formar o cidadão, e a base de toda a coletividade estará comprometida.

Nessa ótica, as leis que tratam do organismo familiar, mesmo que fora do âmbito do Direito de Família - como a Lei 8.009/90 -, devem ser interpretadas a partir da proteção estatal, e não das diferentes categorias de entidade familiar. A Constituição Federal previu diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. E porque a proteção

família - uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 25.

¹⁹¹ JEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 57.

¹⁹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 60 (grifos nossos).

estatal é destinada à família e não ao modo de construí-la, não é dado ao legislador - tampouco ao intérprete da lei - privilegiar uma das formas de constituição de família em detrimento de outra.¹⁹³

Por fim, espera-se dos operadores do Direito, não uma postura conservadora que leve à interpretação restritiva do conceito de família, mas sim uma posição condizente com a realidade social, que interpreta amplamente o texto constitucional, reconhecendo como família as várias modalidades de convivência onde predomine o afeto e que assumam feição familiar.

A. As Uniões Estáveis

Com a deliberada função de regulamentar o parágrafo 3.º do art. 226 da Constituição Federal, e revogando a Lei 8.971/94 - que dispôs sobre direitos alimentícios e sucessórios dos companheiros - somente nas disposições que lhe são contrárias, a Lei 9.278/96 assim definiu a união estável: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (art. 1.º).¹⁹⁴

As denominações “companheiros” e “conviventes”, das Leis 8.971/94 e 9.278/96, respectivamente, devem-se à tradicional distinção entre as pessoas que vivem numa união socialmente aceita, com aparência de casamento, e os concubinos, ou seja, aqueles que mantêm uma união paralela ao casamento.

Do modo como a Constituição Federal, no art. 226, parágrafo 3º, referiu-se às uniões estáveis, inclusive com a previsão de conversão da união em casamento, entende-se ter tratado

¹⁹³ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Proteção estatal: à família, à união estável ou ao casamento, o que é importante? *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XXV, n.º 73, Porto Alegre, 1998, p. 272.

¹⁹⁴ Sobre as uniões estáveis, sua caracterização, seus efeitos, e a tutela jurisdicional dos direitos dos conviventes, veja-se, também, nosso trabalho: *Tutela de urgência nas uniões estáveis*. Curitiba : Juruá, 2000.

do concubinato 'puro' ou 'honesto', e não do 'impuro' ou 'adulterino', onde há impedimento para que os concubinos se casem (CC, art. 183, VI). Tem prevalecido, contudo, o entendimento segundo o qual as pessoas que não dissolveram anterior vínculo matrimonial mas estão, há muito, separadas de fato dos respectivos cônjuges, podem constituir uma união estável, pois não há sentido em impedir o reconhecimento da nova união como entidade familiar, em nome de um dever de fidelidade recíproca do qual os próprios cônjuges já se liberaram.¹⁹⁵

Mas o que levaria duas pessoas não impedidas de se casar, a iniciar um relacionamento, objetivando constituir uma família, sem optar pelo casamento civil? Mesmo depois da Lei do Divórcio, as pessoas separadas judicialmente não podem se casar, antes de pelo menos um ano a contar da homologação da sentença de separação, pois somente aí poderá ocorrer a conversão da separação em divórcio. Tais pessoas freqüentemente iniciam nova união antes mesmo da obtenção do divórcio, num concubinato temporariamente forçado¹⁹⁶.

Registre-se, também, a situação daqueles que deliberadamente constituem união estável, seja a título de experiência antes de contrair casamento (prática que vem crescendo entre os jovens - a exemplo dos países europeus - e entre os divorciados que hesitam em formalizar nova união), seja por problemas de ordem emocional (pessoas que não possuem um referencial feliz da família de origem) ou sócio-econômica (pessoas que desconhecem a obrigatoriedade do casamento civil e realizam o religioso sem efeitos civis ou aquelas que não possuem condições financeiras de arcar com os custos inerentes à celebração do casamento).

¹⁹⁵ Sobre o concubinato puro na hipótese de separação de fato: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato - União estável. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 536. Sobre os aspectos patrimoniais das entidades familiares, diante da existência de casamento meramente formal: ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. *Repertório de doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais* [Coord. Teresa Arruda Alvim Pinto], vol. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. pp. 83/84.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*, 3ª ed., Curitiba : Juruá, 2000, p. 87.

Como se vê, a despeito da conotação pejorativa que recebe o termo concubinato, nem todas as suas formas são moral e socialmente reprováveis, razão pela qual o ordenamento jurídico distingue a união impura ou adúltera, considerada pela doutrina o gênero que abrange qualquer união livre entre homem e mulher, independentemente da existência de impedimentos matrimoniais, daquela dita pura ou honesta, entre pessoas livres ou separadas de fato, a qual passou a integrar o Direito de Família a partir da Constituição de 1988.

Definindo, no art. 1.º, as características da união estável, o chamado “Estatuto dos Conviventes” não estabelece prazo mínimo de convivência, tampouco faz menção à existência de prole como requisitos para a sua configuração. Exige a intenção de constituir família, independentemente do estado civil das pessoas envolvidas.

As características das uniões estáveis, também foram estabelecidas no texto constitucional (art. 226, parágrafo 3º), podendo ser consideradas, numa fusão com as do art. 1.º da Lei 9.278/96: estabilidade ou convivência duradoura e contínua; publicidade; diversidade de sexos e objetivo de constituição de família. A seguir, um breve estudo dos elementos caracterizadores dessas entidades familiares, para a melhor compreensão de seus efeitos jurídicos e dos aspectos processuais a elas inerentes.

A estabilidade das uniões é característica expressa no texto constitucional, incorporada pela legislação ordinária, como se deduz das expressões duradoura e contínua, da Lei 9.278/96 (art. 1.º). O requisito da estabilidade para que as uniões sejam reconhecidas como entidades familiares deve-se à preocupação do legislador em não incluir, no âmbito da tutela Estatal, as uniões livres marcadas pela ausência de compromisso e de maior envolvimento emocional, que não possuem, de início, o objetivo de constituição de família.

A Lei 8.971/94, ao tratar dos direitos alimentares e sucessórios entre os companheiros, estabeleceu como prazo mínimo, cinco anos de convivência, exigindo, alternativamente, a existência de filhos comuns. A Lei 9.278/96, revogando o art. 1º da lei anterior, substituiu o

lapso temporal ou a existência de prole comum pela exigência de comprovação de convivência duradoura, pública e contínua. Não há, portanto, período mínimo de vida em comum para que a união seja considerada estável¹⁹⁷.

A estabilidade, então, está associada à idéia de continuidade da relação e durabilidade da convivência. Será contínua a união sem rupturas, entendendo-se por ruptura a quebra da convivência aliada à vontade dos conviventes de extingui-la. Eventuais períodos de ausência em virtude de viagens, trabalho, estudos, ou mesmo pequenos desentendimentos, desde que mantida a comunhão de vida, não comprometem a continuidade da união. Por fim, duradoura é a convivência que se prolonga no tempo, numa sucessão de acontecimentos que marcam a vida dos conviventes enquanto casal.

Embora não se possa predeterminar um prazo, indiscutível a importância de um considerável período de convivência para que a união se traduza numa entidade familiar, tendo em vista que o estreitamento dos laços entre os conviventes, o amadurecimento da vinculação afetiva e a identidade de objetivos, somente com o tempo podem ser constatados.

Além da estabilidade, ou convivência duradoura e contínua, a Lei 9.278/96, no art. 1.º, exige que a união seja pública, ou seja, a união entre os conviventes não deve ser secreta. A legislação afasta, desse modo, do âmbito da proteção estatal, as relações adúlteras, onde as pessoas se escondem precisamente para preservar a união matrimonializada, não havendo, por isso mesmo, qualquer intenção de construir nova entidade familiar.

A publicidade - ou notoriedade da união - é característica que assume especial importância no aspecto processual, pois trata-se de elemento probatório imprescindível quando se questiona a vinculação entre os conviventes.

¹⁹⁷ “Devemos nos desprender da idéia de um tempo fixo e rígido para a caracterização de tais relações, pois este é apenas um dos elementos que, somados a outros, irão contribuir para a conceituação de união estável, passível de proteção do Estado e das mencionadas leis. (...) O art. 1º da Lei 9.278/96 deixa em aberto e revoga a rigidez dos cinco anos da Lei 8.971/94 exatamente para, nessa direção, encontrar a mais justa adequação” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 4ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 80).

Ao reconhecer as uniões estáveis como entidades familiares, a Constituição Federal expressamente referiu-se à união “entre o homem e a mulher”. Nos mesmos moldes, as Leis 8.971/94 e 9.278/96, respectivamente, referem-se à “companheira comprovada de um homem ...” e “convivência (...) de um homem e uma mulher ...”. Verifica-se, pois, que tanto o constituinte como o legislador que regulamentou a união estável, expressamente estabeleceram a diversidade de sexos como elemento para sua formação. Lembre-se que, havendo filhos de relacionamentos anteriores, os homossexuais integram, com sua prole, a entidade familiar também definida na Constituição Federal, art. 226, parágrafo 4º.

O objetivo de constituição de família, também expresso no art. 1º da Lei 9.278/96, diz respeito à vontade dos conviventes de manter uma união sólida e duradoura. Por maior que seja o afeto e o envolvimento emocional entre duas pessoas, não bastam, por si só, para identificar uma união estável. Deve existir, além da vinculação afetiva, a vontade dirigida no sentido de formar uma família, ausente nos namoros e relacionamentos eventuais sem maiores conseqüências.

Note-se que uma relação inicialmente descompromissada pode vir a tornar-se uma união estável, pela própria informalidade que caracteriza tais uniões. Se as pessoas envolvidas tivessem, desde o início da relação, o objetivo de constituir uma família, talvez tivessem optado pela solenidade do casamento civil, onde o consentimento deve ser prévio. Nas uniões informais, ao contrário, a estabilidade e a solidez do relacionamento são construídas no dia a dia, com as alegrias e dificuldades próprias da convivência, e com a intenção sempre presente de manter a vida em comum.

Importante ressaltar que o relacionamento sexual, assim como a filiação, pode existir apenas potencialmente nas uniões estáveis, visto que até no casamento, desde que haja consenso, os cônjuges podem dispensar o chamado débito conjugal. Como se vê, o objetivo de constituição de família, mesmo que reporte à existência de prole e, conseqüentemente, de

relacionamento sexual, está muito mais ligado à comunhão de interesses, pessoais e patrimoniais, e ao envolvimento afetivo dos conviventes.

Vistos os elementos caracterizadores das uniões estáveis, passa-se a abordar, ainda que rapidamente, os efeitos pessoais e patrimoniais que as entidades familiares informais produzem no mundo jurídico. No âmbito pessoal, as conseqüências jurídicas das uniões estáveis são reguladas a partir dos direitos e deveres dos conviventes, os quais, em nome da estabilidade no campo social, foram previstos pelo legislador.

Com a definição dos direitos e deveres dos conviventes, as uniões estáveis em muito se aproximaram das uniões matrimonializadas, dada a semelhança do disposto no art. 2.º, da Lei 9.278/96, com o estabelecido no art. 231 do Código Civil, sobre os deveres recíprocos dos cônjuges.

No âmbito extrapatrimonial são, portanto, direitos e deveres dos conviventes: respeito e consideração mútuos; assistência moral recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos. Tais deveres, antes que jurídicos, traduzem obrigações morais, próprias da comunhão de vida, seja ela matrimonializada ou não.

Observe-se que a Lei 9.278/96 não prevê a vida em comum no mesmo domicílio como dever recíproco dos conviventes.¹⁹⁸ A coabitação, embora constitua elemento importantíssimo para demonstrar a publicidade da união - esta sim, característica indispensável -, não é essencial para caracterizar a entidade familiar, sobretudo por não haver expressa previsão legal nesse sentido. Mas existência de residências distintas, assim como no casamento, deve ser entendida como exceção, pois, de regra, o objetivo de constituir família, pressupõe vida em comum na residência familiar.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A Súmula 382/STF já dispensava a vida em comum sob o mesmo teto para a caracterização do concubinato: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

¹⁹⁹ Neste sentido: “Ainda, deve-se ressaltar que a Súmula reflete uma situação de exceção, permitida em toda e qualquer regra jurídica, diante de cada caso, o mesmo podendo ocorrer com relação ao casamento sem vida em

Não é exigida, também, a convivência *more uxório*, ou seja, com aparência de casamento; é irrelevante que terceiros conheçam a opção dos conviventes em não se casar. Assim, embora incomum, a convivência pode ocorrer até mesmo em residências distintas, sendo, nesses casos, imprescindível a demonstração cabal dos demais requisitos - estabilidade, publicidade e objetivo de constituir família - para que se reconheça a entidade familiar²⁰⁰.

Entre os direitos e deveres dos conviventes, a Lei 9.278/96, no art. 2.º, I, prevê o respeito e a consideração mútuos. Em verdade, não há como imaginar uma união estável, marcada pelo envolvimento afetivo, emocional e psicológico, onde não exista respeito e consideração. O vínculo afetivo que une os conviventes só pode ser plenamente mantido se esses deveres forem reciprocamente observados; sua ausência, portanto, pode ensejar o rompimento da união e as conseqüências a ele inerentes.

Ainda que não previsto expressamente em relação aos conviventes, o dever de fidelidade recíproca - exigido no casamento (CC, art. 231, I) - se presume na união estável. Quem respeita e tem consideração pela pessoa com a qual convive, é fiel. A entidade familiar é caracterizada pela vinculação afetiva dos seus membros, sendo improvável a existência de uma união baseada no afeto, com respeito e consideração mútuos, onde se tolere a infidelidade.

Na Lei 9.278/96, art. 2.º, II, o legislador fala em assistência moral e material recíproca como deveres mútuos dos conviventes. No tocante à assistência moral, a vida em comum, própria das uniões estáveis, faz com que, da própria intimidade entre os membros da entidade familiar, resulte a ajuda recíproca.

A vinculação afetiva dos conviventes remonta à idéia de solidariedade, auxílio

comum sob o mesmo teto, pois no atual estágio da nossa sociedade, onde não são raros os casais exercerem atividade profissional em cidades distintas, o fato não desnatura o casamento, nem é visto como descumprimento dos deveres conjugais". (CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 62).

²⁰⁰ Sobre a necessidade de verificação conjunta dos elementos caracterizadores da união estável: VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém : Cejup, 1997. pp. 71/72.

psicológico, apoio emocional. Ao escolher alguém para constituir uma família espera-se, desta pessoa, que se disponha a participar efetivamente tanto das alegrias quanto das adversidades do cotidiano; espera-se, enfim, companheirismo. A inobservância do dever de assistência moral, portanto, é sinal de indiferença, que por certo poderá causar a ruptura da união, a extinção da vida em comum.

O sustento, a guarda e a educação dos filhos é dever dos pais, sejam ou não casados, vivam ou não em união estável. É dever que decorre da filiação²⁰¹, mas está previsto tanto para os cônjuges (CC, art. 231, IV) quanto para os conviventes (Lei 9.278/96, art. 2.º, III), porque sua inobservância é sinal de descaso não só em relação à pessoa dos filhos, mas também de indiferença quanto à família de modo geral; essa conduta, se não aceita pelo outro convivente, poderá ensejar o rompimento da união estável.

Sustento implica em satisfazer as necessidades materiais dos filhos, indispensáveis à sua sobrevivência; inclui alimentação, vestuário e moradia. Educação envolve tanto a instrução propriamente dita, como a orientação de ordem moral, psíquica e religiosa, visando sempre a um desenvolvimento integral da personalidade do filho, a fim de que possua estrutura física e emocional para enfrentar a vida na fase adulta. Educar também significa impor disciplina e exigir obediência, desde que sem excessos²⁰².

Possuir a guarda dos filhos menores significa tê-los em sua companhia, conviver com eles, embora não necessariamente na mesma casa²⁰³. Nas raras hipóteses em que os conviventes

²⁰¹ Constituição Federal, art. 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."; Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), art. 22: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".

²⁰² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

²⁰³ Em sentido contrário, CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*, 2ª ed., Curitiba : Juruá, 1999, p.117.

residem em casas distintas, a guarda dos filhos, ao invés de ser atribuída ao genitor que com eles reside, deve ser exercida em conjunto, para que os pais participem de igual forma na criação e educação dos filhos comuns.

Não havendo regulamentação expressa sobre a situação dos filhos em caso de dissolução da união estável, o próprio reconhecimento constitucional dessas entidades familiares como merecedoras da tutela estatal, autoriza a aplicação analógica das normas relativas à dissolução da sociedade conjugal. Nas situações onde não há consenso, a Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) prevê que, em caso de culpa, a guarda dos filhos seja concedida ao cônjuge que não deu causa à separação (art. 10, *caput*); havendo culpa recíproca, desde que não haja prejuízo para os menores, a guarda deve ser concedida à mãe (art. 10, parágrafo 1.º).

Ainda que essa orientação deva-se, principalmente, a razões de ordem biológica, tanto na dissolução do casamento, quanto, por analogia, na ruptura da união estável, as regras apontadas são flexíveis. O art. 13 da Lei do Divórcio estabelece que a guarda deve ser concedida a bem do filho menor, podendo, nos casos em que o juiz entender justificável, ser atribuída de modo diverso do legalmente previsto, ou mesmo daquele que os genitores consensualmente estipularam. Por motivos graves, vale dizer, devem ser entendidos todos aqueles que não atendam aos interesses dos filhos menores²⁰⁴.

Além dos efeitos pessoais já referidos, as uniões estáveis geram conseqüências de ordem patrimonial. A vida em comum, a constituição de uma entidade familiar, exigem um esforço conjunto no tocante às despesas da residência comum, ao sustento da própria família, e ao impulso natural de adquirir patrimônio que assegure melhores condições econômicas para a união que se formou.

No âmbito material, os efeitos das uniões estáveis consistem, basicamente, na

²⁰⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p. 453.

presunção de condomínio quanto ao patrimônio dos conviventes; nos direitos sucessórios; e na assistência material, que pode gerar direitos alimentares.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às relações concubinárias foi fruto, inicialmente, de evolução jurisprudencial. Após o período em que nenhum efeito na ordem jurídica era reconhecido, surgiram decisões atribuindo à companheira o direito a salários por serviços domésticos prestados e concedendo participação no patrimônio adquirido, desde que comprovado esforço comum. Concebeu-se, assim, a sociedade de fato entre os concubinos.²⁰⁵

Tal posicionamento resultou, em 1963, na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de evitar - considerando a exigência de demonstração do esforço comum na aquisição do patrimônio - o enriquecimento sem causa por parte de quem o guardasse, normalmente o varão.²⁰⁶ Mas a sociedade de fato pode existir mesmo nos relacionamentos que não constituem a entidade familiar constitucionalmente reconhecida. É o caso das relações adulterinas, o chamado concubinato impuro, e das relações entre homossexuais, tratadas no âmbito exclusivamente patrimonial, tutelado pelo Direito das Obrigações.

Ainda na época em que o esforço comum era imprescindível²⁰⁷ gerar algum direito ao patrimônio adquirido durante a relação concubinária, a jurisprudência reconhecia que o trabalho no âmbito doméstico ou na empresa do concubino, geralmente por parte da mulher, era uma forma de contribuição para a aquisição do patrimônio, presumindo-se, nesses casos, a sociedade de fato.²⁰⁸

Ao dispor, no art. 3.º, que o companheiro sobrevivente teria direito à metade dos bens

²⁰⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, 2ª ed. Belém : Cejup, 1987. p. 86.

²⁰⁶ Pela aplicação da Súmula 380/STF, mesmo sendo o companheiro casado: STJ, REsp. 6.080-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, julg. em 03.12.1991, *Jurisprudência Brasileira*, 173/98.

²⁰⁷ Pela imprescindibilidade de demonstração do esforço comum: TAMG, Ap. 116.060-5, Rel. Juiz Sérgio Resende, julg. em 02.09.1991, *Jurisprudência Brasileira*, 173/126.

²⁰⁸ No sentido de presumir a sociedade de fato entre concubinos: TAMG, Ap. 120.504-1, Rel. Juiz Tenisson

deixados pelo autor da herança, resultantes de atividade em que houve colaboração de ambos, a Lei 8.971/94 referiu-se expressamente à sociedade de fato, porém com uma série de imprecisões, principalmente sobre a sua abrangência: seriam companheiros apenas os elencados no seu art. 1.º, ou também as pessoas separadas de fato de seus respectivos cônjuges?

O art. 5.º da Lei 9.278/96 revogou o confuso art. 3.º da lei anterior, estabelecendo, para os bens móveis e imóveis adquiridos a título oneroso na constância da união estável, a presunção de condomínio, em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Não ocorre a presunção, nos termos do parágrafo 1.º, relativamente ao patrimônio adquirido com o produto de bens anteriores ao início da união; é a previsão da possibilidade de sub-rogação dos bens, nos moldes do previsto para o regime de comunhão parcial de bens, nas uniões matrimonializadas.

Parte da doutrina reconhece, no dispositivo citado, a existência de um regime de bens.²⁰⁹ A presunção de condomínio, no entanto, não se confunde com o irrevogável regime de bens, exclusivo do casamento. Este é adotado para reger a futura sociedade conjugal e é marcado pela imutabilidade; as demais uniões estão sujeitas à presunção de condomínio somente após terem constituído, inequivocamente, entidades familiares, podendo afastá-la mediante contrato escrito.

Durante a união estável, e não necessariamente no início, os conviventes podem, através do contrato escrito, afastar totalmente a presunção de condomínio, ou apenas parcialmente, quando optarem por definir os bens que não serão considerados comuns. Podem, também, como prevê o art. 5.º, parágrafo 2.º, estipular de forma diversa a administração do

Fernandes, julg. em 26.03.1992, *Jurisprudência Brasileira*, 173/131.

²⁰⁹ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p. 77.

patrimônio comum, que por lei compete a ambos, inclusive para confiá-la a terceiro.²¹⁰

Em matéria sucessória, antes das leis que vieram regulamentar as uniões estáveis, os direitos da companheira limitavam-se à sucessão testamentária, visto não incidir, contra ela, a proibição contida no art. 1.719, do Código Civil, aplicável à concubina. Com a Lei 8.971/94, a companheira de homem não casado ou o companheiro de mulher não casada passaram a participar da sucessão do companheiro, ou companheira, através do chamado usufruto vidual, ou sendo chamado a herdar, na ordem de vocação hereditária que passou a integrar. Note-se que o companheiro sobrevivente, ao contrário do autor da herança, poderá ser casado, desde que separado de fato de seu cônjuge.

No art. 2.º, I e II, a Lei 8.971/94 estabeleceu o usufruto para o companheiro supérstite, nos mesmos moldes do previsto para o cônjuge sobrevivente (CC, art. 1.611, parágrafo 1.º), ou seja, da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos - comuns ou não - e da metade dos bens, se não houver filhos, enquanto não constituir nova união. A equiparação da condição do companheiro à do cônjuge, vai além. No inciso III, dispõe que o companheiro sobrevivente herdará a totalidade da herança se não houver descendentes e ascendentes do falecido. Assume, dessa forma, o companheiro, a mesma posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.603 do Código Civil.

Verifica-se um aparente conflito entre os direitos sucessórios do cônjuge (CC, art. 1.603, III), e os do companheiro (Lei 8.971/94, art. 2.º, III). Mas, como dito, é apenas aparente. É que para a incidência deste último dispositivo, o *de cuius* não poderá ser casado, mesmo que separado de fato do antigo cônjuge; havendo casamento, ainda que meramente formal, prevalece o direito do cônjuge sobrevivente, pois um eventual companheiro não estaria enquadrado na descrição do art. 1.º da citada lei.

²¹⁰ GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável – análise do art. 5º da Lei 9.278/96. *Repertório de doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais* [Coord. Teresa

Os direitos sucessórios na união estável também foram tratados pela Lei 9.278/96, que prevê, no art. 7º, parágrafo único, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, enquanto o parceiro viver ou não constituir nova união ou casamento, na forma prevista para o cônjuge sobrevivente (CC, art. 1.611, parágrafo 2.º). E isso sem prejuízo da já referida presunção de condomínio (art. 5.º).

Como visto, as duas leis, no tocante aos direitos sucessórios, não são incompatíveis; a primeira faz a restrição quanto ao estado civil do companheiro falecido, e, para a segunda, é irrelevante que o *de cuius* esteja apenas separado de fato do respectivo cônjuge, desde que, ao tempo da morte, o parceiro sobrevivente com ele convivesse. Pode ocorrer, entretanto, a incidência, na mesma hipótese, do art. 2º, I e II, da Lei 8.971/94 e do art. 7.º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, quando o convivente falecido for solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Nesses casos, como não há regime de bens que determine a incidência do usufruto ou do direito real de habitação, como ocorre no casamento (CC, art. 1.611, parágrafo 1.º ou 2.º), faz-se a opção pelo direito sucessório mais abrangente²¹¹.

Na constância da união estável, é dever recíproco dos conviventes a assistência material, que abrange, assim como na assistência aos filhos, o amparo no tocante à alimentação, vestuário, moradia, saúde e outros aspectos da vida que possam ser financeiramente supridos. Mas, a partir do rompimento da união, a solidariedade entre os membros da entidade familiar pode dar lugar à obrigação alimentar, vigorando o conhecido binômio necessidade/possibilidade, previsto no art. 400, do Código Civil.²¹²

Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite], vol. 4, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 109.

²¹¹ CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre...* Obra citada, p. 176.

²¹² Concedendo alimentos à concubina, com base no CC, art. 400: TJPR, Ap. 20.506-3, 1ª Câmara, Rel. Juiz Conv. Maranhão de Loyola, julg. em 11.08.1992, *Jurisprudência Brasileira*, 173/184; entendendo não haver direito a alimentos entre companheiros: TJPR, Mand. de Seg. 25.469-5, Rel. Des. Troiano Netto, julg. em 24.06.1993, *Jurisprudência Brasileira*, 173/188.

A Lei 8.971/94, que primeiro tratou da obrigação alimentar entre companheiros, já o fez em verdadeira afronta ao princípio da isonomia, pois excluiu da eventual condição de devedores as pessoas separadas de fato de antigos cônjuges e não impôs a mesma restrição relativa ao estado civil, para a condição de credor. Remeteu os companheiros ao disposto na Lei 5.478/68, Lei de Alimentos, e exigiu - além da convivência mínima de cinco anos ou, alternativamente, a existência de prole - a prova da necessidade dos alimentos a serem prestados.

Observe-se que a necessidade, a exemplo do que ocorre na obrigação alimentar oriunda da dissolução do casamento, deve limitar-se a um período de tempo suficiente para que o convivente possa reestruturar-se a ponto de poder suprir suas necessidades com o fruto do próprio trabalho, salvo nos casos em que a mulher, já de idade avançada e por muitos anos dedicada unicamente ao lar, não tenha mais condições de ingressar no mercado de trabalho e prover, por si só, a própria subsistência.

Ao contrário da Lei 8.971/94, a Lei 9.278/96, no art. 7.º - que revogou o art. 1.º da lei anterior -, não faz qualquer restrição ao estado civil dos conviventes, abrangendo, como eventuais credores ou devedores, também aqueles que estejam separados apenas de fato dos respectivos cônjuges. Não exige prazo mínimo de convivência, tampouco existência de filhos comuns, para que surja a obrigação alimentar, mas tão somente a caracterização da entidade familiar.

A omissão dos dois diplomas legais, no tocante à culpa na dissolução das uniões estáveis, fez surgir interessante indagação quanto à aplicação analógica do disposto no art. 19 da Lei 6.515/77, Lei do Divórcio²¹³, que prevê a não concessão de alimentos a quem deu causa à separação. Ainda que o binômio “necessidade x possibilidade” deva nortear a fixação dos

²¹³ Lei 6.515/77, art. 19: “o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o Juiz fixar”.

alimentos também no âmbito das uniões estáveis, isso não exclui o entendimento de que não se conceda alimentos a quem deu causa à ruptura da união estável, pois seria no mínimo injusto que o convivente responsável pela ruptura da união - tendo violado os direitos do outro quanto ao respeito e consideração devidos, à própria assistência moral e material ou à participação no sustento, guarda e educação dos filhos comuns - viesse a receber alimentos de quem desprezou.²¹⁴

Finalizando esta abordagem sobre os efeitos da união estável, cabe ainda ressaltar que a obrigação de prestar alimentos deixa de existir quando quem os recebe constitui nova união, como prevê o art. 1.º da Lei 8.971/94, pois este deve, agora, contar com a assistência material do novo convivente, ou cônjuge se tiver optado pelo casamento civil. Também a morte faz cessar a obrigação alimentar, transmitindo-se aos herdeiros apenas as prestações devidas pelo autor da herança (CC, art. 1.796).

Passa-se, agora, a focar as uniões estáveis como uma das entidades familiares abrangidas pelo benefício da impenhorabilidade legal (Lei 8.009/90, art. 1.º, *caput*).

Quando tratou da impenhorabilidade do bem de família, ao referir-se às entidades familiares, o legislador obviamente não excluiu a possibilidade de pessoas solteiras serem alcançadas pelo benefício da Lei 8.009/90. Não é o estado civil, portanto, que define o âmbito de sua incidência.²¹⁵

²¹⁴ Apontando a solução de aplicar, analogicamente, a Lei do Divórcio: PEREIRA, Sérgio Gischkow. A união estável e os alimentos. *RT*, 657/17. No mesmo sentido, enfatizando que a companheira não deve receber proteção maior que a própria esposa: ARRUDA ALVIM PINTO, Teresa. Algumas considerações a respeito da Lei 8.971/94. *Ajuris*, 63/309.

²¹⁵ Nesse sentido (Note-se que no caso em questão, a impenhorabilidade incidiria, de qualquer forma, pois o pai reside com o filho, existindo a entidade familiar independentemente da união estável): "O imóvel do devedor, mesmo que este esteja em estado de separado, de fato ou de direito, convivendo com filho do casamento e vivendo com outra mulher, é protegido pelo manto da impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90, pois a lei não distingue união legítima ou ilegítima, mas sim a família e onde reside, que muitas vezes não constituiu a dívida, além do que, a união, mesmo nas condições da causa, revela inequívoca entidade familiar." (TAPR, Ap. 0120204-6, 6ª Câmara, Rel. Juiz Paulo Habith, julg. em 26.10.1998.)

Assim, quanto ao contido na parte final do art. 1.º daquela lei (“contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários...”), deve-se entender, analogicamente, que a impenhorabilidade subsiste na união estável, quando o imóvel pertencer a ambos os conviventes²¹⁶ e a dívida tenha sido contraída por um deles ou por ambos.

Outro problema, no entanto, merece maior atenção. Para aqueles que entendem que a lei não pode discriminar pessoas sozinhas, a incidência da impenhorabilidade depende unicamente da alegação do devedor aliada a indícios de convivência. Sendo suficientes tais elementos, não há que se falar em maior dilação probatória para demonstrar que a relação enquadra-se perfeitamente no conceito de união estável, ou seja, que é uma união duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir família.

Entretanto, para aqueles que, numa posição conservadora, entendem que a lei não alcança as pessoas que vivem sozinhas, é imprescindível que se comprove de forma inequívoca que o relacionamento caracteriza uma união estável.²¹⁷ Para tanto, embora não sejam elementos caracterizadores dessas entidades familiares, são de suma importância os indícios probatórios: existência de prole comum e convivência sob o mesmo teto.

A primeira tese é a que deve prevalecer, pois a estabilidade decorre da convivência, da constante renovação da comunhão de vida que se quer estabelecer, sendo flagrante a injustiça de se afastar do âmbito da lei sob exame as pessoas cuja união ainda não adquiriu a característica da estabilidade, mas que estão seriamente empenhadas em ‘construir’ uma entidade familiar.

²¹⁶ Veja-se decisão onde não foi reconhecida a impenhorabilidade porque a dívida foi assumida quando inexistia a união estável, surgida após o ajuizamento da execução: “Embora o concubinato seja considerado entidade familiar, não se aplica a norma de impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei 8.009/90 ao imóvel pertencente a um dos concubinos se a ocupação se deu após a existência da dívida.” (2º TACivSP, Ag. 510.055-00/0, 9ª Câm., Rel. Juiz Eros Piceli, julg. em 29.10.1997, RT 751/322.)

²¹⁷ Nesse sentido: “O executado é solteiro e não comprovou que faz parte de uma entidade familiar, sendo que a Lei 8.009/90 destina-se a proteger a família ou entidade familiar, nos termos da Constituição Federal.” (TAPR, Ag. 117942-6, 8ª Câm., Rel. Juiz José Molteni Filho, julg. em 11.05.1998.)

Observe-se, por fim, no tocante à argüição da impenhorabilidade legal, nas uniões estáveis, que a companheira (ou companheiro), que constitui uma entidade familiar com o devedor (ou devedora), poderá opor embargos de terceiro (CPC, art. 1.046, parágrafo 3.º) para a defesa do imóvel residencial que abriga a família, devendo ser intimada (ou intimado) da penhora sobre os bens imóveis, da forma prevista para o cônjuge (CPC, art. 669, parágrafo único).²¹⁸

B. As famílias monoparentais. Fatores determinantes

Referindo-se à entidade familiar, a Lei 8.009/90 instituiu o benefício da impenhorabilidade também em favor das famílias monoparentais, definidas, na Constituição Federal, art. 226, parágrafo 4.º, como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Há quem entenda absolutamente ocioso o dispositivo constitucional da forma como foi redigido, pois “qualquer dos pais e seus descendentes” são parentes em linha reta, constituindo família nos exatos termos do art. 330 do Código Civil²¹⁹, independentemente do disposto na Constituição Federal. Teria sido evitada a impropriedade técnico-jurídica, segundo parte da doutrina, se a proteção Estatal tivesse sido estendida à entidade familiar formada por qualquer dos pais ou responsável legal e seus dependentes, consangüíneos ou não, pois assim estariam incluídas pessoas sem qualquer relação de parentesco entre si.²²⁰

²¹⁸ Nesse sentido: “À esposa, ressalvou o Código de Processo Civil, em seu artigo 669, parágrafo único, a intimação pessoal para oposição de embargos à execução, pela mesma linha de raciocínio do legislador pátrio e por analogia da figura da ex-esposa que continue em convívio marital após o advento da separação judicial, é ressalvada à companheira, que constitua uma entidade familiar, a titularidade da ação de embargos de terceiro (art. 1.046, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil), para defesa da ‘residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente’ (art. 5º da Lei n.º 8.009/90).” (TJDF, Ap. 36.685/95, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Natanael Caetano, julg. em 09.11.1998.)

²¹⁹ CC, art. 330: “São parentes, em linha reta, as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.”

²²⁰ Nesse sentido: NADER, Natal. O Direito de Família na Constituição de 1988. *Revista do Curso de Direito*

Numa outra ótica, Eduardo de Oliveira Leite observa que, a despeito da previsão constitucional, há muitas questões ainda não definidas sobre essas entidades familiares cada vez mais freqüentes na sociedade, chegando a afirmar que, “no Direito Civil, as famílias monoparentais ainda não existem.”²²¹

As famílias formadas por um dos pais e seus descendentes organizam-se tanto pela vontade de assumir a maternidade ou a paternidade sem a participação do outro genitor, quanto por circunstâncias alheias à vontade humana, entre as quais a morte, a separação, o abandono. No primeiro caso, exemplo típico é o das mães solteiras²²², onde se constata um número cada vez maior de mulheres vivendo sós por opção, mas sem abdicar da maternidade, até mesmo como forma de realização pessoal. No segundo caso, vale registrar que cresce, também, o número de separações onde o pai assume a guarda dos filhos menores, concedendo-se à mãe o direito de visita.

Esses comportamentos, antes considerados marginais, assumiram especial relevância dada a freqüência com que se verificam, merecendo a proteção do Estado como entidades familiares que são. No entanto, é quase impossível uniformizar o tratamento jurídico conferido a essas famílias, pois as situações em que se inserem são as mais variadas. Realidades sociais distintas deverão receber disciplina adequada às suas peculiaridades - desde que não discriminatória visto constituírem organismo familiar -, atendendo-se, assim, à completa reformulação do conceito jurídico de família.

da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 18, n.º 1-2, 1989, p. 30.

²²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 2, [coord. Teresa Arruda Alvim], São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 47.

²²² Sobre a incidência da impenhorabilidade legal: “Mulher solteira com filho compõe entidade familiar para efeito da lei do bem de família.” (2º TACivSP, Ap. 545.947, 9ª Câmara, Rel. Juiz Eros Piceli, julg. em 28.04.1999.)

Indaga-se, num primeiro momento, sobre os limites do texto constitucional. Ao referir-se a “qualquer dos pais e seus descendentes”, teria abrangido nesse conceito a criança e um dos pais após a ruptura do casal separado ou divorciado, a criança com a mãe ou pai solteiros e, também, a criança e sua mãe ou pai adotivos?

Apesar da indefinição quanto ao exato conceito de monoparentalidade - tanto na Constituição quanto no Direito Civil -, tem sido interpretado de forma abrangente, de modo a incluir a mãe ou o pai que, por qualquer razão, vive só com seu filho, inclusive em vínculo adotivo, por força do disposto na Constituição Federal, art. 227, parágrafo 6.º.

A monoparentalidade, então, admite, na sua origem, duas estruturas familiares: a família unilinear e a família biparental. Como ensina Eduardo de Oliveira Leite, “a filiação unilinear pode estar estabelecida desde a origem (p. ex., pai solteiro que adota) como também pode surgir após o desaparecimento de um vínculo de filiação na família bilinear.”²²³ A família unilinear, como o próprio nome indica, é aquela na qual o filho, originalmente, descende de uma só linha, materna (mais freqüentemente) ou paterna (por adoção).

Mas as famílias monoparentais não são diferentes somente na origem. Também são variáveis as suas conseqüências e a sua duração, na medida em que o genitor poderá estar só para educar o filho apenas por um período de tempo, vindo, por exemplo, a se casar ou a constituir união estável, inserindo o cônjuge ou companheiro no contexto familiar. De qualquer forma, a criança não estará crescendo e sendo educada entre o pai e a mãe, sendo este o elemento comum a essas entidades familiares.

Observação importante sobre as famílias monoparentais, feita por Eduardo de Oliveira Leite, é a de que, independentemente da feição que assumem, estão sempre em situação de precariedade, material e espiritualmente. São materialmente frágeis porque as mulheres - quase

²²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental ... Obra citada, p. 53.

sempre responsáveis por esse modelo familiar - normalmente diminuem o padrão de vida após a ruptura do relacionamento ou têm dificuldade de assumir sua independência financeira. São espiritualmente frágeis porque são freqüentes os casos em que a participação do genitor não responsável pela família resume-se no pagamento de uma pensão alimentícia, tornando-se, a criança, “meio órfã”.²²⁴

E, precisamente a apontada situação de precariedade é que teria levado o constituinte a reconhecer tais entidades familiares como merecedoras da proteção Estatal, a despeito da maior ou menor complexidade dos problemas a elas inerentes, conforme a natureza unilinear ou bilinear da filiação.

A filiação unilinear pode decorrer da filiação originariamente natural; da filiação antes bilinear que tornou-se natural em razão da contestação da paternidade legítima; ou do vínculo de adoção. Seja qual for a natureza da filiação, a criança estará vinculada a apenas um dos ascendentes.

Quando decorre de uniões desfeitas (famílias anteriormente bilineares), sobretudo pela modificação do exercício da autoridade parental²²⁵, a monoparentalidade costuma gerar conseqüências mais graves. Com a separação dos pais - casados ou não - a guarda dos filhos poderá ser compartilhada ou concedida a um deles, permanecendo ambos, em qualquer dos casos, com a obrigação de sustentá-los e de colaborar na sua educação.

Como antes referido, o conceito de monoparentalidade inclui a filiação por vínculo adotivo (CF, art. 227, parágrafo 6.º)²²⁶, que pode ser estabelecido em relação a uma só pessoa,

²²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental ... Obra citada, p. 51.

²²⁵ Lei 8.069/90 (ECA), art. 21: “O pátrio poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma de que dispuser a legislação civil...”

²²⁶ “O art. 227, parágrafo 6.º, da CF é magnífico pelo que representa de avanço no Direito de Família pátrio. Quebra uma das mais deploráveis hipocrisias naquele ramo do Direito, de efeitos perniciosíssimos, consistente em ‘punir’ os filhos ilegítimos por eventos no tocante aos quais não têm eles qualquer responsabilidade!” (PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de direito de família na nova constituição. RT 639/250.)

mesmo que solteira.²²⁷ Ressalte-se que o vínculo da adoção faz desaparecer a filiação de origem, rompendo todos os laços do adotado com os familiares consanguíneos.²²⁸

Na jurisprudência, o modelo familiar referido no texto constitucional (art. 226, parágrafo 4.º), tem recebido tratamento ainda mais abrangente, reconhecendo-se como entidade familiar, também aquela formada pelo responsável legal e o menor sob sua responsabilidade, nas formas de colocação em família substituta previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.²²⁹

Em verdade, os tribunais tem incluído no conceito de entidade familiar a situação do homem ou da mulher, sem cônjuge ou convivente, que vive com uma ou mais crianças²³⁰, independentemente da natureza do vínculo que os une, bem como a situação da pessoa plenamente capaz, solteira e que não integra uma união estável, que vive com um de seus genitores.²³¹

²²⁷ Lei 8.069/90 (ECA), art. 42: "Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil"

²²⁸ Lei 8.069/90 (ECA), art. 41: "O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. Parágrafo 1.º: A inscrição consignará o nome das adotantes como pais, bem como o nome de seus descendentes. Parágrafo 2.º: O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado."

²²⁹ Nesse sentido: "Pessoa solteira com menores sob sua guarda e responsabilidade nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Impenhorabilidade e impossibilidade jurídica formal de responder por dívida normal, ressalvadas as hipóteses legais." (2º TACivSP, Ap. 560.182-00/4, 10ª Câmara, Rel. Juiz Irineu Pedrotti, julg. em 10.11.1999.)

²³⁰ Nesse sentido: "A impenhorabilidade prevista na lei 8.009/90 abrange o imóvel residencial da família e esta pode ser considerada pelo conjunto formado de mãe e prole, não sendo indispensável a existência de casal." (TJDF, Ag. 9.004/97, 3ª Turma Cível, Rel. Des.ª Carmelita Brasil, julg. em 02.02.1998). Entendendo impenhorável o imóvel residencial doado aos filhos menores que vivem com a genitora executada: "O único bem residencial, figurando como donatários os filhos menores que residem em companhia da genitora, é considerada entidade familiar." (TJDF, Ap. 50336/98, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Dácio Vieira, julg. em 25.10.1999.) Veja-se, também, decisão onde não foi aplicado o benefício da impenhorabilidade legal porque consideradas independentes as duas entidades familiares: "Mesmo tratando-se os moradores do imóvel do devedor de sua ex-nora e netos, inexistindo relação de propriedade destes atuais moradores com o imóvel, assim como com o débito do devedor, dessumindo-se a distinção e independência entre as duas entidades familiares, não há falar-se em estender o alcance da Lei 8.009/90, ao referido imóvel." (TJMT, Ag. 9.123, 3ª Câmara, Rel. Des. Munir Feguri, julg. em 04.11.1998, RT 765/313.)

²³¹ Nesse sentido, havendo pluralidade de imóveis: "Tenho que a impenhorabilidade atinge tanto o imóvel onde reside o casal de devedores, como aquele em que residem a mãe e a irmã dos devedores, grupo que também

Para fins de aplicação da Lei 8.009/90, quaisquer que sejam os fatores determinantes da monoparentalidade, cumpre observar que a ausência prolongada do ascendente ou do descendente (p. ex., filho que vai residir em outra cidade, por alguns anos, para fins de estudo) não descaracteriza a entidade familiar.²³²

Quanto à parte final do art. 1.º, que se refere aos “pais ou filhos que sejam proprietários”, significa que a impenhorabilidade legal alcança os casos em que um dos pais é proprietário do imóvel e devedor, bem como aqueles em que o filho seja proprietário e devedor, residindo com seu ascendente.²³³ Ressalte-se, aí, o reconhecimento da impenhorabilidade do bem em função da entidade familiar, mesmo sendo o devedor solteiro e não vivendo em união estável.

Conforme foi observado, a monoparentalidade pode assumir diferentes feições no tocante à origem, às conseqüências e a própria duração, muitas vezes figurando como período transitório tanto na vida do adulto quanto na da criança. A seguir serão analisados alguns

constitui ‘entidade familiar’, sendo a dívida contraída pelos ‘filhos que sejam seus proprietários’ (art. 1º, última parte, da Lei 8.009/90).” (STJ, REsp. 223.419-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 23.11.1999, *DJU* 17.12.1999). Ainda que não propriamente sobre a monoparentalidade, veja-se decisões em sentido contrário: “A expressão ‘entidade familiar’ deve ser interpretada como sendo a reunião intersubjetiva formada necessariamente pelo devedor e demais membros de sua família; no caso em tela, pela devedora e seus pais. Por entidade familiar não pode ser compreendida a simples presença dos pais da executada, sem a sua própria em conjunto, pelo que se afasta a proteção instituída pela Lei 8.009/90.” (TAPR, Ag. 135846700, 2ª Câmara, Rel. Juiz Fernando Vidal de Oliveira, julg. 16.06.1999, Ac. 11235, *DJPR* 06.08.99.); “É inaplicável a impenhorabilidade consagrada pelo art. 1º, da Lei 8.009/90, ao imóvel que serve de moradia à genitora do executado, pois esta não se insere no conceito de entidade familiar previsto no art. 226, § 4º, da CF. Hipótese em que incabível a desconstituição da penhora. (TRF 4ª Região, AI 96.04.36994-6-PR, 4ª Turma, Rel. Juiz Nylson Paim de Abreu, *DJU* 15.01.97.); “Se o devedor cedeu o imóvel para sua mãe e avó residirem sozinhas, passando a viver em residência locada com sua mulher e filhos – sua entidade familiar – por evidente que o benefício da impenhorabilidade não lhe pode socorrer.” (TAPR, Ap. 107605-5, 2ª Câmara, Rel. Juiz Fernando Vidal de Oliveira, julg. 28.08.1997.)

²³² Nesse sentido: “Destinado o imóvel penhorado desde o início à entidade familiar, perdurando presentemente essa condição, resulta impenhorável, não respondendo por qualquer tipo ou natureza de dívida, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos proprietários que nele residam, respeitadas as hipóteses estabelecidas na própria legislação protetora. Pouco importa, que em determinado período, somente a filha, genro e netos, do executado viúvo, tenham lá permanecido, vez que, ‘entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).’ (TAPR, Ag. 126.166-5, 5ª Câmara, Rel. Juiz Tufi Maron Filho, julg. em 09.12.1998.)

²³³ Afirmando que constituem entidade familiar, por força do art. 226, § 4º, a devedora solteira que vive com a mãe e a irmã: TAPR, Ag. 134.875-4, 5ª Câmara, Rel. Juiz Marques Cury, julg. em 26.05.1999.

fatores determinantes dessas entidades familiares.

1. A união livre

Antes de qualquer consideração acerca das uniões livres, cumpre mencionar que as entidades familiares não provenientes de casamento recebem, na doutrina, designações diferentes, ainda que, muitas vezes, as divergências resultem de discussões puramente semânticas.

A expressão união livre, se não acompanhada do termo estável, pode ser utilizada para designar qualquer espécie de relação entre duas pessoas, ainda que não enquadrada no conceito de entidade familiar, e por isso mesmo não merecedora, como tal, da proteção do Estado. Nem todos os relacionamentos entre homem e mulher reúnem as características de continuidade, publicidade, estabilidade, tampouco intenção de constituir família, presentes nas uniões reconhecidas constitucionalmente como entidades familiares.

Esses relacionamentos informais, ainda que nem sempre irrelevantes ao Direito, não serão tutelados pelo Direito de Família, salvo quanto à filiação que eventualmente possa surgir. Mas as uniões livres, que a princípio não representam uma família, podem, com o passar do tempo, vir a reunir as características próprias das entidades familiares, enquadrando-se na definição do texto constitucional e, assim, passando a integrar o Direito de Família.

Considerando que o requisito estabilidade também está presente no instituto do casamento, parte da doutrina prefere denominar as entidades familiares não matrimonializadas simplesmente de uniões extramatrimoniais, enfatizando que as mesmas, longe de serem 'livres', só recebem a proteção Estatal na medida em que subordinam-se às suas normas regulamentares²³⁴.

²³⁴ Neste sentido: CAMBI, Eduardo. Obra anteriormente citada, p. 131.

A denominação 'família de fato' também é freqüente para designar as novas entidades familiares, em oposição à expressão família legal, ou legítima, usada para identificar os grupos familiares formados a partir do casamento civil.²³⁵

Talvez sob o entendimento de que as imprecisões terminológicas são de menor importância e que não se deve prender-se às discussões de ordem semântica, há quem continue a utilizar a tradicional expressão 'concubinato' ainda que, indiscutivelmente, ela traga consigo uma forte carga depreciativa e que favoreça o tratamento discriminatório dispensado às uniões estáveis. A própria legislação que rege a matéria preferiu outras designações a fim de que não fossem associados aos conviventes os aspectos negativos que acompanham a expressão 'concubinos'.

Neste tópico, no qual será analisado um dos fatores determinantes da monoparentalidade, cabe esclarecer que, quando se estiver referindo à união livre, não se estará tratando das uniões livres estáveis - entidades familiares constitucionalmente reconhecidas - mas, sim, das uniões transitórias onde não há comunhão de vida, nem mesmo objetivo de constituir família. No entanto, a ausência de compromisso e o estilo de vida celibatário - que independentemente das razões que levam a esta opção, tem como característica a ausência de casamento - não impedem que venha a ser constituída uma entidade familiar.

Ainda que não planejados, os nascimentos fora do casamento e da união estável continuam a ocorrer - muitas vezes na clandestinidade - gerando famílias monoparentais, quase sempre unilineares, como no caso das mães solteiras em que a filiação natural não é reconhecida. Vale lembrar, que se o casal decide educar o filho conjuntamente, não se estará tratando de monoparentalidade.

²³⁵ GOMES, Orlando. *O novo direito de família*, 1ª ed., Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1984, p. 67.

As uniões livres, caracterizadas pela ausência de compromisso, têm sido opção cada vez mais freqüente na sociedade. O casamento deixou de ser um projeto de vida, como nas gerações anteriores, e muitas pessoas têm preferido as uniões passageiras, sem tantas obrigações. Mas o estilo celibatário não é sinônimo de solidão. Mesmo aqueles que não pretendem constituir família e, por isso mesmo, não constroem uma união estável, quase sempre relacionam-se com alguém, de forma superficial ou nem tanto, estabelecendo um 'namoro' ou simplesmente encontrando parceiros sexuais.

Há casos em que uma união inicialmente descompromissada vem a se tornar duradoura e ininterrupta, transformando-se em união estável ou, até, formalizando-se através do casamento. Entretanto, talvez pela mudança de valores e de mentalidade da própria sociedade, as novas gerações têm deixando a estabilidade do relacionamento para uma fase posterior à formação profissional e à conquista da independência financeira, sem, contudo, abdicar da sexualidade.

O prolongamento no tempo dessas uniões sem compromisso pode fazer com que assumam proporções maiores que as esperadas, especialmente quanto ao nascimento de filhos, que sequer era cogitado. Como enfatiza Eduardo de Oliveira Leite, "a monoparentalidade daí decorrente é 'assunto particular', que deve ser resolvido em nível privado. Mas as crianças daí oriundas são problema de ordem pública, e precisam ser protegidas pelo Estado."²³⁶

No tocante à autoridade parental dos filhos nascidos a partir de uniões livres, cumpre distinguir o exercício por apenas um dos genitores, quando o reconhecimento do filho é unilateral, e o exercício por ambos na hipótese de reconhecimento bilateral.

Os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores, nas uniões livres, são os mesmos que os previstos para as uniões matrimonializadas (CC, art. 231, IV) - como afirmado

²³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. Obra citada, p. 36.

no tópico sobre as uniões estáveis - pois decorrem da filiação (Lei 8.069/90, art. 21) e não do modelo familiar escolhido pelos genitores.

Assim, na hipótese de reconhecimento unilateral, via de regra pela mãe, somente o genitor que reconheceu o filho poderá exercer os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental. Havendo reconhecimento bilateral, se os genitores estiverem unidos, os direitos e deveres em relação os filhos serão exercidos conjuntamente, configurando não uma família monoparental, mas, muito provavelmente, uma união estável, desde que presentes os demais elementos caracterizadores.

Mesmo na hipótese de reconhecimento bilateral, nem sempre surge a intenção de constituir família como consequência do nascimento do filho. Havendo ruptura dos genitores, portanto, ainda que a autoridade parental pertença a ambos, deve ser organizado o seu exercício. O reconhecimento, por si só, faz do genitor - quase sempre o pai - titular dos direitos e deveres decorrentes da filiação. Alguns deles, entretanto, podem ser destacados daquela prerrogativa.

Assim, se os genitores não estão juntos, é comum que a um deles seja concedida a guarda do filho menor - que só excepcionalmente será compartilhada, como adiante se verá - e, ao outro, restem o direito de visita e o dever de prestar alimentos.

Note-se que o reconhecimento por parte do genitor nem sempre se dá voluntariamente. É comum que a paternidade venha a ser estabelecida através de ação judicial. O pai, vencido na ação de investigação de paternidade, não terá somente a obrigação de pagar os alimentos judicialmente fixados como, também, poderá exercer, sempre no interesse do filho menor, o direito de visita, porque certamente não terá a guarda em seu favor.

Muitas mães, diante da resistência do parceiro em reconhecer o filho menor, simplesmente não ingressam com a ação investigatória, abrindo mão não só da pensão alimentícia mas, também, do próprio estabelecimento da paternidade, preferindo exercer

isoladamente a autoridade parental. A frequência com que isso vem ocorrendo, sobretudo nas últimas décadas do século XX, faz com que a figura das mães solteiras desperte especial interesse como fator determinante da monoparentalidade.

No tocante à guarda e ao direito de visita como prerrogativas inerentes à autoridade parental, tendo em vista não haver disciplina própria para o caso dos filhos nascidos de uniões livres - sendo aplicável a legislação relativa à ruptura do casamento -, serão analisados no tópico sobre a separação e o divórcio (que inclui a dissolução das uniões estáveis) como geradores de famílias monoparentais.

2. As mães solteiras

Vários fatores têm contribuído para que a mãe solteira deixe de ser marginalizada, passando até mesmo a ser aceita pela sociedade. Uma considerável mudança dos costumes, o declínio da instituição do casamento, o reconhecimento no âmbito social e jurídico das uniões não matrimonializadas, fizeram com que mudasse a condição da mãe não casada.

A aceitação social é maior, entretanto, quando o companheiro reconhece os filhos comuns. Nos casos em que a maternidade extraconjugal não envolve uma união estável, ou, ao menos, um envolvimento maior do genitor com o filho comum, a mãe solteira ainda sofre o desprezo e a reprovação da sociedade.

Existem, portanto, diversas situações familiares que pertencem à categoria das mães solteiras. Nem todas as mulheres que têm filhos fora do casamento, são o que se poderia denominar 'mães isoladas'. Distinguem-se, assim, as mães que criam sozinhas uma ou mais crianças, das que vivem uma união estável com o pai de seus filhos. A maternidade extraconjugal pode, ainda, ser voluntária ou involuntária. No primeiro caso, mulheres solteiras decidem conceber e cuidar de seus filhos sozinhas, mas a maternidade é querida, desejada e até programada para determinada fase da vida. No segundo, menos freqüente em nossa época pelo

desenvolvimento dos meios contraceptivos, a gravidez é indesejada mas as mulheres decidem assumir sozinhas a maternidade.

Na categoria das famílias monoparentais, vale observar, só estão inseridas as mães solteiras 'isoladas', e não aquelas que decidem ter um filho com o seu convivente ou simplesmente coabitante, onde somente a ruptura do relacionamento fará surgir a monoparentalidade.

Quando se refere às mães solteiras, como família monoparental, percebe-se que cada vez mais esta condição é fruto de opção refletida e desejada, e cada vez menos do abandono do genitor da criança. Há mães que deliberadamente excluem o pai biológico da vida do filho, porque pretendem substituí-lo por outro pai, eventualmente um novo companheiro ou marido, ou, simplesmente, porque não querem dividir a autoridade parental.²³⁷

A aceitação da maternidade extraconjugal deve-se, em parte, à evolução legislativa no tocante à filiação que, indiretamente, garante maior respeito e consideração à condição feminina. No Brasil, o Dec.-lei 3.200/41 dispôs sobre a guarda do filho natural; a Lei 883/49 admitiu o reconhecimento do filho adulterino; a Lei 7.841/89 admitiu o reconhecimento do filho incestuoso, a Lei 8.560/92 instituiu a averiguação oficiosa da paternidade²³⁸ e permitiu à mãe solteira ingressar com a ação de investigação de paternidade mesmo que o suposto pai seja casado.

Mas a mãe solteira, no Brasil, a despeito da maior aceitação social, enfrenta problemas de ordem econômica, que oneram sobremaneira a maternidade. O desenvolvimento de uma atividade profissional, imprescindível para que a mulher possa assumir e, assim, educar sozinha seu filho, exige dupla jornada de trabalho, sendo mínimas as formas alternativas de assistência

²³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental... Obra citada, p. 53.

²³⁸ Lei 8.560/92, art. 2º: "Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação."

aos filhos das mulheres que trabalham fora de casa.

Essas dificuldades reforçam a idéia de que a família monoparental, como observa Eduardo de Oliveira Leite, é caracterizada pela fragilidade material e espiritual. A mãe solteira é obrigada a manter sua família com a metade dos recursos que, normalmente, garantem a vida familiar.²³⁹

Mas, nem por isso, a mulher que decide constituir sozinha uma entidade familiar, é considerada ingênua, imatura, vítima de circunstâncias que a colocam em desvantagem. Ao contrário, as mães solteiras voluntárias, que desde o início excluem a possibilidade de vida em comum com o genitor da criança, dispensando, mesmo, qualquer ajuda, pertencem freqüentemente aos grupos de profissionais liberais ou de trabalhadoras que exercem altos cargos executivos.²⁴⁰

Há casos em que a chamada 'produção independente' chega ao ponto de transformar o genitor em mero instrumento reprodutor, sendo as crianças apenas 'da mãe'. Mas, mesmo nesses casos, se futuramente a mulher indicar o nome do genitor e a paternidade for confirmada, o pai será compelido a registrar em seu nome a criança com todas as implicações daí advindas, bem como a prestar-lhe alimentos.

A questão das mães solteiras, como se vê, envolve tanto os interesses da mulher, quanto os dos filhos, sendo garantias constitucionais a igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, e a proibição de qualquer tratamento discriminatório em relação à filiação. Assim, não é suficiente permitir às mulheres escolher a maternidade isolada, devendo-se, também, permitir que possam educar com dignidade o filho assim concebido, lembrando, ainda, que o exercício da autoridade parental, ainda que exclusivo na hipótese de reconhecimento unilateral, não é ilimitado.

²³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *A família monoparental...* Obra citada, p. 51.

²⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. Obra citada, p. 55.

Qualquer um dos genitores poderá perder ou ter suspenso o pátrio poder - que passou a ser exercido no interesse dos filhos, por isso, hoje denominado autoridade parental - quando deixar de cumprir os deveres de guarda, sustento e educação (Lei 8.069/90, art. 24)²⁴¹, ou, como disposto no Código Civil, quando castigar imoderadamente o filho, o deixar em abandono, ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 395)²⁴².

3. A separação, o divórcio e a dissolução da união estável

A família monoparental, como se viu, pode resultar da ruptura de uma família biparental, onde a separação do casal - casado ou não - faz com que o filho fique sob a guarda de um dos pais e com este resida.

Na maioria dos casos, mesmo com a transformação da condição feminina e da igualdade de direitos e deveres dos pais com relação aos filhos, a guarda é deferida à mãe, sendo este atributo destacado da autoridade parental em relação ao pai que, algumas vezes, entende estar exercendo suas funções paternas com o mero cumprimento da obrigação alimentar.

Para que a família, nessas condições, se torne monoparental, independe que a ruptura tenha ocorrido numa união matrimonializada. A união estável, havendo filhos comuns, também é modelo de família biparental e sua dissolução poderá, assim como nos casos de separação judicial em que a guarda é atribuída a um dos cônjuges, ensejar a concessão da guarda dos filhos menores a apenas um dos conviventes.

²⁴¹ Lei 8.069/90 (ECA), art. 24: "A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22."

²⁴² CC, art. 395: "Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I- que castigar imoderadamente o filho; II- que o deixar em abandono; III- que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes."

A matéria relativa ao exercício da autoridade parental em caso de ruptura da união é disciplinada pela Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), aplicável também aos casos de dissolução de união estável ou simplesmente de ruptura da união livre - que não chegou a reunir os elementos caracterizadores das uniões estáveis -, pois não há legislação específica que disponha sobre a concessão de guarda e direito de visita dos filhos menores nas uniões não matrimonializadas.

Nas situações onde não há consenso, como visto no tópico sobre as uniões estáveis, a Lei 6.515/77 prevê que, em caso de culpa, a guarda dos filhos deve ser concedida ao cônjuge que não deu causa à separação (art. 10, *caput*); havendo culpa recíproca, desde que não haja prejuízo aos menores, a guarda deve ser concedida à mãe (art. 10, parágrafo 1.º).

Mas essas regras são flexíveis, para que possam ser atendidos os interesses dos filhos menores. O art. 13 da Lei do Divórcio estabelece que a guarda deve ser concedida a bem do filho menor, podendo, nos casos em que o juiz entender justificável, ser atribuída de modo diverso do legalmente previsto, ou do consensualmente estabelecido pelos genitores.

A convenção entre as partes quanto à guarda dos filhos, em princípio, é respeitada pelo juiz, que poderá, entretanto, recusar-se a homologar o acordo firmado quando entender que os interesses dos menores não estão sendo preservados (Lei 6.515/77, art. 34, parágrafo 2.º).²⁴³ Mesmo nas separações de fato, é comum os pais submeterem o acordo sobre a guarda, visita e alimentos relativos aos filhos menores, à confirmação judicial.

Tradicionalmente, à mãe é atribuída a guarda e, ao pai, o direito de visita aos filhos menores. Ainda que tal solução se deva a razões de ordem biológica e cultural, muitos pais têm se insurgido contra decisões que os relegam a um papel secundário na educação dos filhos,

²⁴³ Lei 6.515/77, art. 34, parágrafo 2º: "O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges."

postulando por uma solução que lhes garanta maior participação no desenvolvimento de sua prole.²⁴⁴

A fim de dividir de forma mais equitativa o exercício da autoridade parental, a concessão da guarda dos filhos a apenas um dos genitores vem sendo substituída por formas alternativas, como a guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda alternada, no entanto, não parece ser a melhor solução. Mesmo que os pais prefiram esse modelo, onde os filhos permanecem por determinados períodos de tempo na casa de cada um dos genitores, que exercem, assim, alternadamente os atributos da autoridade parental, o interesse dos filhos não é adequadamente preservado. Haverá, certamente, prejuízo aos menores, pela ausência de referencial seguro quanto à sua residência e pelos conflitos surgidos com a mudança constante das formas de educar e sustentar, próprias de cada um dos genitores.

Com isso, a guarda compartilhada vem ganhando prestígio. Cada vez mais difundida no direito pátrio, a noção de guarda compartilhada favorece sensivelmente a situação dos filhos menores, pois permite que, mesmo com a separação dos pais, a guarda continue sendo exercida conjuntamente, como era na constância da união.²⁴⁵

Ainda que em residências distintas, ambos os genitores participam de forma efetiva na educação dos filhos, tomando em conjunto as decisões mais importantes quanto ao destino de

²⁴⁴ “Ressalte-se que apesar do descaso com que o legislador tratou o direito de visita, o pai visitador não ocupa uma posição secundária em relação ao outro que fica com a guarda. Poder-se-ia pensar que o guardião desempenha um papel mais importante porque está com a criança o dia todo. No entanto ambas as funções são relevantes para a formação do menor. Quando o pai ou a mãe que tem a guarda se limita a ‘adestrar a criança’ (em ordens diárias como escovar os dentes, tomar banho, pentear o cabelo, limpar os ouvidos e as unhas, fazer os deveres, dormir cedo), a função educativa se desloca para o pai visitador, e esse pai que simplesmente visita pode exercer sobre o filho uma influência muito maior do que aquele que fica com o menor a maior parte do tempo.” (BAPTISTA, Silvio Neves. *Guarda e direito de visita. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, p.293.)

²⁴⁵ “A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.” (GRISARD FILHO, Waldyr. *Obra citada*, p. 111.)

sua prole.²⁴⁶ Mesmo que apenas um dos genitores resida com os filhos, os atributos inerentes à autoridade parental são exercidos de forma compartilhada (CC, art. 384).²⁴⁷

A residência, cumpre observar, poderá ser tanto a materna quanto a paterna, ou mesmo a de um terceiro - como os avós - quando a dos pais não reunir condições favoráveis. Lembre-se que a residência alternada trará os mesmos inconvenientes que a guarda exercida alternadamente, no tocante à insegurança e à instabilidade que se instauram nos filhos menores.

No tocante à impenhorabilidade do bem de família, nas hipóteses em que a monoparentalidade é determinada pela separação, divórcio ou dissolução de união estável, algumas situações merecem destaque. Entre elas, a da separação dos cônjuges ou dos conviventes com patrimônio constituído por dois imóveis.

Imagine-se que numa separação judicial os cônjuges, por ocasião da partilha dos bens em comum, destinam um imóvel a cada um dos separandos ou, numa dissolução de união estável os conviventes, quando dividem os bens em condomínio, determinam a transferência de quotas dos respectivos imóveis (o que, equivocadamente, nas Varas de Família, tem-se denominado partilha), de modo a destinar um dos dois a cada um deles.

Nesses casos, a melhor solução é no sentido de reconhecer a existência de duas novas entidades familiares, ambas sujeitas à proteção da Lei 8.009/90.²⁴⁸ O mesmo ocorre com a

²⁴⁶ “O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores (*joint custody*, em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única (*sole custody*, em inglês).” (NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p.135.)

²⁴⁷ CC, art. 384: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I- dirigir-lhes a criação e educação; II- tê-los em sua companhia e guarda; III- conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV- nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; V- representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

²⁴⁸ Nesse sentido: STJ, REsp. 121.797-MG, 4ª Turma, Rel. originário Min. Aldir Passarinho Junior, Rel. para o acórdão Min. Sálvio de Figueiredo, julg. em 14.12.2000, *Boletim Informativo Jurua* 277, p. 02.

mera separação de fato dos cônjuges que decidem residir, cada um, num dos imóveis que integram a comunhão de bens.

Nesse sentido, no tocante aos cônjuges, a conclusão de Luiz Rodrigues Wambier: “Com a separação - ainda que só de fato - cada ex-cônjuge constitui uma nova entidade familiar, só ou acompanhado dos filhos, e o novo ente passa a ser sujeito de proteção jurídica, nos exatos termos da lei.”²⁴⁹

Quanto aos separados que passam a viver sozinhos, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de considerá-los sujeitos ao benefício legal, entendendo, acertadamente, que o conceito de entidade familiar abrange a pessoa solteira, separada ou viúva, que viva sozinha, para os fins da proteção da Lei 8.009/90.²⁵⁰

Merece destaque, aqui, decisão da 5.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1.º da Lei 8.009/90 e 226, parágrafo 4.º 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.”²⁵¹

²⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei 8.009/90. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 2, [Coord. Teresa Arruda Alvim], São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 195. Nesse sentido, veja-se decisão onde a ementa traz um trecho da obra aqui referida: “Os cônjuges que se separam, leia-se judicialmente ou de fato, e que destinam a cada qual um dos dois únicos bens imóveis do casal, passam a merecer a proteção da Lei 8.009/90, na nova situação de fato em que se encontram, sempre que forem proprietários dos imóveis em que cada qual resida, independentemente da efetiva transferência da propriedade, pela averbação à da separação ou do divórcio.” (TJES, Ap. 035979003288, Rel. Des. Lúcio Vasconcellos de Oliveira, julg. em 09.02.1999.)

²⁵⁰ Nesse sentido: “Conforme interpretação da Lei 8.009/90, o único imóvel pertencente ao devedor, ainda que divorciado, constitui bem de família e, portanto, impenhorável, pois a proteção à entidade familiar não se circunscreve às pessoas casadas, uma vez que os divorciados, a exemplo dos solteiros, podem, futuramente, viver maritalmente com outra pessoa, companheiro ou companheira, ou mesmo com qualquer dos pais e seus descendentes.” (1.º TACivSP, Ag. 865.324-9, 10ª Câm., Rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, julg. em 10.08.1999, RT 773/257.)

²⁵¹ REsp. 205.170-SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. em 07.12.1999, DJU 07.02.00, *Boletim Informativo Juruá* 269, p. 09.

No mesmo sentido, destaca-se decisão da 4.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “com a separação judicial, cada cônjuge constitui uma nova entidade familiar, passando a ser sujeito da proteção jurídica prevista na Lei n.º 8.009, de 29.03.90.” A decisão adotou como fundamentação a lição de Luiz Rodrigues Wambier, já referida neste trabalho:

“a entidade familiar é conceito amplíssimo, que alberga tanto a família de fato (= família formada a partir de união estável), constituída por homem, mulher e sua prole, quanto aquelas outras manifestações de afetividade recíproca e de ajuda mútua, como são a união do homem e da mulher com os filhos das uniões anteriores de cada um, a união do pai com seus filhos, do pai com os filhos de sua companheira, dos avós com os netos, da mãe solteira com seu filho. Constitui também o objeto da proteção legal a residência do viúvo e da viúva, do separado e do divorciado, e dos solteiros que convivem sob o mesmo teto.”²⁵²

A situação das pessoas separadas pode ser apreciada, também, sob outra ótica. Considere-se a hipótese de separação, divórcio ou dissolução de união estável, onde se estabelece, com relação aos filhos menores, a guarda compartilhada. É o caso dos pais que, com a ruptura da união, passam a residir em imóveis distintos - independentemente desses imóveis terem integrado a comunhão de bens ou o condomínio - mas decidem exercer em conjunto a guarda dos filhos. Nesse caso, cada um dos pais - mesmo o que não reside com os filhos - estará sob a proteção da impenhorabilidade legal, pois constitui, com sua prole, entidade familiar.

Não parece ser diferente a situação na qual os cônjuges ou conviventes se separam e a guarda dos filhos menores, nos moldes tradicionais, é concedida a apenas um dos pais, sendo assegurado, ao outro, o direito de visita. Ainda que o executado tenha destinado o imóvel

²⁵² REsp. 218.377-ES, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 20.06.2000, DJU 11.09.00.

residencial para a moradia do ex-cônjuge com a prole comum, este imóvel está sob a proteção da impenhorabilidade legal, pois abriga os filhos do devedor.²⁵³

Discute-se, ainda, a possível incidência da Lei 8.009/90 sobre o imóvel residencial do devedor que, após a ruptura da união, permanece somente com o direito de visita aos filhos menores.

O direito de visita - referido expressamente no art. 15, da Lei 6.515/77 - é inerente à autoridade parental, constituindo, acima de tudo, um dever dos pais, aos quais compete educar e manter os filhos menores, suprindo-lhes as necessidades físicas e psíquicas.²⁵⁴ Na verdade, o que se denomina direito de visita, pode ser considerado um apêndice do direito dos filhos menores de estarem na companhia da família.²⁵⁵ Seu exercício deve ser preservado aos pais, desde que não contrarie os interesses dos descendentes.

Há casos em que, muitas vezes pela irresponsabilidade ou pela imaturidade dos pais, as visitas comprometem o desenvolvimento dos filhos, sobretudo no aspecto emocional, o que justifica a restrição ou mesmo a perda desse direito. Embora fosse o ideal a fixação das visitas

²⁵³ Nesse sentido, algumas decisões: "Imóvel destinado à residência da ex-mulher e filhos menores do executado. Proteção legal reconhecida." (1º TACivSP, Ag. 0908255-5, 2ª Câmara, Rel. Juiz Alberto Tedesco, julg. em 23.02.2000, *ALBERTO/TGB/SMS/MCBG* 16.05.00); "É impenhorável o apartamento que, no acordo de separação do casal, foi destinado à moradia da ex-mulher e da filha menor." (STJ, REsp. 112.665, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 07.04.1999, *DJU* 31.05.99); "Embargos de terceiro. Bem de família. (...) Conceito de família que deve ser entendido como abrangente do grupo formado pela mãe, ainda que separada, e filhos." (TAPR, Ap. 109.207-7, 7ª Câmara, Rel. Juiz Moraes Leite, julg. em 17.11.1999). Em sentido contrário, com voto vencido: "A impenhorabilidade do bem de família, de que trata a Lei 8.009/90, atinge um imóvel apenas, sendo vedada a extensão de igual benefício a um segundo imóvel, a pretexto de sua destinação ao outro cônjuge, com filho, em caso de separação judicial. Voto vencido: Sendo a proteção legal dirigida à entidade familiar, se pai e filho moram no mesmo imóvel, este fica ao abrigo da Lei 8.009/90, mesmo que outro tenha sido destinado à moradia da mãe (Juiz Francisco Bueno)." (TAMG, Ap. 0213022-5, 6ª Câmara, Rel. Juiz Baia Borges, julg. em 28.03.1996.)

²⁵⁴ Lei 6.515/77, art. 15: "Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação."

²⁵⁵ Nesse sentido: CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1995, p. 165. Veja-se, a propósito, o disposto no art. 4º, da Lei 8.069/90: "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à **convivência familiar** e comunitária." (grifos nossos)

de modo a resguardar a liberdade daquele que não possui a guarda do filho, isso nem sempre é viável, sendo mais prudente para fins de exeqüibilidade, que se regule o mais detalhadamente possível o exercício de tal direito.²⁵⁶

Nos casos mais delicados, que exigem maior preocupação quanto à preservação dos interesses dos filhos, o juiz determina que as visitas sejam acompanhadas por assistentes sociais ou psicólogos, inibindo um comportamento inadequado por parte do genitor; leva-se em conta, para a concessão de maior ou menor liberdade aos pais, o bem-estar dos menores.²⁵⁷

Seria injusto, em qualquer das situações aqui apontadas, considerar entidade familiar apenas aquela constituída pelo pai ou pela mãe detentores da guarda e os filhos que com eles residem; por certo, as normas protetivas da Lei 8.009/90 devem incidir sobre aquele que possui o direito de visitar os filhos menores e com eles permanecer, em regra nos finais de semana.²⁵⁸

4. A viuvez

Outro fator determinante da monoparentalidade é a viuvez. Entre as pessoas que vivem sozinhas com seus filhos estão aquelas que tiveram o vínculo matrimonial dissolvido pela morte do cônjuge. A fragilidade que normalmente caracteriza as famílias monoparentais é muito freqüente nesse modelo familiar.

²⁵⁶ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Obra citada, p. 120.

²⁵⁷ “a despeito da ausência de previsão legal, a regulamentação de visitas é medida que pode ser concedida também aos avós ou a outros parentes que mantenham vínculo afetivo com os menores, considerando-se injusta a recusa de qualquer dos pais em permitir a convivência de seus filhos com outros membros da família que com eles tenham afinidade.” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Obra citada, p. 120.); em sentido contrário, entendendo que não existe direito do avô em visitar o neto: BAPTISTA, Silvio Neves. Obra citada, p. 297.

²⁵⁸ Nesse sentido: “O fato de ser o devedor separado, convivendo eventualmente com a prole no bem objeto da constrição, não retira desta a característica de bem de família, importando, para tal, que nele resida o executado de forma fixa.” (TAPR, Ag. 0070470-3, 2ª Câm., Rel. Juiz Eracles Messias, julg. em 06.12.1995, *DJPR* 09.02.96). No mesmo sentido, entendendo impenhorável o imóvel onde o devedor, nos finais de semana, recebe as filhas: TAPR, Ag. 1200698-8, 6ª Câm., Rel. Juíza Anny Mary Kuss Serrano, julg. em 10.08.1998.

Principalmente as viúvas, pertencem, em regra, a uma geração dedicada exclusivamente à esfera doméstica, estando, após a morte do marido, totalmente despreparadas para ingressar no mercado de trabalho. Essa condição menos favorecida faz com que as viúvas ocupem posição de desvantagem frente às gerações mais novas, enfrentando enormes dificuldades, principalmente materiais, para exercer a autoridade parental em relação aos filhos menores e até mesmo para conduzir a própria vida.

No tocante ao benefício da impenhorabilidade legal, a despeito da omissão, na Lei 8.009/90, quanto à situação daqueles cujo vínculo matrimonial se dissolveu com a morte do outro cônjuge, não parece razoável excluir os viúvos do âmbito de sua incidência. E isso não apenas quando os viúvos passam a formar, com seus filhos, uma família monoparental,²⁵⁹ mas, também, quando permanecem sozinhos na residência antes ocupada pela família.²⁶⁰

Como antes mencionado, referindo-se à 'entidade familiar', a Lei 8.009/90 estende a impenhorabilidade legal à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 1.º, *caput*). A Constituição Federal, por sua vez, faz presumir a inclusão de pessoas solteiras no conceito de entidade familiar (art. 226, parágrafo 4.º). Não deve ser o estado civil do devedor, portanto, o fator determinante para a incidência do benefício.

Assim, se o imóvel é residencial, vincular a impenhorabilidade legal ao estado civil do devedor é, no mínimo, ignorar os objetivos da lei, de proteger a moradia e assegurar a todos

²⁵⁹ Estendendo a impenhorabilidade legal ao imóvel onde reside a viúva, filhos e netos: TAPR, Ag. 132.130-2, 5ª Câmara, Rel. Juiz Edson Vidal Pinto, julg. em 07.04.1999; Na hipótese de o imóvel integrar um condomínio: "O fato de o apartamento onde reside a devedora integrar um condomínio, recebido em razão da morte do marido e ocupado em conjunto com as filhas do casal, tocando-lhe 25%, não afasta a regra da impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90. (...) Se penhorada a quota condominial, a executada perderá o título pelo qual ocupa o imóvel e terminará ficando sem moradia. É isso o que a lei quer evitar." (STJ, REsp. 263.033-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 17.10.2000, DJU 18.12.00, *Boletim Informativo Juruá* 280/13.)

²⁶⁰ Nesse sentido: "Devedora viúva que reside sozinha em seu único imóvel deve estar amparada pelo contido no art. 1.º, da Lei 8.009/90. A interpretação da referida lei deve buscar a vontade do legislador que objetivou amparar essa pessoa realmente necessitada do imóvel para morar, assegurando a impenhorabilidade do bem de família." (TAPR, Ap. 142.805-7, 8ª Câmara, Rel. Juiz Manassés de Albuquerque, julg. em 25.10.1999.)

uma vida digna. Não é o estado civil do devedor que torna o imóvel residencial familiar impenhorável, não sendo, também, a morte de um dos cônjuges que transforma o imóvel residencial, de impenhorável para penhorável.²⁶¹

Nessa ótica, é inadmissível afastar os viúvos do benefício legal, somente pela modificação do seu estado civil. Ademais, não há razão aceitável para não preservar uma residência com a potencialidade de um bem de família, considerando que o viúvo poderá, tanto quanto uma pessoa solteira, optar por contrair novo casamento ou por constituir uma união estável, na intenção de construir nova estrutura familiar.

C. Os cônjuges ou conviventes em residências distintas

Hipótese interessante é a dos cônjuges ou conviventes não separados, mas que habitam em residências distintas, em imóveis que integram a comunhão de bens - no caso dos cônjuges - ou sobre os quais incide a presunção de condomínio na união estável.

Cabe lembrar, aqui, alguns aspectos já abordados no tópico sobre as uniões estáveis, no tocante ao dever de coabitação entre cônjuges e conviventes. A Lei 9.278/96 - que regulamentou o parágrafo 3.º do art. 226 da Constituição Federal - não exige a vida em comum no mesmo domicílio para a caracterização da união estável, mas fala em convivência, que não pressupõe necessariamente coabitação.

A habitação comum não é essencial para caracterizar a entidade familiar, sobretudo por não haver expressa previsão legal nesse sentido. Até mesmo no casamento - onde a lei prevê, como dever recíproco, a vida em comum no domicílio conjugal (CC, art. 231, II) - é possível alguma flexibilidade, sendo cada vez mais comuns, por razões como atividade profissional ou

²⁶¹ Nesse sentido, algumas decisões: STJ, REsp. 253.854- SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 21.09.2000, DJU 06.11.00; 1º TACivSP, Ap. 0692057-6, 4ª Câm., Rel. Juiz Cyro Bonilha,

acadêmica, ou mesmo pela incompatibilidade existente entre proles havidas de uniões anteriores, os cônjuges convencionarem habitar residências diferentes.

Manifestando-se sobre cônjuges não separados que residem cada qual numa das casas da família, com as respectivas proles, Luiz Rodrigues Wambier afirma existirem, na hipótese, três entidades familiares distintas: “a família constituída pelo casamento; a entidade familiar existente entre pai e seus filhos; e a entidade familiar da mãe com seus filhos.”²⁶²

Nesse caso, segundo o autor, as duas últimas estão protegidas pela impenhorabilidade legal, pois “apesar da comunicação dos patrimônios de ambos, cada imóvel é único, na medida em que servindo de moradia para cada uma das entidades familiares.”²⁶³

Essa, sem dúvida, a melhor solução, tanto no caso dos cônjuges com dois imóveis integrando a comunhão, quanto no dos conviventes que possuem dois imóveis em condomínio, residindo cada um em um imóvel acompanhado de sua prole.

Nenhum dos imóveis, nessas hipóteses, pode ser objeto de penhora. Se assim não fosse, estar-se-ia admitindo que uma das entidades familiares ficasse ao desabrigo da Lei 8.009/90, em flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia.

D. Os irmãos que vivem juntos

Discute-se, também, no tocante à aplicação da impenhorabilidade legal, a situação dos irmãos que vivem juntos, desacompanhados dos pais. A dificuldade reside em saber se constituem ou não uma entidade familiar.

julg. em 23.06.1997; TAPR, Ag. 120698-8, 6ª Câm., Rel. Juíza Anny Mary Kuss Serrano, julg. em 10.08.1998.

²⁶² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Obra citada, p. 194.

²⁶³ Idem, *ibidem*.

No caso de irmãos não casados - e que não constituem união estável - que vivem, sem filhos de qualquer um deles, num mesmo imóvel próprio, está-se diante de uma família no sentido antropológico do termo. Considerando a tendência natural de que qualquer dos irmãos pode vir a construir sua vida de forma autônoma, no sentido econômico e afetivo, seria questionável o reconhecimento da impenhorabilidade legal sobre aquele imóvel, pois não haveria, ainda, entidade familiar a ser protegida.

Mas não parece ser essa a melhor orientação. A proteção instituída pela Lei 8.009/90 não se limita à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, definidas na Constituição Federal (art. 226, parágrafos 3.º e 4.º), estendendo-se, também, aos filhos solteiros que residem no mesmo imóvel, seja ou não aquele antes ocupado com os pais.

Se existe uma família onde os membros - pais e filhos - estão vinculados pelo parentesco, consanguíneo ou civil, quando os pais vierem a falecer, deixando os filhos todos solteiros, é certo que esses filhos, sobreviventes aos pais, não deixarão de constituir uma família.²⁶⁴

A jurisprudência tem entendido, predominantemente, que os filhos, remanescentes da família - considerada como o grupo formado por pais e filhos -, constituem eles mesmos uma entidade familiar.²⁶⁵ Ademais, não é incomum a situação de irmãos que, ausentes os pais, optam por manter a unidade familiar - por razões de ordem econômica, psicológica ou

²⁶⁴ Nesse sentido a seguinte decisão: "Ao imóvel que serve de morada às embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/90. (...) não tenho como precedente o argumento de que família, no sentido que lhe empresta a Lei 8.009/90, pressupõe a existência de um conjunto de pessoas, presas pelo vínculo da consangüinidade e sob o guante de uma chefia, representada pelos pais, porque isso seria restringir e, até mesmo, negar eficácia à norma legal, na medida em que impossível seria a impenhorabilidade, se tais pais viessem a falecer, deixando filhos todos solteiros." (STJ, Resp. 57.606-7-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, julg. em 11.04.1995, DJU 15.05.95.)

²⁶⁵ Nesse sentido: "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 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles." (STJ, REsp. 159851-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 19. 03.98, DJU 22.06.98.)

emocional - o que torna admissível a incidência do benefício sobre o imóvel residencial que abriga os irmãos.

A impenhorabilidade legal, então, deve beneficiar o devedor que reside no único imóvel com seus irmãos, ainda que não se trate de uma família típica.²⁶⁶

E. Situações análogas para a aplicação da impenhorabilidade legal

A partir das considerações expostas, pode-se concluir que o conceito de entidade familiar, na esfera jurídica, deve ser interpretado segundo as transformações operadas na família, como organismo social. Há que se reconhecer, também, que para a incidência das normas protetivas da Lei 8.009/90, não se deve levar em conta a existência deste ou daquele modelo familiar.

O sentido social da Lei busca, na verdade, garantir um teto para cada pessoa, e sob essa ótica deve ser interpretada. Entender, por exemplo, que a pessoa solteira não possa ter uma residência reservada à família que, futuramente, poderá ser constituída, poderá levar o julgador a cometer injustiça, fazendo prevalecer uma deficiente interpretação literal.

1. O devedor solitário

Mesmo sendo amplíssimo o conceito de entidade familiar, seria exagero admitir a existência de família unipessoal. A família monoparental unilinear, de que antes se falou, é composta por um dos ascendentes e sua prole (mãe solteira quando a paternidade não é reconhecida e pai solteiro por adoção). Mas, mesmo não havendo filhos, a entidade familiar é caracterizada pela convivência de mais de uma pessoa (homem e mulher pelo casamento ou união estável).

²⁶⁶ Admitindo ser razoável tal exegese: CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade...* Obra citada, p. 73.

No entanto, é no mínimo questionável a constitucionalidade da discriminação que se observa na letra da Lei 8.009/90, onde não consta previsão de proteção à pessoa que mora sozinha em imóvel próprio. Por isso a relevância do trabalho interpretativo do julgador, para a aplicação da impenhorabilidade legal do bem de família, sobretudo na hipótese peculiar aqui referida.

O intérprete tem o difícil papel de analisar cuidadosamente as situações que lhe são postas, a fim de não cometer injustiça tratando de forma idêntica situações fundamentalmente distintas. Veja-se, por exemplo, o caso do pai ou da mãe solteiros que vivem sozinhos, mas que possuem filho advindo de união livre, cuja guarda foi atribuída ao outro genitor. Ainda que não resida com o filho, este pai ou esta mãe, através do direito de visita, também com ele convive, formando, com seu filho, um modelo não convencional de entidade familiar.

De qualquer maneira, a impenhorabilidade legal deve beneficiar as pessoas solteiras independentemente da existência de prole. Quando a Lei 8.009/90 faz menção ao imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, torna claro o objetivo de proteger a moradia. Além disso, ao utilizar a expressão entidade familiar, admite que a proteção alcance pessoas solteiras.

Mais do que reconhecer a abrangência do conceito de família, o legislador preocupou-se em garantir habitabilidade ao executado. Assim, se existe uma lei que tem por objetivo a proteção da moradia, é inconcebível entendê-la tão discriminatória, a ponto de instituir um benefício às pessoas em função de seu estado civil.²⁶⁷

Na jurisprudência ainda existem vacilações, tanto nas instâncias ordinárias²⁶⁸ quanto

²⁶⁷ Nesse sentido, a seguinte decisão: TAMG, Ap. 157.161-3, 5ª Câmara, Rel. Juiz Brandão Teixeira, j. em 23.09.93.

²⁶⁸ Veja-se algumas decisões, onde o benefício não foi estendido à pessoa que vive só: "A circunstância de habitar só no imóvel não o habilita à tutela da legislação protetiva do bem de família, que visa a proteção da entidade familiar." (TARS, Ag. 197125586, 7ª Câmara, Rel. Juiz Roberto Expedito da Cunha Madrid, julg. em 27.08.1997); "A impenhorabilidade somente se caracteriza no imóvel que abriga a entidade familiar, nela

nas extraordinárias²⁶⁹, mas vem ganhando corpo o entendimento segundo o qual o conceito de entidade familiar pode abranger a pessoa solteira que vive sozinha, assim como a separada ou a viúva, para os fins da proteção decorrente da Lei 8.009/90.²⁷⁰

Merece destaque, nesse sentido, decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte fundamentação:

“A Lei n.º 8.009/90, art. 1.º, 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, garantindo-lhes o 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 descendentes. 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.

compreendendo o devedor com sua mulher ou concubina e filhos, ou então, o devedor e seus pais ou seus irmãos, encopntrando-se a descoberto do benefício legal o homem solteiro.” (TAPR, Ag. 116052-3, 2ª Câmara, Rel. Juiz Cristo Pereira, julg. em 25.03.1998; note-se que neste mesmo processo houve outro agravo, onde o devedor trouxe como fato novo a existência de filho que vive em companhia da genitora, mas o entendimento do tribunal foi mantido: Ag. 126.041-3, 2ª Câmara, Rel. Juiz Luiz Lopes, julg. em 09.12.1998); “Estão excluídos da proteção assegurada pela Lei 8.009/90 os bens de devedor solteiro ou que não tenha demonstrado a chefia de uma família, tendo em vista que visa a mesma preservar apenas os bens pertencentes ao casal ou entidade familiar.” (TAMG, Ag. 0116132-6, 4ª Câmara, Rel. Juiz Ney Paolinelli, julg. em 07.08.1991).

²⁶⁹ Veja-se algumas decisões do STJ, onde o benefício não foi estendido à pessoa que vive só: “A Lei 8009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário.” (STJ, REsp. 67.112-4-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 29.08.1995, DJU 23.10.95; veja-se fundamentação do voto vencido, do Min. Fontes de Alencar: “Quanto ao fundamento do acórdão de que ela é solteira e, em consequência, não atingida pela benesse da Lei 8.009, *data venia*, afasto-o, porque senão chegaríamos à suprema injustiça. Se o cidadão fosse casado, ainda que mal casado, faria jus ao benefício; se fosse viúvo, sofrendo a dor da viuvez, não teria direito ao benefício.” RT 726/203); no mesmo sentido: STJ, REsp. 169.239-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 12.12.2000, *Boletim Informativo Juruá* 277, p. 02.

²⁷⁰ Nesse sentido, algumas decisões: “Direito da pessoa solteira, à proteção da Lei 8.009/90, em razão desse fato não desnaturar o bem de família” (1º TACivSP, Ag. 0766757-0, 10ª Câmara, Rel. Antonio de P. F. Nogueira, julg. 17.02.1998 - há voto vencido); “A proteção dada à família pela Lei 8.009/90 não se restringe a pessoas casadas, uma vez que a *mens legis* visou precipuamente a assegurar a habitabilidade do executado.” (TAMG, Ac. 0157361-3/01, 5ª Câmara, Rel. Juiz José Marrara, julg. em 03.03.1994 - há voto vencido, *RJTAMG* 54-55/388).

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 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.²⁷¹

2. A união de pessoas do mesmo sexo

Sempre que se fala em família não fundada no casamento, surge a polêmica questão da união de pessoas do mesmo sexo. Como dito no tópico sobre as uniões estáveis, a Constituição Federal de 1988 excluiu a possibilidade de se reconhecer as uniões entre homossexuais como entidades familiares, pois no art. 226, parágrafo 3.º, expressamente se refere à união “entre o homem e a mulher”. Nos mesmos moldes, as Leis 8.971/94 (que dispõe sobre direitos alimentares e sucessórios dos companheiros) e 9.278/96 (que regulamentou a união estável), respectivamente, referem-se à “companheira comprovada de um homem ...” e “convivência (...) de um homem e uma mulher ...”.

Certamente o constituinte entendeu que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, como entidades familiares, poderia favorecer um futuro reconhecimento de famílias matrimonializadas entre homossexuais, rompendo com um dos fundamentos da conjugalidade, qual seja, o controle da sexualidade.²⁷²

O ordenamento jurídico, dessa forma, passou a tutelar as entidades familiares, ressaltando que não poderão ser formadas por pessoas de mesmo sexo. Enquanto a união de

²⁷¹ REsp. 182.223-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. em 19.08.1999, DJU 10.05.99, republicado em 20.09.99.

²⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 67.

peessoas do mesmo sexo não alcança o *status* de família - o que provavelmente ocorrerá quando a questão estiver pacificada em um número mais significativo de países -, não podem ser reconhecidos em seu favor efeitos jurídicos no âmbito do Direito de Família. Os homossexuais, então, não podem se casar, constituir união estável, e estão biológica e legalmente impedidos de assumir uma prole comum.²⁷³

No tocante à impossibilidade de constituir família matrimonializada, verifica-se que, a despeito de não haver no Código Civil disposição que expressamente determine a realização do casamento entre homem e mulher, a diversidade de sexo é considerada seu pressuposto existencial. Observa-se, nos dispositivos que regulam o casamento civil, a constante menção à ‘cônjuges’, ou a ‘marido’ e ‘mulher’, como sujeitos da relação jurídica matrimonial.

Se a identidade de sexo é hipótese de inexistência de casamento, a ignorância de defeito físico irremediável, ao contrário, atinge a validade do ato (CC, arts. 218 e 219, III).²⁷⁴ Assim, havendo conformação viciosa dos órgãos sexuais, a ponto de se reconhecer estado interssexual de um dos cônjuges (hermafrodita andrógino ou ginandro) cumpre distinguir a predominância do sexo, igual ou diferente ao do outro cônjuge. Predominando o sexo igual, o casamento será inexistente porque configurada a igualdade sexual; se predomina o sexo diferente, o casamento poderá ser anulado por defeito físico irremediável.²⁷⁵

A exemplo do casamento, ainda que no plano fático exista convivência duradoura e contínua entre pessoas do mesmo sexo, não será configurada união estável, pela exclusão

²⁷³ Sobre a constituição de família fundada na união de homossexuais, a observação de João Baptista Villela: “Ora, é nesse quadro de nítida decadência da instituição matrimonial que os *gays* lutam para que suas portas lhes sejam abertas. Soa cômico, mas, na verdade, quem anda pensando hoje em *casamento* são, de um lado, os homossexuais e, de outro, padres e freiras insatisfeitos com o celibato...” (obra citada, p. 74.)

²⁷⁴ CC, art. 218: “É também anulável o casamento, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.” CC, art. 219: “Considera-se erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge: III- a ignorância anterior ao casamento, de defeito físico irremediável (...).”

²⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, p. 143.

expressa no texto constitucional. Deve ser reconhecida, entretanto, a sociedade de fato entre pessoas que conjugam esforços pessoais e recursos materiais para a obtenção de um fim comum, independentemente da opção sexual.

Desse modo, sob o prisma jurídico-constitucional, pessoas do mesmo sexo limitam-se a discutir judicialmente as questões inerentes à sua relação, no âmbito puramente patrimonial, podendo ser entendida a respectiva união como sociedade de fato, como já se manifestou a jurisprudência²⁷⁶, mas nunca como entidade familiar. Recomenda-se, enquanto a união homossexual não for reconhecida como outra possibilidade de união estável, que os parceiros realizem contratos escritos sobre o patrimônio constituído, apontando os bens sobre os quais deve incidir o condomínio e em que percentual, bem como realizem testamentos que esclareçam os efeitos sucessórios por eles desejados.

Em muitos países, como se sabe, é reconhecida a união homossexual como uma das formas de constituir família. Na Dinamarca, onde a partir de 1986 foram concedidos direitos patrimoniais às uniões civis homossexuais - legalizadas em 1989 -, ficou estabelecido que o registro da parceria homossexual deve produzir os mesmos efeitos legais que o contrato de casamento. Note-se, no entanto, que não se aplicam aos parceiros homossexuais a Lei de Adoção e a cláusula 3 da seção 13 e 15 da Lei de Incapacidade e Guarda.²⁷⁷

A Noruega, a exemplo da Dinamarca, através da Lei 40, de 30 de abril de 1993, com

²⁷⁶ Reconhecendo a sociedade de fato entre homossexuais, a alardeada decisão sobre a partilha dos bens deixados pelo pintor Jorge Guinle, falecido em 1987: TJRJ, Ap. 731/89, 5ª Câm., Rel. Des. Narcizo Pinto, julg. em 08.08.1989, *Jurisprudência Brasileira* 173/206. No mesmo sentido, fundamentada no CC, art. 1363: STJ, REsp. 148897-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 10.02.1998, DJU 06.04.98. Sobre a não caracterização de concubinato ou entidade familiar entre homossexuais, veja-se, também: TAPR, Ag. 56.109-7, 1ª Câm., Rel. Juiz Munir Karam, julg. em 16.02.1993, *Jurisprudência Brasileira*, 173/161.

²⁷⁷ "A lei dinamarquesa número 372, de 1º de junho de 1989, da parceria homossexual registrada, que teve início de vigência em 1º de outubro do mesmo ano, prescreve, em seu item 1, que 'duas pessoas do mesmo sexo podem ter sua parceria registrada'. Cuidando desse registro, no item 2, estabelece 'a parte 1, seções 12 e 13 (1) e cláusula 1 da seção 13 (2) da Lei sobre Formação e Dissolução de Casamento devem ser aplicadas, igualmente, para o registro de parceiros', que só será possível se ambos ou um dos parceiros tiverem residência permanente na Dinamarca e nacionalidade dinamarquesa." (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União ...* Obra citada, pp. 144/145.)

vigência em outubro do mesmo ano, admitiu o registro das parcerias homossexuais, permitindo, ao contrário daquele país, que os parceiros exerçam conjuntamente a autoridade parental. A propósito, dos países escandinavos apenas a Finlândia não aderiu à legislação das uniões civis homossexuais.²⁷⁸

Na Holanda, onde a lei que permite a união civil entre homossexuais iniciou sua vigência em 1.º de janeiro de 1998, destaca-se a realização de dois casamentos oficiais entre lésbicas, em fevereiro de 1998. Também nesse país, até o início deste ano os parceiros não podiam adotar, nem mesmo as lésbicas podiam recorrer à inseminação artificial.²⁷⁹

No Brasil, com o objetivo de disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a então Deputada Federal Marta Suplicy, em 1995, apresentou o Projeto de Lei 1.151. Salientando os principais pontos do projeto, a própria autora afirma que propõe o direito à herança; sucessão; benefícios previdenciários; seguro saúde conjunto; declaração conjunta do imposto de renda; direito à nacionalidade no caso de estrangeiros que tenham como parceiro cidadã ou cidadão brasileiro; e renda conjunta para a compra de imóvel. Afirma, também, que o projeto não propõe dar *status* de casamento ao contrato de parceria civil registrada; usar sobrenome do outro; mudar o estado civil durante a vigência do contrato; constituir família; adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.²⁸⁰

Por sugestão de Luiz Edson Fachin - em depoimento junto à Comissão Especial na Câmara dos Deputados para apreciar o referido projeto -, o termo 'união' foi substituído por 'parceria', entendido como mais adequado. No tocante às uniões homossexuais, o mencionado jurista defende, com propriedade, que o direito personalíssimo à orientação sexual, extraído do

²⁷⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União ...* Obra citada, pp. 145/146.

²⁷⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União ...* Obra citada, p. 146.

²⁸⁰ Câmara dos Deputados, Gabinete 360, Anexo IV, endereço eletrônico: <http://www.solar.com.br/~msuplicy>.

texto constitucional que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º), a inviolabilidade da intimidade e a vida privada (art. 5.º, X), não permite “a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado”.²⁸¹

Entretanto, ao contrário do que se poderia pensar, afirmar que a união entre homossexuais não constitui entidade familiar na acepção jurídica, está longe de significar repúdio e discriminação pela orientação sexual dos envolvidos. A questão exige, além da interpretação do texto constitucional (art. 226, parágrafo 3.º) e da Lei que o regulamenta (Lei 9.278/96, art. 1.º), uma reflexão quanto às conseqüências psicológicas de um eventual estabelecimento de filiação nessas uniões.

É possível que na união homossexual haja filhos havidos de relacionamentos anteriores ou de adoção realizada por apenas um deles - Lei 8.069/90 (ECA), art. 42, *caput* -, hipóteses em que cada um e sua prole integram a entidade familiar definida na Constituição Federal (art. 226, parágrafo 4.º). Mas vale questionar, que efeitos teria sobre a criança o ambiente doméstico homossexual, na hipótese de adoção conjunta pelos parceiros, ainda não admitida em nosso ordenamento jurídico.

Ressalte-se que dos três países apontados, onde foi legalizado o registro da parceria homossexual, dois não admitem o estabelecimento conjunto da filiação - Dinamarca e Holanda -, e mesmo no Brasil, o Projeto de Lei 1.151/95, que não se propõe a reconhecer como família o contrato registrado de parceria civil registrada, não admite a “adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros” (art. 3.º, parágrafo 2.º, do Substitutivo)²⁸².

²⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997, pp. 114/115.

²⁸² “Tal providência foi importante para que se evitem traumas de caráter psíquico, principalmente para que não surjam na sociedade filhos, ou crianças ou adolescentes, que se mostrem só com pais ou só com mães.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União ...* Obra citada, p. 154.)

Isso certamente não é fruto de preconceito ou discriminação. É verdade que o preconceito contra o homossexualismo existe e provém, quase sempre, das religiões. Na concepção bíblica, toda relação sexual deveria dirigir-se à procriação. Hoje essa idéia não prevalece, mas a concepção antropológica de família ainda pressupõe as figuras de pai e de mãe.²⁸³

Na Psicologia, a homossexualidade é tratada não como doença, mas como distúrbio de identidade. Note-se que o sufixo *ismo*, que significa doença, foi substituído por *dade*, que significa modo de ser. É vista a homossexualidade, não como uma opção livre, mas como consequência de um determinismo psicológico primitivo, originado nas relações parentais desde a concepção até os três ou quatro anos, idade em que se forma a identidade sexual na personalidade do indivíduo. Como fruto de um determinismo psíquico, certamente não pode ser objeto de marginalização.²⁸⁴

Mas essa constatação na área da Psicologia só vem reforçar a idéia de que a valorização da conduta afetiva da pessoa e o direito personalíssimo à opção sexual - que sempre merecerá respeito e não discriminação ou repúdio -, não podem vir a prejudicar a formação da personalidade de crianças e adolescentes, inseridos num contexto familiar cujos valores ainda não conseguem distinguir.²⁸⁵

A questão sobre a adoção conjunta por homossexuais é polêmica. Há quem afirme que

²⁸³ “A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher o de mãe, em face dos filhos. Parceiros do mesmo sexo, dois homens ou duas mulheres, jamais oferecem esta conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis distintos envolvem.” (CZAJKOWSKI, Rainer. *União... Obra citada*, p. 172.)

²⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000, p. 163.

²⁸⁵ Defendendo a impossibilidade de adoção por parceiros homossexuais: “Esta visão não decorre de nenhuma impressão preconceituosa sobre a qualidade ou moralidade das relações sexuais que os adotantes manteriam; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor.” (BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo : LTr, 2000, p. 55.)

o Estatuto da Criança e do Adolescente não a proíbe, pois permite a adoção por maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil (Lei 8.069/90, art. 42), nada estabelecendo quanto à sexualidade. Deveria prevalecer, assim, o disposto no art. 43 do Estatuto, que prevê o deferimento da adoção quando apresentar reais vantagens para o adotado, considerando o enorme contingente de menores abandonados em nosso país.²⁸⁶

Não pode ser, no entanto, um problema social que de outras formas deve ser solucionado, o motivo a justificar a permissão legal à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo. Outras soluções devem ser encontradas para permitir às crianças brasileiras uma vida digna, que não afetem, no aspecto psicológico, a determinação de sua orientação sexual.

Ademais, no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente existe a previsão de que “não se dará a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.”²⁸⁷ Essa objeção compromete até mesmo o deferimento da adoção por apenas um dos parceiros, quando configurada a união.²⁸⁸ Independentemente de ser estabelecida conjuntamente a filiação pelo vínculo da adoção, seria extremamente difícil proporcionar ao adotado referencial de pai e de mãe, indispensáveis à sua formação psíquica e ao seu desenvolvimento sócio-afetivo, num contexto familiar onde existem dois pais ou duas mães.

É certo que prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a união - matrimonializada ou não - entre homem e mulher mereça a proteção do Estado como entidade

²⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 165.

²⁸⁷ “Ambiente familiar adequado pode ser entendido como o propício a favorecer o desenvolvimento físico, mental, moral espiritual e social da criança ou adolescente, em condições de liberdade e dignidade (art. 3º).” (CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

²⁸⁸ Sobre a eventual adoção por um dos integrantes da união homossexual: “Muito embora não haja nenhum impedimento legal, entendemos que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotado teria um referencial desvirtuado do papel de pai e mãe, além de problemas sociais de convivência em razão do preconceito, condenação e represália por parte de terceiros, acarretando um risco ao bem-estar psicológico do adotado que não se pode ignorar.” (BRITO, Fernanda de Almeida. Obra citada, p. 55.)

familiar. Mas a idéia de se estabelecer o vínculo da filiação - por consangüinidade ou por adoção - estará sempre presente nos modelos familiares, ainda que potencialmente. Precisamente por isso, a união civil entre pessoas do mesmo sexo - onde a idéia de procriação não existe, nem mesmo potencial - é matéria que não se insere no Direito de Família, devendo as questões dela decorrentes receber solução no âmbito do direito obrigacional.²⁸⁹

Essa conclusão não significa admitir, em momento algum, tratamento discriminatório aos homossexuais, por parte da sociedade e principalmente do Estado, que deve promover o bem de todos, independentemente da orientação sexual (CF, art. 3.º, IV)²⁹⁰.

Acertadamente, portanto, o Projeto de Lei 1.151/95, no art. 9.º do Substitutivo, prevê que “o bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei n.º 8.009/90, de 29 de março de 1990.” Ainda que não constitua, com o parceiro, entidade familiar, o homossexual faz jus à garantia de habitabilidade legalmente instituída, em respeito ao princípio da isonomia e em atenção à proibição de tratamento discriminatório em razão da orientação sexual.²⁹¹

Assim, no tocante à impenhorabilidade legal, o devedor homossexual pode ser atingido pelo benefício da Lei 8.009/90, quando constituir com seus filhos uma família monoparental, ou na mesma medida em que o devedor solitário dele possa se valer.

²⁸⁹ Em sentido contrário, a polêmica decisão: “Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais.” (TJRS, Ag. 599075496, 8ª Câm., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julg. em 17.06.1999, *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, vol. 26, n.º 77, p. 601.)

²⁹⁰ CF, art. 3.º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²⁹¹ Em sentido contrário, a posição de Álvaro Villaça Azevedo: “Como resta evidente, tal dispositivo de pré-legislação desvirtua a lei analisada, pois na parceria civil registrada não existe intuito de constituição de família, não existe lar, o que impede que exista o bem de família. Entretanto, se tal dispositivo vingar, teremos aí uma exceção, em completa dissonância com a Lei 8.009/90. Sim, porque o bem de família só pode existir no âmbito desta.” (*União ...* Obra citada, p. 157.)

Capítulo 4

A INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.009/90

Geralmente definido como a sociedade politicamente organizada, o Estado atua através dos três poderes, que exercem suas funções básicas - legislativa, executiva e jurisdicional -, entre os quais deve reinar harmonia e independência. O poder político, então, se manifesta mediante suas funções, exercidas e cumpridas pelos órgãos estatais.

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas e impessoais; a executiva na resolução de problemas concretos e individualizados, em conformidade com as leis, bem como na realização de atribuições políticas, co-legislativas, de decisão e administração (incluindo as missões de intervenção, fomento e serviço público); e a jurisdicional, que tem por objeto aplicar o Direito aos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse.²⁹²

Há que se distinguir, a propósito, a 'divisão de funções do poder' com a 'separação de poderes', necessariamente conexas. Na lição de José Afonso da Silva, a distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais em razão de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem - sempre haverá, nessa ótica, distinção de funções, mesmo que concentradas num órgão apenas -; a separação ou divisão de poderes consiste em atribuir cada uma das funções estatais a órgãos diferentes, que adotam os nomes das respectivas funções (à

²⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 112.

exceção do Judiciário, que não é designado Poder Jurisdicional). Se, ao contrário, as funções fossem exercidas por um único órgão, haveria 'concentração' e não 'separação' de poderes.²⁹³

Diga-se, ainda, que além da especialização funcional - onde cada órgão é especializado no exercício de uma função -, outro elemento vem fundamentar a separação de poderes, qual seja, a necessidade de cada órgão manter sua independência orgânica. Significa que os respectivos poderes exercem de forma independente as funções legislativa, executiva e jurisdicional, não se podendo falar em meios de subordinação entre eles.²⁹⁴

Independentes e harmônicos, esses poderes, na realização de seus ideais, têm como primeira finalidade a dignidade da pessoa humana, e garantem, nesse contexto, os direitos fundamentais constitucionalmente definidos.

Na base da sociedade, como se sabe, está a família, núcleo de formação e desenvolvimento do indivíduo. O ser humano deve estar, portanto, acima de quaisquer outros interesses do Estado. Forçoso reconhecer, assim, que havendo falha ou lacuna no cumprimento de uma das funções estatais, outra função deverá ser desempenhada - normalmente a jurisdicional -, pronta a restaurar o direito violado e a assegurar à sociedade a efetiva realização dos direitos fundamentais.

Ainda que nem toda justiça emane da lei, e que possam existir situações legalmente amparadas mas absolutamente injustas - como foi a escravidão, por exemplo -, a preocupação com o justo, com o fazer imperar a justiça, está tão intimamente ligada à natureza da lei, que a idéia de lei e de justiça parecem ser indissociáveis.

No Brasil, há pouco mais de uma década, o Estado reconhecia o fracasso das medidas econômicas adotadas, assistia ao desmoronamento dos planos econômicos que não podiam conter uma inflação próxima de cem por cento ao mês, e à ruína de muitos devedores que não

²⁹³ Idem, *ibidem*.

²⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Obra citada*, p. 113.

podiam honrar os compromissos assumidos em razão desses índices absurdos repassados pelos bancos e outras instituições financeiras, bem como pelas pessoas jurídicas de direito público na cobrança de seus créditos.

Precisamente em 08 de março de 1990, ao final do governo de José Sarney, editou-se a Medida Provisória 143/90, adotando-se, assim, uma medida justa, de indiscutível alcance social, que trouxe grande benefício à população, altamente exigido pelas circunstâncias da época. A medida adotada, relevante e urgente diante da ameaça à estabilidade social, pretendeu assegurar a dignidade da pessoa humana - como observa Carlos Gonçalves - "atingida naquilo que representa o anseio geral: a casa de moradia".²⁹⁵

Diminuiu sensivelmente, com a adoção de tal medida, a angústia dos devedores envolvidos em compromissos quase impossíveis de serem solvidos, e o restabelecimento da tranquilidade e do equilíbrio emocional permitiu que novas propostas fossem formuladas junto aos credores, acomodando as situações antes desesperadoras, e ensejando novas negociações para o pagamento das dívidas.

Reconhecendo estar o Presidente da República diante da situação exigida pelo art. 62 da Constituição Federal²⁹⁶, o Congresso Nacional ratificou a Medida Provisória 143/90, transformando-a na Lei 8.009/90, que a despeito de sua aparente simplicidade tem gerado, ainda hoje, muita polêmica quanto à sua aplicação, causando grandes decepções àqueles que esperam livrar a casa de moradia da constrição judicial.

A exposição de motivos que acompanhou a Medida Provisória 143/90, redigida pelo então Ministro da Justiça Saulo Ramos, deixa claro que a instituição legal do bem de família,

²⁹⁵ GONÇALVES, Carlos. Obra citada, p. 61.

²⁹⁶ CF, art. 62: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias."

ao lado da já existente instituição voluntária, viria a beneficiar milhares de famílias atingidas pelas dívidas absurdamente crescidas, sob a completa imprevisibilidade.

Na justificativa da relevância e urgência, são trazidas, basicamente, as seguintes observações: “estende-se à toda a população a proteção legal que, hoje, somente os mais ricos ou os que são melhores informados conseguem obter pelo registro voluntário, que a maioria dos brasileiros desconhece ou não consegue obter pelos conhecidos embaraços burocráticos do registro especial”; e, “em decorrência da inflação e cumulação de juros, centenas de milhares de famílias estão com suas residências ou moradias ameaçadas de execução, ou já em processo executório, para pagar dívidas contraídas no atual sistema financeiro voraz e socialmente injusto, em operações que, por insucesso ou impenhorabilidade (?), arrastam à ruína todos os bens dos devedores, inclusive o teto que abriga o cônjuge e os filhos.”

Percebe-se, assim, que a medida teve como principal objetivo proteger a moradia, o direito de habitação em condições dignas para todos os indivíduos, e só indiretamente a família do devedor. As situações calamitosas advindas da miserabilidade atingem também pessoas solitárias, que podem, inclusive, ver comprometida a moradia da futura entidade familiar, ainda não constituída.

Nessa ordem de idéias, evidencia-se que objetivo da Lei 8.009/90, de salvaguardar o imóvel residencial do devedor, só poderá ser plenamente atingido se for reconhecida a sua finalidade social, seu caráter de ordem pública como norma processual que atende às exigências do bem comum, e não como norma de Direito de Família, que existe para regular as relações familiares.

A preocupação com os familiares do devedor, que não contraíram a dívida - e, por isso, merecedores da proteção instituída -, não foi, como visto, a principal inspiração para a edição da medida relevante e urgente que previu a impenhorabilidade do imóvel residencial familiar. A imprevisibilidade do absurdo crescimento das dívidas contraídas e a ameaça de levar à ruína

peças impotentes diante da impossibilidade de honrar seus compromissos, não atingem exclusivamente as pessoas integradas nos modelos familiares reconhecidos pelo Direito de Família, mas todos os indivíduos, indistintamente.

Perder a própria casa, em decorrência da penúria a que foi conduzida a população brasileira, causada pela legislação que legitimou desastrosos planos econômicos, é situação geradora de instabilidade, não apenas no âmbito familiar, mas em toda a sociedade. De qualquer modo, a impenhorabilidade da residência familiar é matéria que, tanto quanto as relativas ao Direito de Família, exige apreciação também na esfera sociológica.

Na lição de Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, a real característica do instituto do bem de família encontra-se “na inviolabilidade, ou na intocabilidade do lar”.²⁹⁷ Assim, instituindo a proteção especialmente dirigida à casa de moradia, a Lei 8.009/90 permite que o indivíduo cultive a idéia de “tornar-se proprietário da casa em que habita”²⁹⁸, bem como de poder mantê-la e conservá-la a despeito das crises econômicas que assolam o país.²⁹⁹

Daí a constante preocupação do intérprete, na aplicação desse diploma legal, em nortear-se pelo fim social a que ele se dirige, não se afastando dos motivos relevantes e urgentes que levaram o legislador a instituir o benefício da impenhorabilidade legal, mas sempre enfocando modernamente o instituto, consideradas as transformações sociais ocorridas desde então.

A. Conseqüências de uma interpretação literal

²⁹⁷ NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Obra citada, p. 8.

²⁹⁸ BUTERA, Antonio (*La comproprietà di case per piani*), citado por Carlos Gonçalves, obra citada, p. 21.

²⁹⁹ Saulo Ramos, no prefácio à 3ª edição da obra de Carlos Gonçalves, observa: “o homem sempre concebeu formas de defender o local de habitação da família, defendê-lo da invasão, da perda ou da destruição. E o Direito foi, ao longo do tempo, encontrando meios de concretizar todos os tipos de defesa, da família e de seus bens, compatível com a civilização jurídica de cada época.” (Obra citada, p.35.)

A melhor exegese no tocante à aplicação da Lei 8.009/90, não é, indiscutivelmente, levá-la 'ao pé da letra'. Se assim fosse, seria implantada verdadeira insegurança nas relações jurídicas no que tange ao direito obrigacional. Em primeiro lugar, porque o referido diploma legal, como visto, refere-se simplesmente a imóvel que serve de residência e a móveis que o guarnecem, sem distinguir em momento algum o imóvel e os móveis estritamente necessários a permitir um mínimo conforto, de uma luxuosa residência repleta de bens supérfluos.

Do mesmo modo, interpretando-se textualmente a referida lei, chega-se à equivocada conclusão de que pessoas solteiras, divorciadas ou separadas judicialmente, que residam sozinhas, não são merecedoras da proteção que tem em vista a dignidade humana, não tendo, assim, igualmente garantido o seu direito de habitação.

Difícil entender a finalidade social de uma lei que, primeiro, não se preocupa em distinguir um simples casebre de uma mansão luxuosa e, segundo, exclui do benefício que concede, pessoas solitárias. Evidente que não há qualquer justificativa para a distinção legal entre pessoas que se encontram em situações iguais; pessoas solitárias estão à mercê de dificuldades sociais e econômicas tanto quanto aquelas que têm alguém ao seu lado.

Lembre-se, também, que a redação deficiente do art. 6.º - que determinou o cancelamento das execuções suspensas pela Medida Provisória 143 - gerou grande polêmica quanto ao alcance da Lei 8.009/90, porque a interpretação literal e gramatical do dispositivo conduzia ao reconhecimento de afronta à garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, atingindo-se o próprio crédito do exequente.

Embora extremamente falha do ponto de vista técnico, a Lei 8.009/90 não chega a ser inconstitucional, pois somente ampliou um benefício já existente - o bem de família voluntário - e não instituiu a impenhorabilidade geral do patrimônio do devedor.³⁰⁰ Não violou o princípio

³⁰⁰ Nesse sentido: "Absolutamente, não se pode ver na lei da impenhorabilidade a proteção do inadimplente e um incentivo ao calote, porque tão só o patrimônio mínimo do indivíduo é que não se pode penhorar e, por isso

da responsabilidade patrimonial do devedor, mas criou restrições - de maior alcance social - além das já previstas no estatuto processual. Para afastar conclusões equivocadas, portanto, a referida lei exige interpretação condizente com a realidade social, com seus próprios objetivos humanitários e, sobretudo, com as últimas transformações verificadas na estrutura do organismo familiar. ③

Outro ponto amplamente discutido, gerador de grande controvérsia em razão do tratamento desigual conferido a situações iguais, é o das exceções à impenhorabilidade do bem de família, estabelecidas na própria Lei 8.009/90, no artigo 3.º.

Tais exceções - já referidas no Capítulo 2 - flagrantemente desiguam situações idênticas em sua origem. Difícil aceitar, por exemplo, que a garantia de impenhorabilidade seja perdida em decorrência de créditos trabalhistas de empregados da própria residência e não de qualquer crédito trabalhista (art. 3.º, I). Considerar que demais funcionários do proprietário do imóvel não têm os mesmos direitos que os empregados de sua residência constitui verdadeira violação ao princípio constitucional da isonomia.

A justificativa de que a atividade dos trabalhadores domésticos resulta em valorização do próprio imóvel residencial é, no mínimo, questionável. É certo que aqueles que prestam serviços de natureza eventual, sem vínculo empregatício, no âmbito da residência, bem como os credores por materiais de construção ou por serviços relativos à edificação, também introduzem benfeitorias ou contribuem para a conservação do imóvel residencial.

Também inadequada é a hipótese incluída pela Lei n.º 8.245/91, pela qual o imóvel residencial próprio, destinado à moradia do fiador e de sua família, pode ser objeto de penhora em execução por dívida relativa à fiança locatícia (art. 3.º, VII). O fiador é escancaradamente discriminado, colocado em situação inferior frente ao próprio afiançado. Lembre-se, ainda, que

não responderá, aquela parcela de bens, por suas dívidas: a casa de moradia e os móveis, e equipamentos que a guarnecem, salvo, apenas, as exceções legais." (GONÇALVES, Carlos. Obra citada, p. 137.)

numa eventual ação regressiva do fiador contra o locatário, este está amparado pela impenhorabilidade legal do bem de família, enquanto aquele que honrou a garantia foi expressamente excluído desse benefício.

Veja-se, por fim, a exceção prevista para a execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens (art. 3.º, VI), que não exclui a oposição da impenhorabilidade legal nas execuções de indenização por ilícito civil.

Essas questões - aqui postas de forma exemplificativa - vêm demonstrar que, em muitos aspectos, a lei que instituiu a impenhorabilidade legal do bem de família não comporta uma interpretação textual, certamente geradora de terríveis injustiças, pelo desvio de seu verdadeiro sentido e de sua preponderante função social.

B. A melhor exegese

A instituição do benefício da impenhorabilidade legal, como dito linhas acima, a despeito das impropriedades no tocante à técnica legislativa, veio preservar muitos dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos e declarados.³⁰¹ As falhas de redação ficam num plano secundário se considerada a finalidade principal do instituto, de proteger a casa de moradia, garantindo, assim, condições dignas de habitabilidade.

É imprescindível, por isso, que o intérprete busque - como estabelece a regra do art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil³⁰² - o verdadeiro sentido da Lei 8.009/90, os efeitos por ela pretendidos, as situações que estão sob o seu alcance e o que o legislador procurou

³⁰¹ “Os direitos fundamentais referentes à propriedade estão num plano intermediário entre os que concernem à liberdade e os que dizem respeito à segurança, já que ela ao mesmo tempo toca a uma e outra. De fato, ela é instrumento da liberdade e garantia de segurança, na medida em que torna possível ao indivíduo realizar o que quer, e o resguarda contra a necessidade e a incerteza do amanhã.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., São Paulo : Saraiva, 1990, p. 263.)

³⁰² LICC, art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

disciplinar. Exige-se, desse modo, uma interpretação teleológica, ou finalística, buscando-se sempre os fins a que a norma se dirige.³⁰³

Na aplicação de toda e qualquer norma jurídica, o intérprete deverá atender aos fins sociais a que ela se destina. Esses fins sociais, vale dizer, não devem ser aqueles encontrados subjetivamente pelo intérprete, em si mesmo, tampouco aqueles atribuídos ao legislador, pessoalmente considerado. Mas, ao contrário, devem ser aqueles que traduzam os interesses da sociedade, os valores a serem preservados em conformidade com a democracia social, base de nossa Constituição.³⁰⁴

Quanto ao outro comando do art. 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil - a observância às exigências do bem comum -, deve-se ressaltar seu objetivo político, e sua derivação da norma constitucional. O bem comum, entendido como objetivo fundamental do Estado de Direito (CF, art. 3.º, IV)³⁰⁵, deve ser a base de todo o sistema jurídico, presente tanto no momento da elaboração legislativa, quanto no momento da aplicação da norma jurídica.

A razão das leis, bem como sua interpretação e aplicação, longe de representarem o pensamento individual do legislador ou do intérprete, devem estar apoiadas na ideologia do sistema constitucional. Preocupação democrática, o bem comum resulta da concepção segundo

³⁰³ Nesse sentido, veja-se decisão que, após ressaltar a necessidade de interpretação teleológica da Lei 8.009/90, conclui pela não incidência da impenhorabilidade na execução de sentença que condenou à indenização por ato ilícito: "Desde que o aplicador da norma constata no caso concreto que o seu conteúdo é injusto e sua incidência se coloca em choque com a finalidade social que toda lei deve ter, imperiosa é a interpretação do texto, a fim de que se verifiquem as razões que determinaram sua edição, as circunstâncias específicas em que foi concebida e a finalidade de sua aplicação." (TJPR, Ag. 24102100, 1ª Câmara, Rel. Des. Oto Sponholz, julg. em 10.11.1992.)

³⁰⁴ COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1992, p. 32.

³⁰⁵ CF, art. 3º: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

a qual a lei não promulgada para o bem da sociedade não é verdadeiramente lei, mas ato de tirania.³⁰⁶

Os fins sociais e o bem comum devem ser alcançados, em qualquer circunstância, pela lei ou, ao menos, por sua aplicação. Sempre que a lei, da forma como foi redigida, não atender a esses objetivos, cabe ao intérprete buscá-los, no processo de interpretação, a fim de não desvirtuar seu verdadeiro sentido.

Na lei sob exame, a exegese teleológica assume especial relevância como processo de interpretação, pois o benefício legalmente instituído atendeu às exigências urgentes da população, disciplinando situações que punham em risco as relações sociais e comprometiam gravemente o setor habitacional num momento difícil da economia brasileira, o qual ainda perdura, mesmo que em proporções menos drásticas.

Convém, sob esse prisma, trazer algumas lições no tocante à interpretação das normas jurídicas em geral, que enfatizam a necessidade de avaliação dos fatos e valores que originaram a sua edição, bem como dos fatos e valores supervenientes.

Segundo Carlos Maximiliano, quando a interpretação pelos processos tradicionais conduzir à injustiça flagrante, quando houver incoerências e contradições do legislador, impossibilidades ou absurdos, “deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade”³⁰⁷.

Prossegue, o autor, afirmando que ao intérprete não cabe tão somente traduzir em linguagem clara o que o autor disse explícita e conscientemente, mas também esforçar-se por

³⁰⁶ Nessa ordem de idéias, Célio Silva Costa lembra a lição de São Tomás de Aquino, para quem as leis injustas não constituem leis, mas corrupções de leis. Lembra, também, a lição de Kelsen, para quem “a lei ordinária é determinada, em seu conteúdo e em seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva, representando, em última análise, mera aplicação dos preceitos constitucionais.” (Obra citada, p. 35.)

³⁰⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 10ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1988, p. 166.

entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu - ou presumivelmente quis instituir ou regular, e não fez nos devidos termos -, "por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante."³⁰⁸

Para Limongi França, hermenêutica e interpretação não podem se restringir aos estritos termos da lei, pois as leis - assim como as demais formas de que o direito se reveste - contêm limitações para bem exprimir o direito. Afirma que, tanto a hermenêutica como a interpretação, devem estar voltadas para o direito que a lei exprime, e esforçar-se no sentido de alcançar aquilo que, algumas vezes, o legislador não manifesta com a necessária clareza e segurança.³⁰⁹

Afirmando que a resistência às leis injustas deve começar pelos juízes, e que a norma jurídica é "um ser autônomo que envolve um sentido axiológico", Luiz Fernando Coelho ressalta que a primeira tarefa do juiz será, de modo sereno e equilibrado, captar a valoração independente da norma, valendo-se dos processos comuns de interpretação (todos válidos desde que associados); mas essa captação se integra com a análise que ele faz do caso concreto, quando resplandece sua mais importante missão: fazer Justiça!³¹⁰

Ao ressaltar a conexão de cada norma processual com o complexo do sistema jurídico, Alípio Silveira ensina que nenhum outro dos ramos do Direito é mais dominado por princípios generalíssimos do que o Direito Processual. Para ele, o estudo desses princípios é uma exigência cotidiana da interpretação das leis processuais; seu conhecimento serve para determinar o caráter das normas, para estabelecer se ela traduz aplicação ou desvio do

³⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. Obra citada, p. 167.

³⁰⁹ FRANÇA, R. Limongi. *Elementos de hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 22.

³¹⁰ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1979, p. 227.

princípio, e, assim, se “serve para preencher as lacunas e prover aos silêncios da lei, a esclarecer-lhe enfim a expressão ambígua ou obscura.”³¹¹

Precisamente sobre a lei em questão, Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, analisando os fundamentos sócio-jurídicos do bem de família, esclarece que a interpretação teleológica, ou finalística, do instituto leva à conclusão de que o caráter sociológico que inspirou o legislador visa a albergar e pôr a salvo o direito à moradia, mesmo nas hipóteses onde o devedor é solteiro, separado, divorciado ou viúvo, devendo ser preservada a residência com a potencialidade de um bem de família, para que seja protegida a entidade familiar – que pode ser futura e eventualmente constituída -, principalmente num país com tão alto déficit de moradias.³¹²

Ressalte-se, aqui, que os aplicadores da lei - em especial da Lei 8.009/90, que não comporta uma interpretação textual - não podem perder de vista as valorações positivas sobre as quais a norma de fato se inspira, e aplicar esses mesmos valores ao caso concreto.³¹³ Somente assim estarão atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, para se fazer justiça no caso singular.³¹⁴

Considerando que o sentido social da Lei 8.009/90 é garantir um teto para cada pessoa³¹⁵, é preciso reconhecer que, em determinadas situações, é absolutamente necessário

³¹¹ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica do direito brasileiro*, vol. 2. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968, pp. 339/400.

³¹² NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. *Fundamentos sócio-jurídicos do bem de família (Lei 8.009/90)*, RT 691/7, pp. 8/9.

³¹³ SILVEIRA, Alípio. *O papel do juiz na aplicação da lei*, Ed. Universitária de Direito, 1977, p. 25.

³¹⁴ Referindo-se à equivocada redação do art. 6º da Lei 8.009/90 e ressaltando a deficiência de uma interpretação textual: “averiguada a desconexão entre a redação da lei e a *mens legislatoris*, prepondera esta sobre a eventual atecnia ou erronia.” (TJSC, Ap. 34.458, 3ª Câmara, Rel. Des. Eder Graf, julg. em 25.09.1990, DJESC, 21.11.90, p. 06.)

³¹⁵ Nesse sentido, a seguinte decisão: “Em interpretação teleológica do Diploma Legal acima invocado têm decidido os melhores Tribunais do País que o sentido social das normas ali postas é garantir a cada pessoa um teto. De conseqüência no contexto da palavra ‘família’ estaria a instituição social de pessoas que se agrupam, seja por laços de casamento, união estável ou descendência, seja o parentesco civil ou natural. Assim, tanto a

que o juiz extrapole os limites impostos pelo legislador, valendo-se do ordenamento jurídico amplamente considerado, sempre com a preocupação de proferir decisões justas. Ao invés de lamentar a injustiça contida na lei, cabe ao julgador interpretá-la em conformidade com as transformações sociais e com a justiça que se aspira.

C. A solução à luz do ordenamento jurídico amplamente considerado

Ao se examinar o instituto do bem de família legal não há como enfocá-lo somente como proteção a este ou aquele modelo de entidade familiar, nem mesmo como proteção à família do devedor por não ter sido ela quem diretamente contraiu a dívida. Longe de ser um instituto que interessa tão somente ao Direito de Família, o bem de família deve ser examinado como integrante de um sistema de normas, levando-se em conta, principalmente, a necessidade de um estudo interdisciplinar da matéria.

É preciso que sejam consideradas, no estudo do bem de família, as noções de propriedade e de responsabilidade patrimonial - com as exceções que lhe são próprias -, de inadimplemento e dos correspondentes meios executórios. É essencial, também, que não se afaste do perfil econômico conferido ao instituto, que conduz à análise das relações entre credores e devedores, considerando, de um lado, a garantia patrimonial do credor e, de outro, as conseqüências da expropriação forçada no âmbito social, na medida em que atingir o direito à moradia constitucionalmente assegurado.³¹⁶

família substitutiva, como o solteiro, o viúvo, o separado ou divorciado, estariam a merecer a proteção daquele comando onde limites são impostos à regra draconiana que estabelece a responsabilidade do patrimônio do devedor por suas obrigações patrimoniais." (TJDF, Ag. 1999.00.2.003655-6, 1ª Turma Cível, Rel. Desª. Vera Andrichi, julg. em 28.02.2000.)

³¹⁶ CF, art. 5º: "(...) XXII- é garantido o direito de propriedade; XXIII- a propriedade atenderá a sua função social". Veja-se, também, quanto à competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: CF, art. 23, IX: "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico."

A necessidade de uma análise interdisciplinar do bem de família legal - instituto processual com reflexos no Direito Obrigacional, nas relações familiares e sociais de modo geral - deve-se, fundamentalmente, à interdependência com o Direito Constitucional, que contém o “fundamento principiológico” para a sua criação. A preservação do direito à moradia em oposição à expropriação patrimonial por dívidas parte, essencialmente, “da observação a um princípio de dignidades do indivíduo”.³¹⁷

À Constituição, como se sabe, uma vez abandonadas as concepções de direito “sobrenatural” - de origem divina - e de “naturalidade” do direito, cabe fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, os valores fundamentais que integram esse ordenamento quando inscritos no texto constitucional.³¹⁸

Da Constituição espera-se, hoje, que assegure o bem estar individual e coletivo através do estabelecimento de princípios que conduzam a atividade estatal, em benefício da sociedade. Mais do que simples regras jurídicas - caracterizadas como a tipificação de um fato a que se atribui uma qualificação prescritiva amparada numa sanção -, os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição devem ser entendidos, na lição de Willis Santiago Guerra Filho, “como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis.”³¹⁹

Os princípios fundamentais apontam, assim, a direção que se deve seguir para solucionar os conflitos surgidos nas diferentes áreas do Direito, quando a respectiva disciplina jurídica não contém regras que os resolvam satisfatoriamente. Ainda que a aplicação das regras jurídicas próprias de cada situação exija menor esforço por parte dos operadores do Direito -

³¹⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Bem de família: uma análise contemporânea. *RT* 770/23, p. 24.

³¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. [Coord. Willis Santiago Guerra Filho] Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

³¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Obra citada, p. 17.

que simplesmente constata a identidade do fato ocorrido com aquele por elas previsto -, não raro a discussão reside mais em valores do que em fatos, fazendo-se necessária a aplicação dos princípios.³²⁰

Não é sem propósito lembrar, nesse ponto, que nem sempre os princípios foram entendidos como normas, especialmente como o centro de todo o sistema normativo. A juridicidade dos princípios, como ensina Paulo Bonavides, passa por três fases distintas, quais sejam, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios assumiam uma dimensão ético-valorativa, constituindo apenas a inspiração dos postulados de justiça, de pouca ou nenhuma normatividade.³²¹

Essa primeira fase dominou a dogmática dos princípios até o advento da Escola Histórica do Direito, dando lugar à fase positivista (cujo momento culminante se deu por volta de 1880), caracterizada pela extrema confiança nas leis, num verdadeiro “culto da autoridade e dos Códigos”, onde se pregava ser possível manter-se dentro do ordenamento jurídico estatal, de onde analogicamente se poderiam obter os princípios. Nas primeiras décadas do século XX, destaca-se a posição de Del Vecchio - rompendo-se o domínio absoluto do positivismo no tocante à teoria dos princípios -, que indagava se os princípios gerais do Direito estariam dentro ou fora do sistema.³²²

Também Norberto Bobbio, em 1920, reavaliava a dogmática dos princípios com indiscutível inspiração jusnaturalista. Para o filósofo do Direito, os princípios gerais são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema”, pois se são normas aquelas das quais os

³²⁰ Ressaltando, nessa ótica, a relevância do Direito Processual: “na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, cresce também a importância daquele ramo do direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Obra citada, p. 18.)

³²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 232.

³²² BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 233.

princípios são extraídos pelo procedimento de generalização, também estes devem ser considerados normas; num outro argumento, a função para a qual são abstraídos e adotados, é a mesma de todas as normas, ou seja, regular um caso.³²³

A fase do pós-positivismo corresponde aos momentos constituintes das últimas décadas do Século XX. Os princípios passaram a ser entendidos e tratados como base normativa sobre a qual são edificados os sistemas constitucionais. Reconheceu-se, aí, a possibilidade de que tanto o conjunto de princípios quanto uma regra positivada, podem impor obrigações legais.³²⁴ Houve, entretanto, mesmo nessa época, quem negasse a própria existência dos princípios, porque incompatíveis com a segurança jurídica, pela dificuldade em determiná-los, ou por carecerem de força jurídica.³²⁵

Hoje os princípios são efetivamente normas jurídicas, sendo incontestável que as normas compreendem igualmente princípios e regras (as normas são o gênero e as regras e princípios as espécies).³²⁶ Ao lado da generalidade, outra característica tem sido atribuída aos princípios: a fecundidade. A idéia de fecundidade - acrescentada por Domenico Farias - evidencia que “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”. Esclarece, o mesmo autor, que da fecundidade se inferem duas funções primordiais dos princípios - a

³²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, in BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 236.

³²⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, in BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 238.

³²⁵ Idem, *ibidem*.

³²⁶ Afirmando estar superada a distinção que se fazia entre princípio e norma, Luís Roberto Barroso ensina: “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 141.)

interpretativa e a integrativa -, pelas quais eles orientam a interpretação das leis obscuras ou servem para suprir-lhes o silêncio.³²⁷

A partir dessas funções, os princípios são elevados ao mais alto grau na esfera do Direito Positivo - o grau constitucional -, tornando-se as normas supremas do ordenamento jurídico, ainda que o processo de constitucionalização dos princípios compreenda uma fase programática - de mínima normatividade e de aplicabilidade diferida - e outra não programática, esta sim caracterizada pela objetividade, pela normatividade máxima e aplicação direta e imediata.³²⁸

Depois que a normatividade dos princípios foi proclamada e reconhecida pela doutrina moderna, ela passa dos Códigos - onde os princípios gerais eram meras fontes destinadas a suprir lacunas - às Constituições, que reúnem todos os fundamentos da ordem jurídica, traduzidos nos princípios constitucionais.

Os princípios constitucionais, na lição de Luís Roberto Barroso, são a “síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”, são as premissas básicas de um dado ordenamento jurídico, que indicam “o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”.³²⁹ Citando Gordillo Cañas - para quem a Constituição é o “*alfa e omega*” da ordem jurídica -, Paulo Bonavides ensina que os princípios constitucionais são “o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema”.³³⁰

No tocante à aplicação da impenhorabilidade legal do bem de família, a despeito da origem do instituto que, como visto, surgiu pela necessidade de colonização no sul dos

³²⁷ FARIAS, Domenico. *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, in BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 246.

³²⁸ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 246.

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, pp. 142/143.

³³⁰ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 261.

Estados Unidos, e só mais tarde adquiriu importância social, não se pode perder de vista a finalidade de assegurar a manutenção do patrimônio do devedor, considerado indispensável a uma existência digna, aliada à finalidade de proteção à família, com a segurança jurídica do patrimônio familiar.

A aplicação dos princípios constitucionais no âmbito da impenhorabilidade legal é fruto não só da deficiência da norma jurídica que a instituiu, mas sobretudo da reflexão sobre os valores que o ordenamento jurídico busca preservar, na hipótese de conflito entre a satisfação do direito do credor e o desabrigo do devedor e de sua família. É nesse sentido que se passa a abordar alguns dos princípios fundamentais na interpretação da Lei 8.009/90, a fim de que lhe seja conferida aplicação adequada.

1. O princípio da legalidade

Quando se fala em democracia, em Estado de Direito, o primeiro dos princípios constitucionais a serem considerados é o da legalidade, segundo o qual “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5.º, II).

Consagrado por todas as Constituições brasileiras, exceto a de 1937, o princípio da legalidade tem como objetivo combater a arbitrariedade. Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na democracia, a lei é expressão da vontade geral, e somente ela pode criar obrigação para o indivíduo.³³¹

A disposição contida no art. 5.º, II, da Constituição Federal, é considerada pela doutrina o coroamento do princípio da liberdade, pois sem normas destinadas a regular os direitos e deveres do indivíduo e do próprio Estado, a liberdade poderia transformar-se em fonte de abusos e arbitrariedade, comprometendo a segurança de todos. A lei, então, limita a

³³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Obra citada, p. 244.

ação das pessoas, naturais ou jurídicas, que são livres para fazer o que a lei permite, ou deixar de fazer o que a lei não obriga.³³²

Considera-se, ainda, que há um desdobramento do princípio: de um lado, a 'legalidade' para o Poder Público, segundo a qual o Estado só pode agir, através de seus agentes, quando incidir a hipótese legal; de outro, a 'legalitariedade' - ou autonomia da vontade - para o indivíduo, que o permite fazer tudo o que a lei não proíbe.³³³

Lembre-se, aqui, que no Estado de Direito, qualquer norma jurídica só poderá restringir direitos ou impor deveres aos indivíduos, desde que não extrapole os limites traçados pela Constituição. Se a lei não é elaborada segundo a Constituição, ou não tem apoio nos princípios constitucionais, deve ser declarada inconstitucional e, como tal, banida do ordenamento jurídico.

Inserido no princípio da legalidade, que traduz o chamado monismo jurídico, a partir do qual a norma jurídica é produção exclusiva do Estado, está o princípio da completude, segundo o qual as regras de Direito regulam toda e qualquer situação que venha a ocorrer na sociedade. O Direito tem, assim, a pretensão de regular a vida social em sua totalidade, inclusive a atividade de produção legislativa.³³⁴

Referindo-se à abrangência das normas jurídicas, a completude significa que no Direito, sistema organizado de forma coerente, não se admite antinomias. Em outras palavras, o Direito deve ser capaz de regular qualquer situação da vida social, envolvendo completamente a realidade, sem deixar qualquer lacuna.³³⁵

³³² Nesse sentido: COSTA, Célio Silva. *Obra citada*, pp. 137/138; SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*, 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 177.

³³³ SLAIBI FILHO, Nagib. *Obra citada*, pp. 178/179.

³³⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Obra citada*, p. 62.

³³⁵ Sobre o tema, Carmem Lúcia Silveira Ramos lembra a lição de Norberto Bobbio: "um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema." (*Obra citada*, pp. 62/63.)

A completude encontra-se presente em nosso sistema jurídico, apesar do descompasso entre as normas jurídicas e a realidade social, que lentamente vem sendo reconhecido. Através dela é admitido como Direito, apenas o Direito estatal, independentemente dos valores considerados na elaboração das normas, rejeitando-se o pluralismo de fontes em nome da certeza jurídica. Resulta desse princípio o entendimento segundo o qual ao juiz é vedado substituir o legislador, formulando a regra jurídica aplicável ao caso singular, mesmo que invocando a justiça ou a equidade.³³⁶

Aceitar sem ressalvas esse entendimento não é tarefa fácil. Enquanto a lei deve ser geral, sua aplicação se dá em situações concretas, individualizadas. Daí a importância da figura do juiz, e de seu papel inevitavelmente criador, que se defronta constantemente com a contradição entre a generalidade e a singularidade.

Lembrando Aristóteles e sua convicção sobre a insuficiência das normas em razão de generalidade, Amilton Bueno de Carvalho afirma que “as insuficiências da legislação não resultam de erro do legislador, nem da própria lei”, mas da natureza das coisas.³³⁷ Também citando o filósofo grego, Plauto Faraco de Azevedo enfatiza que nas hipóteses em que a aplicação da lei ao caso concreto não atenda às exigências da justiça - precisamente porque a singularidade do caso não se enquadra à generalidade da lei - “sobre o justo legal deveria sobrelevar o equitável, por ser ele ‘um corretivo da lei onde esta deixou de estatuir em virtude de sua generalidade’”.³³⁸

³³⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Obra citada, p. 63.

³³⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. Papel dos juizes na democracia. *Direito alternativo em movimento*, 2ª ed., Niterói : Luam, 1997, pp. 130/131. No mesmo sentido, também citando Aristóteles, Carlos Gonçalves afirma que cabe ao Poder Judiciário saber completar as lacunas da lei. (Obra citada, p. 44.)

³³⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, pp. 139/140.

Mas, mesmo que reconhecido o descompasso entre o Direito positivado e a realidade social, e ainda que adotado em nosso sistema jurídico o modelo monista, muitos conflitos podem ser satisfatoriamente solucionados a partir de mecanismos existentes no próprio ordenamento jurídico, amplamente considerado.

Reveladas as falhas do sistema jurídico posto e consideradas insuficientes as fontes formais clássicas para regular todas as situações da vida social, admite-se um certo 'temperamento' no princípio da completude, para se reconhecer "a regulamentação constitucional dos institutos básicos do Direito privado".³³⁹ Exemplo dessa verdadeira concessão ao pluralismo, é o reconhecimento de novos paradigmas em matéria de família, recepcionados pela Constituição de 1988, fundado, basicamente, no respeito à dignidade humana.

É possível, nesse contexto, que o intérprete, valendo-se da generalidade e abstração dos princípios constitucionais, supere a legalidade em sentido estrito e busque a solução justa para o caso concreto no próprio sistema.³⁴⁰ Essa possibilidade de se ultrapassar o legalismo estrito, não deve, portanto, autorizar a completa subjetividade do juiz, que não pode afastar-se do ordenamento jurídico para solucionar o caso singular em função de suas convicções pessoais.³⁴¹

Na ausência de disciplina jurídica própria, que resolva satisfatoriamente os conflitos, o intérprete deve buscar a direção apontada pelos princípios fundamentais, insculpidos na

³³⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Obra citada, p. 65.

³⁴⁰ Nesse sentido, tratando dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação da própria Constituição: BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, p. 150.

³⁴¹ Nesse sentido: "É por ser indubitável o valor da segurança, para a criação, permanência e evolução da ordem jurídica, que não se pode incluir entre os largos poderes, que se advoga ao juiz e que precisa exercer plenamente, o de decidir as contendas segundo critérios pessoais. Por não aceitar-se o eventual arbítrio do legislador, não é sensato nem responsável admitir-se o subjetivismo judicial." (AZEVEDO, Plauto Faraco de. Obra citada, p. 138.)

Constituição. Princípios estes que funcionam, na mesma proporção em que apontam a solução justa, como limites ao total subjetivismo do aplicador da norma.³⁴²

2. O princípio da dignidade da pessoa humana

Do disposto no art. 5.º, parágrafo 2.º, da Constituição Federal, extrai-se que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes dos princípios constitucionalmente adotados (CF, art. 1.º)³⁴³, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Assim, tanto os direitos fundamentais expressamente enunciados quanto aqueles não escritos, estão vinculados aos princípios constitucionais.

Nessa ordem de idéias, pode-se dizer que os direitos à vida, os de liberdade e de igualdade, bem como os direitos políticos e os direitos sociais, correspondem, cada qual com suas especificações, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios que consagram o Estado de Direito.³⁴⁴

Afirma-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é concretizado pelo reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais.³⁴⁵ Expressamente enunciado na Constituição (art. 1.º, III), o princípio não só é a base comum a todos os direitos fundamentais,

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. Obra citada, p. 150.

³⁴³ CF, art. 1.º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político.”

³⁴⁴ “Os direitos fundamentais costumam ser sistematizados da seguinte maneira: *direitos políticos*, onde estão abrangidos os direitos de nacionalidade e de cidadania; *direitos individuais* - também denominados ‘liberdades públicas’ -, que tratam de valores como a vida, a liberdade, a segurança, a propriedade, enumerados no art. 5º da Carta de 1988; *direitos sociais* que também englobam direitos econômicos e culturais, trazendo para o Estado o dever de proporcionar melhoria às condições de vida dos indivíduos; e *direitos meta-individuais*, que pertencem a um grupo de titulares e cujo objeto é indivisível, de modo que a lesão de um configure a lesão de todos.” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Obra citada, p. 98.)

³⁴⁵ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira concebem a dignidade da pessoa humana como “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”. (*Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1984, p. 58.)

como vem legitimar os direitos fundamentais implícitos, dele decorrentes ou previstos em tratados internacionais.³⁴⁶

Ao lado da tese segundo a qual todos os direitos fundamentais têm como base o princípio da dignidade da pessoa humana, há quem defenda sua qualificação como direito fundamental autônomo, considerado referencial para interpretação e aplicação dos demais direitos. A propósito, observa Ingo Wolfgang Sarlet que sua inclusão no Título I, da Carta Magna, ao lado dos demais princípios fundamentais, sugere que o constituinte outorgou-lhe função que transcende a dos direitos.³⁴⁷

No Brasil, a Constituição de 1988 foi a primeira a destinar um título próprio aos princípios fundamentais. Desse modo, outorgou aos princípios a qualidade de normas que embasam toda a ordem constitucional, inclusive os direitos fundamentais. Também inovou, a nossa Constituição, ao reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito positivo. Mas, mesmo fora do título destinado aos princípios, o valor dignidade da pessoa humana foi previsto pelo constituinte, no art. 170, *caput*, que estabelece que a ordem econômica deve assegurar a todos uma existência digna; no art. 226, parágrafo 7.º, ao fundar o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; e no art. 227, *caput*, que assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

³⁴⁶ Nesse sentido: “Nem só a lei é fonte do direito. Pode-se dizer agora que fontes também o são, no caso, o ‘regime’ e os ‘princípios’. *Regime* conecta-se com a forma de associação política. Consta esta de uma *democracia social*. *Princípios* são todos os que coroam a república federativa presidencialista. E há os tratados internacionais, de que o Brasil haja participado. Entre eles cabe citar, pela proeminência, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, porque o Brasil é um dos signatários dela.” (COSTA, Célio Silva. Obra citada, pp. 381/382.)

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 98.

Sendo a dignidade da pessoa humana expressamente reconhecida como um dos fundamentos do nosso Estado de Direito, reconheceu-se, também, no tocante à finalidade do poder estatal, “que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário”.³⁴⁸

Ainda que o princípio tenha origens remotas, sua positivação - considerada a evolução constitucional na esfera internacional - pode ser considerada recente. Começou a ser expressamente reconhecido nas Constituições após ter sido consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.³⁴⁹ Mesmo assim, muitos Estados não chegaram a inseri-lo nos respectivos textos constitucionais.³⁵⁰

A fim de buscar o significado atribuído à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, cabem algumas considerações sobre suas origens. Na Bíblia, tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, há menção de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Daí a concepção cristã segundo a qual o ser humano possui um valor intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto. A doutrina aponta, ainda, que no âmbito do pensamento clássico, a dignidade era considerada qualidade inerente ao ser humano, distinguindo-o das demais criaturas. Nessa ótica, a noção de dignidade encontra-se vinculada à de liberdade individual, assim como à idéia de que todos os homens são iguais, pela própria natureza humana. Essa concepção - de inspiração cristã e estoica - foi sustentada até a Idade Média, quando São Tomás de Aquino expressamente referiu-se à “*dignitas humana*”.³⁵¹

³⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 101.

³⁴⁹ Declaração Universal da ONU (1948), art. 1º: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”

³⁵⁰ Ingo Wolfgang Sarlet ensina que, dentre os países da União Européia, apenas as Constituições da Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda e Portugal consagraram expressamente o princípio. No Mercosul, só o Brasil e o Paraguai outorgaram-lhe *status* de norma fundamental. Nos demais Estados Americanos, cita as Constituições de Cuba e da Venezuela, além da Constituição do Peru, que indiretamente refere-se ao valor da dignidade da pessoa humana. A Constituição da Guatemala, além de consagrar o princípio da isonomia, fala da primazia da pessoa humana. (Obra citada, p. 100.)

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, pp. 101/102.

No Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, mesmo após um processo de racionalização da concepção da dignidade da pessoa humana e da própria idéia do direito natural, manteve-se a noção de igualdade de todos os homens quanto à dignidade e à liberdade. Dessa concepção extrai-se que uma Constituição que consagra - direta ou indiretamente - o valor dignidade da pessoa humana, reconhece que o homem, pela própria condição humana, é titular de direitos que devem ser respeitados, não só pelos seus semelhantes, mas também pelo Estado.³⁵²

A dignidade é, portanto, inerente a cada ser humano, devendo ser respeitada e protegida. Na lição de José Afonso da Silva, é “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.³⁵³

Há quem defenda, no entanto, que a dignidade humana não deve ser considerada inerente à natureza humana, pois é fruto do trabalho de toda a humanidade, ressaltando-se, assim, seu sentido cultural. E é sob essa ótica que deve ser considerada, ao mesmo tempo, “limite e tarefa dos poderes estatais”. Como limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é valor que pertence a cada um, não podendo ser perdida ou alienada; como tarefa dos poderes estatais, a dignidade exige que o Estado norteie suas ações no sentido de preservá-la e permitir seu pleno exercício.³⁵⁴

Preservar dignidade da pessoa humana implica em respeitar e proteger a integridade física e corporal do indivíduo - do que decorrem, entre outras ações, a proibição da pena de morte e de trabalhos forçados -, garantir condições adequadas de vida para o indivíduo e sua

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, pp. 102/103.

³⁵³ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 109.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, pp. 105/106. Sobre o sentido cultural da dignidade, o autor questiona: “é de perguntar-se até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que para determinados povos são tidos como legítimos.” (Obra citada, p. 107.)

família - tomando-se, como exemplo, os direitos sociais relativos ao trabalho e à seguridade social -, assegurar a isonomia e a autonomia de todos os seres humanos, bem como garantir ao indivíduo um espaço particular, onde se desenvolva a sua vida e a de sua família, inviolável até mesmo pelo próprio Estado.

Lembre-se, aqui, que uma vez qualificado como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não possui conteúdo apenas ético e moral, mas é norma jurídica positivada, com *status* constitucional, constituindo a base de toda a ordem constitucional, bem como dos direitos fundamentais. Como se sabe, as normas constitucionais - mesmo aquelas que expressam princípios - são dotadas de eficácia jurídica, estando, sob esse prisma, todos os órgãos estatais vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.³⁵⁵

Considerado valor supremo a ser respeitado e protegido, o princípio deve guiar, essencialmente, o legislador e o julgador, a quem compete, respectivamente, construir, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico, em conformidade com as suas exigências. A propósito, ressaltando a função hermenêutica do princípio - bem como dos demais princípios fundamentais -, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que os direitos fundamentais “constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana” e com base nela devem ser interpretados.³⁵⁶

Assim, os direitos de propriedade, de liberdade e de segurança - que garantem o bem estar do indivíduo e de sua família - decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, fundamentam a aplicação da impenhorabilidade do imóvel residencial,

³⁵⁵ Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina: “a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.” (Obra citada, p. 109.)

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 113.

instituída pela Lei 8.009/90, mesmo em face do princípio da responsabilidade patrimonial por dívidas.

Há verdadeira informação do instituto do bem de família legal a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, consideradas tanto a elaboração da lei que o instituiu, quanto a busca da solução para o caso singular. Na posição de legislador ou de julgador, o intérprete deve buscar a preservação dos direitos fundamentais, entre eles o que trata da função social da propriedade, garantindo a todos uma moradia digna.

Não há, entre nós, critérios rigidamente fixados para orientar o intérprete quanto ao indispensável para uma vida digna. Na Argentina, estende-se a tutela jurídica ao bem de família até onde não exceda às necessidades de sustento e de vida da própria família (Lei 14.394, art. 34).³⁵⁷ A jurisprudência brasileira - como visto no Capítulo 2 - tem entendido que os bens necessários a uma vida digna não são apenas os que garantem a sobrevivência, mas também os que proporcionam lazer e bem estar, orientando-se, num critério de exclusão, pelas expressões “obras de arte e adornos suntuosos” da Lei 8.009/90 (art. 2.º). O critério de essencialidade, previsto pela lei argentina, tem sido relativizado pelos nossos tribunais, de acordo com o padrão econômico e social do devedor e de sua família, buscando-se manter o valor dignidade da pessoa humana conforme as necessidades concretas das pessoas envolvidas.

Além das limitações objetivas, relativas aos bens atingidos pela impenhorabilidade - que inclui a restrição a um único bem que sirva de moradia -, a Lei 8.009/90 aponta para uma injustificável limitação subjetiva, relativa às pessoas atingidas pelo benefício. As expressões “casal” ou “entidade familiar”, pelas razões já referidas no Capítulo 3, devem ser interpretadas de forma a abranger indistintamente todas as pessoas, que integram ou que possam vir a

³⁵⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Obra citada, p. 35.

integrar um organismo familiar, pois a isonomia de todos os seres humanos é pressuposto essencial para que se respeite a dignidade da pessoa humana.³⁵⁸

3. O princípio da isonomia

Desenvolvida a partir da idéia de justiça, a igualdade já era amplamente discutida no âmbito do pensamento clássico, em especial nas obras de Platão e Aristóteles, como se verá. Com o Cristianismo adquiriu nova dimensão, passando a ser concebida como igualdade de todos os homens perante Deus - pelo reconhecimento das qualidades inerentes ao ser humano - e não como igualdade de alguns homens perante a sociedade, pela participação destes nos bens da vida.

No pensamento jusnaturalista do século XVIII, a idéia de igualdade foi consagrada nos textos jurídicos. O *Bill of Rights* da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambos de 1776, e a Constituição de Massachusetts, de 1780, já proclamavam a igualdade entre os homens.³⁵⁹

Pela própria complexidade, no entanto, o conceito de igualdade ainda hoje é objeto de análise, que busca delimitar seu conteúdo e orientar sua aplicação. Importante, nesse contexto, é a verificação das distinções entre igualdade absoluta - denominada igualitarismo - e igualdade relativa, estabelecidas na Antiguidade.

³⁵⁸ Nesse sentido: “como todos são iguais perante a lei, e a constituição de família é um direito fundamental, ao interpretarmos as leis que regulam esta ou aquela forma de constituição de família, devemos lembrar que toda a família merece igual proteção, pois *todos são iguais perante a lei*. Também devemos lembrar que toda a família é formada por pessoas, cuja preservação da dignidade é fundamento básico do estado democrático de direito.” (COSTA, Maria Isabel Pereira da. Obra citada, p. 273.)

³⁵⁹ *Bill of Rights* da Virgínia, art. 1º: “That all men are by nature equally and independent...”; Declaração de Independência: “Nós sustentamos como evidentes por elas mesmas estas verdades: que todos os homens foram criados iguais, que eles foram dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade...” (in REIS, Carlos David S. Aarão. *Família e igualdade*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992, p. 19.)

Considerando as diferenças entre os homens, nos aspectos físico e intelectual, decorrentes de fatores naturais ou sociais, tem-se que a igualdade absoluta jamais será alcançada, pois contraria a própria natureza humana. Numa visão paradoxal, a concepção absoluta de igualdade é geradora de abusos que a transformam em verdadeira fonte de desigualdades, sobretudo para os nivelados, diante dos niveladores.³⁶⁰ Essa concepção igualitária, na medida em que transforma o Estado em totalitário, favorece a tirania, o despotismo, onde não raro aqueles que criticam as desigualdades sociais vêm a formar uma classe dominante, que rejeita abertamente a igualdade.

Na igualdade dita relativa, que Platão define como geométrica - também chamada proporcional, orgânica, em contraposição à igualdade absoluta, matemática -, leva-se em conta a diversidade humana, as preferências e aptidões individuais, sendo esta a verdadeira igualdade, aquela que legislativamente se busca consagrar.

Na obra de Aristóteles encontra-se a conhecida fórmula segundo a qual 'a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais'. É a idéia de igualdade vinculada à de justiça, a justiça relativa, de dar a cada um o que é seu.³⁶¹ Destaca-se, nessa mesma concepção, a célebre Oração Fúnebre, onde Péricles - da facção democrática ateniense - afirmava que, enquanto no tocante às leis todos fossem iguais para solucionar as divergências privadas, quando fosse preciso escolher, não seria o fato de pertencer a uma classe, mas sim o mérito pessoal, que daria acesso aos postos mais elevados.³⁶²

³⁶⁰ REIS, Carlos David S. Aarão. Obra citada, p. 27.

³⁶¹ "o critério relativo ao princípio de igualdade, ao fazer-se jurídico, deixou de ser o radical-aritmético para ser o geométrico-proporcional de Aristóteles, cifrado na regra de que os iguais por natureza devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual." (MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da fazenda pública. *RePro* 75/166, p. 171.)

³⁶² REIS, Carlos David S. Aarão. Obra citada, pp. 35/36.

A propósito, os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram, ajustando-se às concepções formais e materiais. Justiça formal, que identifica-se com igualdade formal, consiste no princípio segundo o qual os seres de uma mesma categoria devem receber idêntico tratamento; justiça material - ou concreta -, pode ser entendida como especificação da justiça formal, no sentido de conceder “a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo seus méritos; a cada um a mesma coisa.” Aspira-se à igualdade material, precisamente porque existem desigualdades.³⁶³

Sobre o conceito de igualdade, José Afonso da Silva observa que, ao longo da história, provocou posições extremadas. Assim, para os chamados “nominalistas”, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação real, pois a desigualdade é a característica do universo. Os “idealistas”, ao contrário, postulam uma igualdade absoluta - o igualitarismo entre as pessoas -, ligada ao estado de natureza (Rousseau denominava desigualdade “natural” ou “física”, as diferenças estabelecidas pela natureza). Uma outra corrente, denominada “realista”, afirma que embora os homens sejam desiguais sob vários aspectos, devem ser descritos como seres iguais, considerada a essência de seres humanos.³⁶⁴

Contemporaneamente, em nosso país, a igualdade relativa, proporcional - e não o igualitarismo -, foi adotada nos textos constitucionais, pois só ela se coaduna com a ordem jurídica, sendo da essência do Direito tratar de modo diferente pessoas em diferentes situações. Assim é que as próprias Constituições brasileiras estabelecem distinções, classificações, disciplinando diferentemente situações distintas.

Na verdade, o princípio da igualdade como “igualdade perante a lei”, inscrito desde o Império em nossas Constituições, enuncia, textualmente, a isonomia formal, estabelecendo que a lei e sua aplicação deve ser igual para todos, sem que se leve em conta as distinções dos

³⁶³ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 216.

³⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 215.

grupos sociais. Mas o disposto no art. 5.º, *caput*, da Constituição de 1988, deve ser compreendido de modo a abranger todas as normas constitucionais que vedam as discriminações, trazendo regras de igualdade material, como as previstas no art. 7.º, XXX e XXXI, que proíbem “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Também constituem regras de igualdade material as normas constitucionais que repudiam qualquer forma de discriminação, como preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 3.º, IV); que dispõem sobre a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º, III); sobre o acesso igualitário aos serviços de saúde (art. 196); sobre a promoção e incentivo à educação (art. 205); e sobre assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170).³⁶⁵

A igualdade perante a lei, da Constituição vigente, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, traduz-se na igualdade de direitos - ou igualdade civil -, segundo a qual todos os homens têm as mesmas possibilidades quanto a adquirir direitos, e não na igualdade de fato - ou real -, que garantiria a todos o igual exercício desses direitos. Enfatiza, o mesmo autor, que o princípio da igualdade insculpido em nossa Constituição não proíbe as diferenciações de tratamento, mas somente as arbitrárias, as discriminatórias.³⁶⁶

Importante observar que existem critérios para determinar se as normas jurídicas classificatórias são também discriminatórias, violando assim o princípio da igualdade. Apontando várias hipóteses de classificação legislativa, Celso Antônio Bandeira de Mello

³⁶⁵ Citando Ada Pellegrini Grinover, para quem a igualdade tem dimensão estática e dinâmica, Rui Portanova ensina que a Constituição brasileira adotou as duas dimensões: o artigo 5º acolhe o sentido estático, para evitar privilégios, e o art. 3º, III, prevê o sentido dinâmico, segundo o qual cabe ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 3ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 35.)

³⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Obra citada*, pp. 242/243.

demonstra que, em muitos casos - desde que racionalmente fundamentadas -, as desequiparações são absolutamente legítimas.³⁶⁷ Para o autor, há ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando a norma singulariza um destinatário determinado; adota como critério discriminador elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas; atribui tratamentos jurídicos diferentes conforme fator de *discrímen* adotado que não seja logicamente pertinente com a disparidade de regimes outorgados; supõe abstrata relação de pertinência lógica, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos dissonantes dos interesses constitucionalmente prestigiados; e, finalmente, quando a interpretação da norma extrai desequiparações que não foram claramente - ainda que de modo implícito - assumidas.³⁶⁸

Cabe, aqui, mencionar o critério de distinção estabelecido na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo o qual o princípio da igualdade só proíbe que o essencialmente igual seja tratado de modo diferente, mas não que o essencialmente desigual seja diferentemente tratado, de acordo com a desigualdade existente.³⁶⁹ Lembre-se, nesse mesmo sentido, a conhecida afirmação de Ruy Barbosa - de inspiração aristotélica -, para quem a igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Exige-se, pois, tratamento homogêneo a situações idênticas.

Mas o princípio da isonomia não vincula somente o legislador. Também o intérprete deve observar as suas regras. Assim como proíbe o legislador de editar normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, impõe que o juiz aplique a norma de modo a atribuir-

³⁶⁷ Entre outros exemplos, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta: “não se poderia, sem ofender o princípio isonômico, vedar que os adeptos da *ideologia* comunista adquirissem ingresso para partidas de futebol, permitindo-o, entretanto, aos partidários de facções ideológicas de centro-direita (...). A rejeição que um partido político de centro-direita fizesse à filiação de um notório *comunista* em seus quadros ou, reversamente, o embargo que um partido comunista opusesse ao ingresso de um centro-direitista professo, seriam perfeitamente conviventes com a regra isonômica.” (Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista trimestral de direito público* 1/79, pp. 80/81.)

³⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo : Malheiros, 1993, pp. 47/48.)

³⁶⁹ REIS, Carlos David S. Aarão. Obra citada, p. 44.

lhe entendimento que não crie privilégios.³⁷⁰ Nessa ordem de idéias, Rui Portanova aponta, entre as dimensões da igualdade, a significação teórica do princípio - que constitui “repulsa a privilégios injustificados” - e a prática, pela qual o princípio dito “igualizador” auxilia na aplicação da norma em caso de insuficiência ou inadequação diante das peculiaridades do caso concreto.³⁷¹

Afirmando que o princípio também tem como destinatários os aplicadores da lei, e que são inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição, José Afonso da Silva aponta duas formas de se cometer inconstitucionalidade, que reclamam diferentes conseqüências. Uma delas é discriminar pessoas ou grupos de pessoas em face de outros em situação idêntica - cuja solução é a declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório - e outra é outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos em detrimento de outros em igual situação. Na segunda hipótese, o ato é constitucional e legítimo. Não é função dos juízes, portanto, declará-lo inconstitucional e retirar direitos legitimamente conferidos. Devem, ao contrário, estender o benefício aos discriminados que judicialmente o solicitarem, caso a caso.

Vale dizer, ainda, que no âmbito do processo, a Constituição vigente garante a igualdade através de outros princípios, alguns deles insculpidos no próprio artigo 5.º.³⁷² Podem ser citados, exemplificativamente, o princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV), o princípio da proibição da prova ilícita (art. 5.º, LVI), o princípio da presunção de inocência

³⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Obra citada, p. 242.

³⁷¹ Ensina, ainda, o mesmo autor: “É indispensável que o intérprete veja a necessidade do tratamento igualizador de forma mais abrangente do que tão só ‘igualdade perante a lei’. A amplitude do princípio é maior, não diz com a só questão formal da lei. A igualização deve dar-se não só perante a lei, mas perante o direito, perante a justiça, perante os escopos sociais e políticos do processo. Perante, enfim, as dimensões valorativas do direito.” (PORTANOVA, Rui. Obra citada, pp. 37/38.)

³⁷² “O art. 5º, *caput* e o inciso n. I da CF de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125, n. I, do CPC teve recepção integral em face do novo texto constitucional.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 42.)

(art. 5.º, LVII), o princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5.º, LX), e o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Merecem destaque, como expressão do princípio da igualdade no âmbito processual, os princípios constitucionais do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV).

Como garantia constitucional, o princípio do contraditório - do qual decorre o da ampla defesa - indica que devem ser utilizados todos os meios necessários para evitar que a disparidade de tratamento entre as partes, no que tange às posições no processo, possa interferir no seu resultado, comprometendo a prestação da tutela jurisdicional. Considerado expressão maior do princípio do devido processo legal, o contraditório vem resguardar o equilíbrio entre os litigantes, garantindo que não interfiram no processo as diferenças básicas entre as pessoas.³⁷³

Pelo princípio constitucional do juiz natural, a Constituição garante que não haverá juízo ou tribunal de exceção, e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Assegura-se, assim, a estabilidade do órgão judiciário e a imparcialidade do juiz. Não ofendem o princípio, no entanto, as regras constitucionais que estabelecem a competência originária dos tribunais superiores para o processamento e julgamento de determinadas pessoas em razão da prerrogativa de função. Haveria ofensa, logicamente, se o foro privilegiado se desse em razão de privilégio pessoal.³⁷⁴

Reconhecida, como visto, a existência de critérios seguros para detectar se a norma jurídica que estabelece desigualdades viola o princípio da isonomia - considerando-se a relevância, a necessidade e o fundamento do tratamento desigual -, cumpre verificar se a Lei

³⁷³ BONATO, Gilson; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Aspectos controvertidos do contraditório nos recursos cíveis. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. [Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier] São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, pp. 508/509.

³⁷⁴ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Breves anotações sobre o princípio do juiz natural. *Revista Verba Iuris*, ano III, n.º 1, p. 13.

8.009/90 apresenta tratamento desigual justificável, racionalmente adequado, que serve às suas finalidades, ou arbitrário e simplesmente discriminatório.

Veja-se, a propósito, que essa verificação não constitui meramente um juízo de valores. Cabe analisar, objetivamente, se a desigualdade estabelecida é justificada pelos objetivos da lei, se os interesses por ela tutelados têm relação com o traço distintivo por ela criado.

Como dito linhas acima, haverá violação ao princípio constitucional da isonomia sempre que, ainda que diante de relação de pertinência lógica abstratamente considerada, o fator *discrimen* estabelecido na lei conduza a efeitos dissonantes dos interesses constitucionalmente prestigiados. É possível, no entanto, respeitando-se esse critério, desigualar categorias de pessoas, desde que haja razão aceitável, conforme os valores consagrados no texto constitucional.

A Lei 8.009/90, a despeito de outorgar benefício legítimo a pessoas, em detrimento de outras em igual situação, não deve ser declarada inconstitucional, pelas razões já apontadas neste trabalho - no Capítulo 2 - e, principalmente, porque tal declaração consistiria em retirar das pessoas beneficiadas direitos legitimamente conferidos. No entanto, um dos critérios diferenciadores estabelecidos pelo legislador - integrar uma entidade familiar -, considerando-se os motivos que levaram à instituição do benefício, é absolutamente impertinente.

A finalidade da lei, de proteger a moradia, está em perfeita consonância com os direitos fundamentais de propriedade, de liberdade e de segurança - que garantem o bem estar do indivíduo e de sua família - decorrentes do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, por ser absurdo pensar que pessoas sozinhas não são merecedoras do argumento da dignidade humana para garantir seu direito de habitação, deve ser estendido o benefício a todos, indistintamente.

Desde que preenchidos os demais requisitos legais para a concessão da impenhorabilidade legal, deve ser aplicada a Lei 8.009/90, independentemente de estar inserido

o devedor num contexto familiar, pois todas as pessoas - mesmo as sozinhas - estão sujeitas às dificuldades econômicas que põem em risco a casa de moradia. Outro entendimento consistirá, como se viu, na injustificável distinção legal entre pessoas que se encontram em situações iguais.

4. A posição do direito alternativo

No início da década de 70, na Itália, surgiu o movimento denominado “uso alternativo do Direito”, buscando questionar o sistema jurídico posto, e conceber outras formas de prática jurídica, diferenciadas e pluralistas.

Na América Latina o movimento surgiu em nome da luta pela concretização dos Direitos Humanos, e como forma de resistência aos regimes ditatoriais. Fez do Direito um elemento de luta contra a dominação, e colocou a questão da interpretação da lei no terreno político. Com raízes na Magistratura Democrática Italiana - que atua dentro do sistema positivado -, o Direito Alternativo busca possibilitar o avanço das lutas dos trabalhadores, afirmando que há uma “tendência de descumprimento de normas que representam vitórias populares”.³⁷⁵

Rompendo com a concepção positivista³⁷⁶, o movimento nega a neutralidade do Direito, entendendo-o como expressão de vontade de uma determinada classe social. O Direito Alternativo abandona qualquer atitude dogmática e espera ser um instrumento para a emancipação da classe trabalhadora, atuando sempre em busca de justiça; não uma justiça neutra, mas sim comprometida com as classes menos favorecidas. Assumindo a não

³⁷⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. Flexibilização *versus* direito alternativo. Obra citada, p. 62.

³⁷⁶ “O ‘uso alternativo do direito’ traduz, a seu modo, a necessidade, partilhada por juristas de variadas inspirações e tendências, de mudar o modo de conceber o direito e sua metodologia de solução de questões práticas, visando à superação da perspectiva formal à que se tem circunscrito o positivismo jurídico.” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. Obra citada, p. 163.)

neutralidade e o comprometimento com os pobres, os alternativistas não são imparciais, mudando de lado quando necessário.³⁷⁷

No jornal Folha de São Paulo, de 12 de abril de 1992, na reportagem intitulada “Movimento de Juízes quer Direito Alternativo no País”, foram colhidas opiniões de juristas brasileiros sobre o movimento de juízes de São Paulo e do sul do país, que pretende acabar com a neutralidade do Poder Judiciário diante dos problemas sociais, e com a idéia de que o juiz, quando decide, está preso ao que a lei determina. Entre essas opiniões destacam-se a de Celso Fernandes Campilongo, para quem os “alternativos” discutem como conciliar a oposição entre a lei considerada injusta e o dever de fazer justiça, num verdadeiro exercício de seu dever como magistrados e não como ato de subversão; e a de Osvaldo Stefanello, para quem o juiz deve ter uma visão crítica da lei, não podendo cometer injustiça em nome dela.³⁷⁸

Merece destaque, também, entre as opiniões desfavoráveis ao movimento, a de Miguel Reale, que mesmo reconhecendo as boas intenções daqueles juízes, afirma que “o bom julgador, baseado em uma interpretação criadora, saberá encontrar o caminho certo sem violentar a lei”. Nelson Nery Junior, na mesma ocasião, afirmando não ser necessária a criação do movimento, manifestou o entendimento segundo o qual os problemas da lei podem ser solucionados por instrumentos existentes no próprio direito positivo, como o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, já referido neste trabalho.³⁷⁹

³⁷⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito alternativo: breve reflexão. Obra citada, p. 35. No mesmo sentido, ao tratar do princípio da igualdade (o juiz e a igualização), Rui Portanova afirma: “Presidir um processo assegurando às partes igualdade de tratamento, tal como determina o inc. I do art. 125, nem de longe significa ficar abúlico às disparidades muitas vezes flagrantes entre as condições pessoais das partes e dos advogados que as representam. A inércia judicial nestas condições será flagrante favorecimento da parte mais forte.” (PORTANOVA, Rui. Obra citada, p. 44.)

³⁷⁸ BONCHRISTIANO, Ana. Movimento de Juízes quer Direito Alternativo no País. *Jornal Folha de São Paulo*, 12.04.1992, Caderno 4, p. 4.

³⁷⁹ Idem, *ibidem*.

Observa-se que na Europa, com base nas contradições e lacunas do sistema jurídico, o Direito Alternativo preocupa-se em ter o jurista a serviço dos trabalhadores, mas sem ultrapassar o sistema em sua legalidade. No Brasil, o movimento admite que, em certos casos, devem ser rompidos os limites da legalidade para prevalecerem os “princípios gerais do direito do pobre”³⁸⁰, considerados acima do direito positivado.³⁸¹

Esse comprometimento com os pobres levou o movimento a discutir amplamente a Lei 8.009/90 que, para os alternativistas, significa a positivação de uma conquista - a impossibilidade de penhora sobre os bens que permitem ao cidadão viver com dignidade -, e um avanço na busca da vida em abundância para todos. Para o movimento, ao instituir a impenhorabilidade legal, o legislador cumpriu sua obrigação constitucional de garantir a dignidade da pessoa, protegendo a casa de moradia.

Lembram os alternativistas, que no Brasil existe uma tendência constitucional na proteção à casa do indivíduo, considerada asilo inviolável (CF, art. 5.º, XI), onde só se pode ingressar por determinação judicial. Nesse contexto, a Lei 8.009/90 veio complementar a proteção constitucional, excluindo da penhora o indispensável à vida do cidadão. O legislador teria, então, reconhecido que nesse asilo inviolável se desenvolve a vida do cidadão e de sua família, não sendo permitida a invasão nem mesmo pelo próprio Estado. Lembram, também, que a impenhorabilidade da pequena propriedade rural já havia adquirido *status* constitucional.³⁸²

³⁸⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei n.º 8.009/90 e o direito alternativo. Obra citada, p. 44. Sobre o tema, apontando o comprometimento do Direito Alternativo com os pobres, Plauto Faraco de Azevedo observa: “Vendo o direito positivo como instrumento a ser utilizado em favor dos desvalidos, favorece a discussão de posições tradicionais a respeito do Poder Judiciário, como sua pretensa neutralidade e apoliticidade.” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. Obra citada, p. 164.)

³⁸¹ Sobre o Direito Alternativo, Arnaldo Marmitt assim se manifesta: “Diante da legislação omissa, deficiente e inapta, o prudente arbítrio do julgador terá de desbravar, de criar e de decidir em prol de quem a balança deva pender, em virtude do bom senso e dos postulados da Justiça. Em contrapartida, convencido de que um texto é injusto e impróprio, não lhe merece aplicação. Entre a lei e a justiça escolherá a justiça.” (Obra citada, p. 40.)

³⁸² CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei n.º 8.009/90... Obra citada, p. 47.

Ressaltam, ainda, que o sentido de humanidade de que se reveste a impenhorabilidade legal é reconhecido por muitos processualistas, que consideram despótica a confiscação do patrimônio em sua totalidade. Entre eles Cândido Rangel Dinamarco, que defende a garantia de um mínimo patrimonial necessário ao desenvolvimento do próprio direito à personalidade, não sendo privada a pessoa de uma existência decente, de viver dignamente; e Humberto Theodoro Júnior, que fala em solidariedade social e em respeito à dignidade humana³⁸³.

Note-se que a Jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, antes mesmo da Lei 8.009/90, assumindo a postura de julgar contra a lei e adotar princípios que transcendem ao direito legislado, não admitia a penhora sobre bens que guarnecem o imóvel residencial e procurava ampliar a classe dos bens considerados impenhoráveis.³⁸⁴ Do mesmo modo, antes da Lei 8.009/90, permitia a penhora de mobiliário sofisticado, supérfluo e de considerável valor econômico.³⁸⁵

Fácil perceber, então, que a Lei 8.009/90 foi considerada princípio informador do Direito Alternativo, que recomenda a atuação firme dos juízes para que seja aplicada em toda a sua extensão, e mesmo ampliada em sua incidência, sempre ressaltando o comprometimento com os fracos. O movimento vê na impenhorabilidade legal do bem de família a incorporação da proteção à vida com dignidade ao direito positivado.³⁸⁶

Reconhecendo que na Justiça Comum a Lei 8.009/90 protege, em regra, a classe média contra seus credores - geralmente instituições financeiras -, sendo ela a parte frágil na relação

³⁸³ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei n.º 8.009/90... Obra citada, p. 48.

³⁸⁴ Nesse sentido, decisões do TARS publicadas no *Julgados do Alçada* 62/170; 65/179; 68/176; 69/175 e 69/351.

³⁸⁵ Nesse sentido, decisão do TARS, publicada no *Julgados do Alçada* 71/120.

³⁸⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei n.º 8.009/90... Obra citada, p. 49.

processual, o Direito Alternativo compromete-se em acudi-la, buscando resgatar o valor dignidade humana.

Problema maior, na verdade, sempre foi estabelecer quais os bens guarnecedores do imóvel residencial são passíveis de penhora - porque dispensáveis a uma existência digna - ou, nos termos da Lei 8.009/90, quais os bens considerados “adornos suntuosos”. Se antes da referida lei a Jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul já entendia impenhoráveis objetos como televisão, aparelho de som, máquina de lavar roupas e outros utensílios domésticos e de lazer, logo após a sua edição passou a apontar para uma interpretação restritiva, entendendo penhoráveis esses bens, considerando-os “adornos suntuosos”.³⁸⁷

Uma das razões para essa contradição quanto ao conceito de ‘viver com dignidade’, segundo os alternativistas, é precisamente a influência das forças conservadoras que tendem ao descumprimento das leis que outorgam direitos e representam conquistas populares. Na luta desses interesses - de um lado resgatar a dignidade do devedor e, de outro, restringi-la em benefício do credor - o Direito Alternativo claramente escolheu estar ao lado do mais fraco, e afirma que viver com dignidade implica, no mínimo, aquilo que por disposição constitucional compõe o salário mínimo: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Na Justiça Trabalhista, no entanto, o Direito Alternativo assume postura diametralmente oposta no tocante à aplicação da impenhorabilidade legal. É que, ao contrário da Justiça Comum, onde o devedor é o fraco e o credor é o forte, na Justiça Trabalhista o credor é o pobre, membro da classe trabalhadora, enquanto o devedor é o forte, o empregador.

³⁸⁷ Veja-se, a título exemplificativo, decisão do TARS *in Julgados do Alçada* 62/171 e outras decisões já referidas no Capítulo 2.

Assim, se o movimento procura ampliar a impenhorabilidade na Justiça Comum, na Trabalhista procura restringi-la.

Entendendo que a Lei 8.009/90 existe para proteger a vida com dignidade, os alternativistas ressaltam que a Constituição Federal, no mesmo art. 1.º, inciso IV, igualmente estabelece como fundamento da República “os valores sociais do trabalho”, e no art. 7.º prevê os direitos do trabalhador. Nesse verdadeiro conflito entre ‘dignidades’, reconhecem que o trabalhador merece proteção, não sendo aplicável, em regra, a Lei 8.009/90 na Justiça Trabalhista.

Ressaltando que o juiz pode deixar de aplicar a lei quando sua aplicação levar à injustiça, Amilton Bueno de Carvalho afirma que “o grau de dignidade mais saliente é o que permite a satisfação do resultado do trabalho e que ameniza a exploração”. Afirma, também, que se pretendesse efetivamente fazer justiça aos trabalhadores, a Lei 8.009/90 teria excluído seus efeitos em todas as execuções de créditos trabalhistas, e não somente nas dos trabalhadores domésticos (art. 3.º, I).³⁸⁸

Essas posturas diferenciadas quanto às Justiças Comum e Trabalhista, ao contrário do que se poderia pensar, representam a coerência do Direito Alternativo quanto ao compromisso com determinada classe. Não se deve esquecer, entretanto, que nem sempre o réu nos litígios trabalhistas pode ser considerado o lado forte, pois são frequentes os casos em que microempresários e pequenos empregadores acabam privados do mínimo necessário a uma existência digna, ao tentar ‘sobreviver’ às inúmeras crises financeiras que assolam o país.

Independentemente da posição que se adota, contra ou a favor do Direito Alternativo, é incontestável que a aplicação da lei deve estar condicionada à realização da justiça. Mas não se pode perder de vista, também, que a parcialidade e o subjetivismo do juiz podem colocá-lo

³⁸⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei n.º 8.009/90... Obra citada, p. 56.

numa inaceitável posição de ditador. Nessa ordem de idéias, Arnaldo Marmitt ensina que ao juiz não é dado deixar de aplicar as leis com base em sua ideologia, em sua consciência e critério pessoal, mesmo que apoiado em uma “suposta justiça social”.³⁸⁹

Por fim, no tocante ao benefício da impenhorabilidade legal, é possível aplicar a Lei 8.009/90, em qualquer circunstância, atendendo-se à sua finalidade social, não com total subjetividade por parte do juiz, mas sim com base nos princípios constitucionais, expressão dos valores que o ordenamento jurídico busca preservar.

5. O papel do intérprete. A denominada “discricionariedade judicial”

Embora se afirme com freqüência que o juiz é o intérprete e o aplicador da lei, sabe-se que a dimensão dessa afirmação é muito maior. O juiz, na verdade, interpreta e aplica o Direito, do qual a lei em sentido estrito é apenas uma face, muitas vezes um tanto nebulosa. Ainda que não possa simplesmente alterar, substituir os textos legais, o juiz deve interpretá-los de modo a completar eventuais lacunas, e aplicar suas disposições com vistas a atingir seu verdadeiro sentido e alcance. Diante das lacunas e imprecisões contidas na lei, é papel do juiz, ao invés de abandoná-la, identificar seus objetivos e reconstruí-la, aplicando-a correta e satisfatoriamente.³⁹⁰

Sempre que o juiz interpreta o ordenamento jurídico a fim de solucionar uma questão que lhe é apresentada, exerce um juízo de valores, devendo escolher, diante da omissão da lei, entre os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito, conforme previsto no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.³⁹¹ Deve ter sempre presente a preocupação de proferir uma

³⁸⁹ MARMITT, Arnaldo. Obra citada, p. 41.

³⁹⁰ Nesse sentido: “Até mesmo a norma defeituosa pode alcançar os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada.” (COSTA, Célio Silva. Obra citada, p. 74.)

³⁹¹ LICC, art. 4.º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” No mesmo sentido, o art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime

decisão justa, tempestiva e eficaz, pautada nos princípios constitucionais e cujas conseqüências correspondam aos anseios da sociedade do seu tempo. Como dito em outra oportunidade³⁹², o juiz que assume a postura de rechaçar as normas em dissonância com o texto constitucional e de negar aplicação isolada das leis mal elaboradas, interpretando-as conforme os valores sociais de sua época, não está de modo algum invadindo a esfera legislativa, mas, ao contrário, exercendo sua atividade dentro dos critérios de justiça vigentes.³⁹³

Ressalte-se, nesse contexto, o importante papel da jurisprudência, que não raro revela a insuficiência dos dispositivos legais em face das transformações sociais ocorridas, desenvolvendo e aperfeiçoando o Direito.³⁹⁴ A interpretação evolutiva da jurisprudência, essencialmente dinâmica, leva à evolução do próprio Direito, enquanto não supridas as deficiências no âmbito da legislação. É evidente que mesmo a jurisprudência não é infalível, havendo que ser rebatida e criticada sempre que afastar-se dos princípios constitucionais, falhando, assim, em sua fundamentação.

As divergências de posições quanto à aplicação da lei, geradoras de construções jurisprudenciais conflitantes, decorrem, muitas vezes, da existência de conceitos abertos, de conteúdo implícito, nos textos legais, cuja ausência de clareza leva a crer que aos juízes é permitida a escolha ente uma ou outra conseqüência jurídica. É o caso da Lei 8.009/90, que

de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

³⁹² VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Tutela de urgência...* Obra citada, p. 101.

³⁹³ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 19. Sobre a justiça nas decisões, veja-se, também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996, pp. 293/297.

³⁹⁴ Ressaltando o papel criador da jurisprudência, Plauto Faraco de Azevedo ensina: “Tendo o juiz que dirimir os litígios, não lhe basta a simples aplicação das leis. Precisa aplicá-las de modo a encontrar o justo no caso concreto, razão por que resulta inegável o papel criador da jurisprudência. Ao invés de negá-lo, deve-se buscar determinar-lhe a extensão. (...) A criação jurisprudencial do direito é inerente ao exercício da jurisdição e indispensável à evolução cultural, mas não pode deixar de atender à segurança jurídica, que não pode ser confundida com a defesa intransigente do *status quo*.” (Obra citada, p. 153 e p. 165.)

contém conceitos vagos, indeterminados, que exigem maior concreção quando de sua aplicação.

Exemplificando, quando a Lei 8.009/90 estende a impenhorabilidade legal ao “imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar” e aos “bens móveis que guarnecem a casa” (art. 1.º, parágrafo único), admite a possibilidade de uma flexibilização do sistema, a partir da interpretação do ordenamento jurídico com base em princípios e valores.³⁹⁵

Quanto ao conceito de entidade familiar - como visto no Capítulo 3 -, não se pode admitir que esteja restrito às hipóteses específicas do art. 226, parágrafos 3.º e 4.º, da Constituição Federal. As opções de família, socialmente reconhecidas, assumem feições diversificadas, e exigem reconhecimento também do ordenamento jurídico, sempre que se observar, no caso singular, a existência ainda que potencial de relações familiares. E isso tudo somado à impossibilidade de se atribuir tratamento discriminatório a pessoas que vivem sozinhas, igualmente merecedoras da proteção instituída.

No tocante aos bens móveis que guarnecem a casa, já se disse que o diploma legal traz como único critério para conformar hipóteses de impenhorabilidade a exclusão de obras de arte e adornos suntuosos. A extensão da expressão ‘móveis que guarnecem a casa’ só pode ser avaliada na análise do caso concreto, pois depende de fatores como essencialidade, necessidade para uma vida digna, padrão econômico e social do devedor e de sua família, pluralidade de bens com a mesma destinação. Além disso, a avaliação sobre a suntuosidade de um objeto depende, em muito, da subjetividade do intérprete.

É extremamente importante, nesse contexto, observar que as conclusões do intérprete quanto à aplicação da impenhorabilidade legal - assim como quanto à interpretação de outros textos legais que contenham conceitos indeterminados - não são decorrentes de arbitrariedade,

³⁹⁵ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Obra citada, p. 34.

tampouco de discricionariedade propriamente dita. Necessária, então, uma rápida abordagem sobre a denominada “discricionariedade judicial” e sobre a “criatividade” do Direito, pelo Poder Judiciário.

A idéia de discricionariedade, na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, vem freqüentemente associada à indeterminação de alguns conceitos jurídicos - os conceitos vagos - que reclamam um “juízo normativo concreto” do órgão julgador, não admitindo a aplicação do esquema “puramente subjuntivo”. Conceitos vagos, ensina, são conceitos de valor e de experiência, que assim como os conceitos precisos - de conteúdo determinado -, devem ser aplicados de modo a gerar uma única solução justa.³⁹⁶

Nessa linha de raciocínio, comparando o conceito indeterminado ou vago com o rígido e determinado, Arruda Alvim afirma que o legislador transferiu ao aplicador da lei a tarefa de ser minucioso e exauriente na descrição da norma. E isso porque a disciplina minuciosa em muitos casos se mostra inconveniente às finalidades últimas do legislador, que prefere confiar no aplicador da lei para realizar seus objetivos. A tarefa dos juizes, portanto, não é apenas aplicar dedutivamente o texto legal - com a simples subsunção do caso à norma -, mas perquirir e realizar o valor de justiça nele contido.³⁹⁷

A noção de discricionariedade - explica a autora citada - foi, originariamente, concebida por administrativistas. A discricionariedade administrativa corresponde, assim, a um tipo de atividade mental realizada pelo aplicador da lei, quando esta não determina exatamente como atingir os objetivos do texto legal. É atividade que se desenvolve com uma certa

³⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*, 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, pp. 198 e 201.

³⁹⁷ ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988, pp. 12/15.

liberdade, considerando-se a existência de várias soluções corretas em face da lei, que dela claramente se deflui.³⁹⁸

Verifica-se, na discricionariedade propriamente dita, a intenção deliberada constante da lei, de propiciar dualidade ou pluralidade de soluções, devendo a solução eleita ser motivada, a fim de demonstrar que não houve ilegalidade no exercício do poder discricionário, no caso singular. Distingue-se, essa discricionariedade, das hipóteses em que se exige do juiz uma “maior intensidade de valoração” na aplicação da norma. Nesses casos, não se pode falar propriamente em discricionariedade, pois ainda que se confira maior poder aos juízes, as normas comportam uma única interpretação, no sentido de abranger ou não num dado momento e num dado lugar uma determinada hipótese.³⁹⁹

Nessa ótica, Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que o que normalmente se denomina discricionariedade judicial não é propriamente discricionariedade mas, sim, o exercício da liberdade de investigação crítica do juiz: “Esta liberdade, embora se manifeste por uma pluralidade de soluções propostas, dirige-se sempre, à ‘única solução válida’, pois que pode ser oposta a qualquer outra que dela divirja”.⁴⁰⁰

Significa dizer que, se a norma aplicável contiver um conceito vago, o preenchimento desse conceito pela atividade mental de natureza interpretativa não pode ser confundida com discricionariedade. A distinção é fundamental: a norma ligada ao fenômeno da discricionariedade comporta diversas soluções possíveis; a que exige atividade interpretativa para ser aplicada não foi criada para gerar pluralidade de soluções mas, na verdade, para gerar uma única solução.

³⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo...* Obra citada, p. 197.

³⁹⁹ ALVIM, Arruda. Obra citada, p. 16.

⁴⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo...* Obra citada, p. 382.

Importante ressaltar, aqui, a observação de Arruda Alvim quanto à sensibilidade das normas às transformações da realidade social. Para o jurista, havendo conceitos vagos ou indeterminados, o “condicionamento” da realidade social exerce maior influência na atividade interpretativa. Essa sensibilidade ocorre em menor escala com as normas que descrevem minuciosamente a hipótese normativa; nestas, há somente uma “relativa indeterminação”, decorrente da impossibilidade de se prever tudo o que poderá ocorrer.⁴⁰¹ A realidade social pode ser considerada, então, à luz do ordenamento jurídico amplamente considerado, como parâmetro para a complementação exigida no ato de interpretação da norma que contém conceitos vagos ou indeterminados.⁴⁰²

Vale ainda mencionar, nessa ordem de idéias, a necessária vinculação dos juízes e tribunais - tanto nas hipóteses de conceitos vagos ou indeterminados quanto nas de conceitos rígidos e precisos - aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Os órgãos do Poder Judiciário - assim como os do Legislativo e do Executivo - estão vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, não apenas na prática dos atos judiciais mas, precisamente pela função que desempenham, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais. Não é exagero, portanto, afirmar que os juízes e tribunais - especialmente o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da Jurisdição Constitucional - definem o conteúdo e o verdadeiro sentido dos direitos fundamentais.⁴⁰³

⁴⁰¹ ALVIM, Arruda. Obra citada, pp. 18/19.

⁴⁰² Nesse contexto, vale citar a posição de Plauto Faraco de Azevedo: “A finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizando-a, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta que o direito tem um papel social a cumprir e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que são chamadas a reger e segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim.” (Obra citada, pp. 149/150.)

⁴⁰³ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 331.

Ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, os juízes têm o dever de outorgar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível (CF, art. 5.º, parágrafo 1.º)⁴⁰⁴, inclusive suprindo eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, também no âmbito do direito privado. Neste contexto, observa Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais podem ser considerados “parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito”.⁴⁰⁵

Na medida em que constituem parâmetro para a aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais, os direitos fundamentais autorizam os órgãos do Poder Judiciário a não aplicá-las sempre que houver conflito entre a legalidade e a constitucionalidade. Destacam-se, assim, num eventual conflito entre lei e Constituição, a fiscalização do Poder Judiciário e o princípio da proporcionalidade, como adiante se verá.

Na construção de parâmetros de interpretação à Lei 8.009/90, confere-se à jurisprudência especial relevância, pois a partir da busca pela melhor solução ao caso singular, atinge-se a valoração adequada da tutela jurídica legalmente prevista, com base nos princípios constitucionais e na integração do conceito de entidade familiar à realidade social.

Concluindo, lembre-se que ao estender o benefício da impenhorabilidade legal às pessoas sozinhas e às entidades familiares não descritas na lei, bem como ao afastar da constrição bens necessários ao sustento e à vida digna do devedor e de sua família, o juiz não exerce propriamente poder discricionário, pois a única solução válida é aquela que decorre dos princípios que informam o ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

6. O princípio da proporcionalidade

⁴⁰⁴ CF, art. 5º, parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁴⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 331.

Afirmou-se, linhas acima, que quando a inconstitucionalidade consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos em detrimento de outros em igual situação, considerando que o ato em si é constitucional e legítimo, não é função dos juízes declará-lo inconstitucional, retirando do ordenamento jurídico direitos legitimamente conferidos. A solução, nesse caso, é estender o benefício aos discriminados que judicialmente o solicitarem, caso a caso.

Afirmou-se, também, que os direitos fundamentais autorizam os órgãos do Poder Judiciário a não aplicar as normas infraconstitucionais sempre que houver conflito entre a legalidade e a constitucionalidade. Os direitos fundamentais constituem, assim, parâmetro para a aplicação e interpretação das leis, e num eventual conflito entre lei e Constituição são essenciais a fiscalização do Poder Judiciário e a conseqüente aplicação do princípio da proporcionalidade.

A Lei 8.009/90, como visto, contém no seu texto várias disposições discriminatórias - entre elas as expressões “casal” e “entidade familiar” para designar os beneficiários da impenhorabilidade legal - que flagrantemente violam os princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia, devendo ser interpretada conforme a Constituição, de modo a estender o benefício instituído a todas as pessoas, à luz desses princípios.

Na medida em que a Lei 8.009/90 veio proteger a casa de moradia e não regular as relações familiares, toda interpretação no sentido de limitar a sua aplicação em função do modelo familiar em que se insere o devedor é contrária à Constituição, ainda que decorrente do texto da lei. É nesse contexto que se ressalta a importância do princípio da proporcionalidade, que permite aos juízes aplicar as normas infraconstitucionais à luz dos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

O princípio da proporcionalidade é muito antigo, mas foi redescoberto nos últimos duzentos anos, com especial aplicação no âmbito do Direito Administrativo. Sua aplicação no

campo do Direito Constitucional pode ser considerada novidade do fim do século passado, devendo ser compreendida a partir de duas concepções históricas de Estado de Direito. A primeira, decadente e ultrapassada, vincula-se ao **princípio da legalidade** e tem seu apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; a segunda, em plena ascensão, vincula-se ao **princípio da constitucionalidade**, e considera como núcleo da ordem jurídica o respeito aos direitos fundamentais.⁴⁰⁶

Derivado do Estado de Direito nascido após a conflagração de 1939-1945, o princípio vincula-se ao Direito Constitucional através dos direitos fundamentais, e sua função é protegê-los, entendendo-se o controle da proporcionalidade como expressão do próprio controle de constitucionalidade. A revolução constitucional que originou o segundo Estado de Direito, segundo Paulo Bonavides, teve início quando as declarações de direitos passaram de “declarações político-filosóficas” a “atos de legislação vinculantes”. A aplicação do princípio da proporcionalidade constitui, assim, o fortalecimento do segundo Estado de Direito, e representa sua nota mais distintiva.⁴⁰⁷

O reconhecimento do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional ocorreu primeiramente na Suíça - faltando-lhe contudo sistematização e rigidez -, mas sua importância e prestígio devem-se à doutrina e à jurisprudência alemãs, na segunda metade do século XX.⁴⁰⁸ Na Alemanha foi aplicado, de início, no Direito Administrativo - com alicerce no direito natural, ao final do século XVIII -, mas migrou para o Direito Constitucional assumindo a salvaguarda dos direitos fundamentais. Teve larga aplicação após o advento da

⁴⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 362.

⁴⁰⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁰⁸ “Não deve todavia ficar deslembado que a utilização do princípio da proporcionalidade na Suíça revelou também a importância do influxo do Direito Constitucional sobre o Direito Administrativo, fazendo Fritz Werner, então Presidente do Tribunal Administrativo Federal, declarar numa conferência que o Direito Administrativo era o Direito Constitucional concretizado.” (BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 376.)

Lei Fundamental, depois da Segunda Guerra Mundial, principalmente com a jurisprudência do Tribunal Constitucional da federação alemã.⁴⁰⁹

Talvez a mais controvertida característica do princípio seja a inegável ascendência do juiz sobre o legislador, que não chega, no entanto, a abalar o princípio da separação dos poderes, de Montesquieu. Mantém-se resguardada, ao contrário do que se poderia pensar, a autonomia do legislador, que continua a exercer livremente sua função, desde que o faça em conformidade com os princípios insculpidos na Constituição. Na época em que se sobrepunha o princípio da legalidade ao da proporcionalidade, o legislador era considerado verdadeiro soberano, acima de qualquer controle. No segundo Estado de Direito, onde se reconhece a supremacia da Constituição sobre a lei, prepondera a princípio da proporcionalidade sobre o da legalidade, aperfeiçoando-se os mecanismos jurisdicionais de controle dos atos do legislador.⁴¹⁰

Pertencendo à essência do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade não precisa estar exposto no texto constitucional, sendo entendido por parte da doutrina como princípio geral do direito. Mas a falta de previsão expressa traz algumas dificuldades de ordem terminológica. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência alemãs têm sido utilizadas, além da expressão proporcionalidade, as expressões “excessivo”, “inadequado”, “proibição de excesso”, “necessidade”, “necessariamente exigível” e “proporcionalidade em sentido estrito”, que na verdade traduzem a composição do princípio.⁴¹¹

⁴⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Obra citada, p. 26.

⁴¹⁰ Nesse sentido: “A exegese do direito ordinário, para ser segura e adequada, impõe que se dê atenção às raízes de natureza constitucional da norma interpretada. Isso por duas razões básicas. Em primeiro lugar, porque, como é de geral conhecimento, é a Constituição que dá unidade ao sistema jurídico, que estabelece seus princípios básicos que fixa os direitos fundamentais. Por isso mesmo, as regras positivadas pelo legislador ordinário somente serão válidas quando compatíveis com os preceitos constitucionalizados, e a interpretação e a aplicação delas deverá se dar de forma a que os resultados não só sejam compatíveis com os princípios da constituição, mas que representem a mais fiel concretização dos valores constitucionais.” (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. [Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier] São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, pp. 81/82.

⁴¹¹ Veja-se, sobre as expressões utilizadas na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Obra citada, pp. 26/27.

As expressões citadas servem para designar, na lição de Paulo Bonavides, subprincípios ou conteúdos parciais do princípio da proporcionalidade. O primeiro desses subprincípios, segundo o autor, consiste na “adequação, pertinência ou aptidão” de determinada medida para alcançar um fim baseado no interesse público; confunde-se com a “vedação de arbítrio”, expressão muitas vezes usada para designar o princípio geral da proporcionalidade. O segundo é a “necessidade”, segundo o qual a medida não deve exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se busca alcançar; também chamado “princípio da escolha do meio mais suave”, destina-se a eleger entre todas as medidas que servem à obtenção do mesmo fim, a menos nociva aos interesses do cidadão. Por fim, o terceiro subprincípio, da “proporcionalidade propriamente dita” segundo o qual a escolha da medida a ser adotada deve levar em conta o conjunto de interesses em jogo; a proporcionalidade *stricto sensu* é, assim, “condição da legalidade”, na medida em que obriga o uso de meios adequados e proíbe o uso de meios excessivos, injustificáveis.⁴¹²

Mas o princípio da proporcionalidade não existe apenas para o controle da constitucionalidade, para simplesmente salvaguardar os direitos fundamentais. Destina-se, também, a solucionar eventuais conflitos entre esses direitos, apontando qual deles deve prevalecer na hipótese de colisão, funcionando, aí, como importantíssimo instrumento de interpretação. Ainda que os direitos fundamentais guardem, teoricamente, perfeita compatibilidade entre si, na prática nem sempre a convivência entre eles é harmônica, ocorrendo fenômenos de tensão que dão origem às chamadas “colisões de direitos ou conflitos de direitos”. São verdadeiras restrições aos direitos fundamentais⁴¹³ que, segundo Teori Albino

⁴¹² BONAVIDES, Paulo. Obra citada, pp. 360/361. No mesmo sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Obra citada, pp. 27/28.

⁴¹³ Nesse sentido, admitindo a viabilidade de eventuais restrições ao próprio princípio da dignidade humana - desde que se preserve sua essência -, Ingo Wolfgang Sarlet observa que existem “ofensas mais ou menos graves à dignidade, que, dependendo de sua intensidade, podem, ou não, ser toleradas em prol de outros valores constitucionais”. (Obra citada, pp. 112/113.)

Zavascki, embora não escritas emanam do próprio sistema jurídico. Exemplos frequentes podem ser considerados a difícil harmonia entre o direito à intimidade da vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística; e a dificuldade de compatibilizar a proibição de censura com o direito à qualidade da educação.⁴¹⁴

Nas hipóteses em que for verificada a colisão entre direitos fundamentais, cabe ao intérprete verificar se existe solução apontada pela própria legislação ordinária - a chamada solução legislativa dos conflitos - e, não havendo ou sendo insuficiente a regra legislada, solucionar a questão diretamente pela via judicial. Haverá, de todo modo, a necessária limitação de um dos direitos em benefício do outro. Entre os princípios básicos para a solução dos conflitos, também na doutrina brasileira são apontados os já referidos subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade. Assim, Teori Albino Zavascki refere-se ao 'princípio da necessidade', segundo o qual a limitação de um dos direitos fundamentais só será legítima quando for impossível estabelecer uma convivência simultânea entre os direitos em conflito; ao 'princípio da proibição de excessos' - associando-o ao princípio da proporcionalidade -, que institui como regra a menor restrição possível na busca da harmonização dos direitos; e ao 'princípio da salvaguarda do núcleo essencial' dos direitos, sendo ilegítima a eliminação de um deles a pretexto de harmonizá-los.⁴¹⁵

Ainda sobre a controvertida ascendência do juiz sobre o legislador, antes referida, cabe salientar que a aplicação do princípio da proporcionalidade não significa uma remoção da função do legislador, de criação da lei, tampouco a passagem para a formação do chamado "Estado-juiz", mas somente um meio de tornar possível a elaboração de decisões justas na solução do caso singular. Assim, quando se afirma que entre a legalidade e a constitucionalidade deve-se escolher esta em detrimento daquela, é preciso ter em mente que o

⁴¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Obra citada, p. 82.

⁴¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Obra citada, pp. 83/84.

princípio da constitucionalidade propriamente dita pode ser considerado, na observação de Paulo Bonavides, “o mesmo princípio da legalidade posto no invólucro formal da Constituição”.⁴¹⁶

Prossegue o mesmo autor afirmando que o princípio da constitucionalidade formal evoluiu para o da constitucionalidade material, firmando a ascensão do Poder Judiciário através dos mecanismos de controle das leis. Significa dizer que, através das intervenções judiciais de controle, propicia-se o exercício de uma justiça onde o juiz não esteja vinculado unicamente ao teor abstrato das leis, mas inserido na realidade do caso singular e, a partir dele, na dimensão dos valores constitucionais. Note-se que o advento da teoria material da Constituição - de onde resultaram novos métodos interpretativos - com o reconhecimento da normatividade dos princípios, vem trazendo consideráveis progressos na proteção processual dos direitos fundamentais.⁴¹⁷

Importante ressaltar que a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação, deve ser entendido como “princípio de interpretação conforme a Constituição”, segundo o qual o julgador deve tentar preservar a validade do conteúdo da norma jurídica, pretendido pelo legislador, aplicando-a de acordo com a Constituição, compatibilizando a norma com a lei maior.⁴¹⁸

No Brasil, ainda que não figure como regra de direito escrito, o princípio da proporcionalidade existe como norma esparsa no texto constitucional, verificada, muitas vezes, em outros princípios constitucionais, principalmente no de isonomia, considerada a igualdade relativa, proporcional, de que antes se falou. Para Paulo Bonavides o princípio da

⁴¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 384.

⁴¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 387.

⁴¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 388. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso ensina: “havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carream para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.” (Obra citada, p. 165.)

proporcionalidade está positivado em nosso ordenamento constitucional, fluindo do parágrafo 2.º, do art. 5.º, que abrange a parte não expressa dos direitos e garantias decorrentes da natureza do regime, da essência do Estado de Direito e dos princípios por ele consagrados.⁴¹⁹

⁴¹⁹ Paulo Bonavides afirma, ainda, que o princípio está inserido nos seguintes dispositivos de nossa Constituição: “Incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; par. 3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; par. 4º, bem como alíneas *c* e *d* do inciso III do art. 40 sobre a aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; *caput* do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; *caput* e parágrafos. 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; par. 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.” (Obra citada, pp. 395/396.)

NOTAS CONCLUSIVAS

Considerando que o presente trabalho envolve, inevitavelmente, tema híbrido, contendo considerações de Direito Processual, Direito de Família e Direito Constitucional, optou-se por apresentar, neste ponto, algumas notas de cunho conclusivo, acerca dos tópicos desenvolvidos ao longo do estudo.

1. O processo de execução tem estrutura e finalidade diversas das do processo de conhecimento, pois consiste basicamente na prática de atos concretos que visam adequar a situação fática ao que ela já deveria ser, conforme o disposto na sentença ou noutro título de semelhante eficácia.
2. Na execução por quantia certa contra devedor solvente, a fase instrutória é mais complexa em relação às demais execuções, pois nesse tipo de processo os meios executivos iniciam-se pela penhora, prosseguem com o depósito, a avaliação, a hasta pública, e culminam com a verdadeira expropriação, ou seja, a alienação dos bens penhorados e recolhimento do valor respectivo, preparando-se, assim, a entrega ao exeqüente.
3. Enquanto a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do patrimônio do devedor para satisfazer o crédito, na execução das obrigações de fazer ou não fazer o objeto é a conduta do devedor e, apenas indiretamente, o patrimônio do executado responde pelo custo da realização dessa conduta. Assim é que se percebe a fundamental importância do princípio da responsabilidade patrimonial, estatuído no art. 591, nas execuções das obrigações para entrega de coisa e nas que se destinam à obtenção de uma soma em dinheiro para a satisfação do direito do credor.
4. A penhora é ato executivo que individualiza os bens do patrimônio do devedor que responderão pelo cumprimento da obrigação, sendo expropriados para posterior satisfação do

direito do credor. É a penhora, portanto, que afeta os bens à execução, tornando ineficazes, no plano processual, os atos de disposição praticados pelo executado.

5. Com base em valores políticos e sociais, a lei exclui da penhora determinados bens do executado, considerando-os absolutamente ou relativamente impenhoráveis. A impenhorabilidade absoluta atinge os bens que sob nenhuma condição podem vir a ser objeto de penhora e posterior alienação forçada na execução por quantia certa. A impenhorabilidade é considerada relativa quando a constrição só puder ser admitida se o bem reunir determinados requisitos legalmente previstos. Admite-se a penhora, a princípio, na falta de outros bens disponíveis no patrimônio do devedor.

6. Se a constrição recai sobre bens integrantes do patrimônio de quem não responde pela dívida, a penhora é nula, tratando-se de invalidade subjetiva, devendo o titular do patrimônio atingido arguir a nulidade através dos embargos de terceiro. É possível, no entanto, que a penhora seja nula, precisamente em razão da impenhorabilidade do bem; é a invalidade objetiva do ato processual.

7. A impenhorabilidade processual absoluta é matéria de ordem pública, não podendo as partes dela dispor, devendo ser conhecida de ofício pelo juiz. Assim, se a constrição recai sobre os bens elencados no art. 649, é nula de pleno direito, não estando o reconhecimento da nulidade sujeito à preclusão. Mas as outras restrições à responsabilidade patrimonial do devedor são instituídas, em regra, no interesse particular, tratando-se, portanto, de nulidade relativa, devendo ser argüida somente pelo próprio devedor, através de simples requerimento no curso da execução ou em sede de embargos (CPC, art. 741, V).

8. No tocante ao bem de família legal, por se tratar a Lei 8.009/90 de norma de ordem pública, de caráter imperativo, que protege o devedor e sua família assegurando-lhes moradia e sobrevivência dignas, e cuja aplicação interessa ao Estado na mesma proporção em que os casos de impenhorabilidade previstos no art. 649, admite-se o reconhecimento de ofício da impenhorabilidade. Justamente pelo interesse público da referida lei, é considerada nula qualquer cláusula contratual onde as partes convençionem afastar a sua incidência; o benefício da impenhorabilidade é, nesse aspecto, irrenunciável.

9. Admite-se que o executado renuncie ao benefício quando, ao ser citado, nomear à penhora o bem de família. Do mesmo modo, caracteriza-se a renúncia quando a nomeação é feita pelo exequente e o devedor manifesta expressamente sua concordância.

10. Os dispositivos da Lei 8.009/90 privilegiam valores como a propriedade, a família e a dignidade humana (já protegidos na impenhorabilidade do art. 649 do CPC). Ao incluir o imóvel residencial familiar entre os bens relativamente impenhoráveis, subtraindo alguns bens da garantia patrimonial do credor, o legislador acertadamente valorizou o direito à habitação, considerando-o indispensável para que o devedor e sua família vivam com dignidade.

11. A despeito de não ser considerada unicamente norma processual pela incidência de seus efeitos nas relações jurídicas de ordem material, o interesse público e a finalidade social impõem uma interpretação teleológica da lei, consoante à realidade social, e uma aplicação que observe o verdadeiro sentido da norma e acompanhe as novas necessidades sociais, sem afastar-se dos princípios e garantias estabelecidos na Lei Maior.

12. A inexistência de critérios seguros para definir o imóvel residencial impenhorável fez com que a jurisprudência evoluísse no sentido de admitir o desmembramento do imóvel tido como residencial familiar, a fim de que a impenhorabilidade recaia somente sobre a área indispensável à fixação da residência, quando esta comportar individualização.

13. No tocante à titularidade do bem, a despeito da caracterização como bem de família, o imóvel continua pertencendo ao seu respectivo titular, e não propriamente à família, que não se trata de ente dotado de personalidade jurídica. Mas não só a propriedade é protegida pela impenhorabilidade legal; também a posse é abrangida pelo benefício.

14. Relativa ao imóvel ainda em fase de construção, que será destinado à residência da família, é fundamental que se verifique a real intenção de ser destinada a construção à moradia do devedor e de seus familiares. Para tal verificação, é importante observar, quando do ajuizamento da execução, se a construção já se encontrava em estado adiantado, a fim de impedir a concessão do benefício ao devedor de má-fé.

15. O benefício da impenhorabilidade legal pode ser pleiteado pelo devedor quando a penhora incidir sobre o seu quinhão do imóvel em condomínio e os demais condôminos forem membros de sua família. Também os familiares, nessa hipótese, desde que não sejam co-executados e residam no bem objeto da constrição, podem argüir a impenhorabilidade, através de embargos de terceiro. Nos casos em que os demais condôminos não integram a família do devedor, deve ser admitida a penhora do quinhão pertencente ao executado, sem que as outras quotas sejam atingidas; se indivisível o imóvel, aos condôminos é assegurado o direito de preferência na aquisição do quinhão penhorado, quando da alienação em hasta pública (CC, arts. 632 e 1.139).

16. Quanto à impenhorabilidade dos equipamentos de uso profissional, a Lei 8.009/90 não inovou, pois são legalmente impenhoráveis por força do art. 649, VI, do CPC. Imagina-se, então, que o legislador pretendeu especificar, no interior do imóvel residencial, o que também pode ser impenhorável. As plantações referidas no mesmo dispositivo, certamente são aquelas tidas como acessões nos imóveis rurais.

17. Estão abrangidas pelo benefício da impenhorabilidade legal, tanto as benfeitorias necessárias ou úteis, quanto as voluptuárias. Benfeitorias, ainda que possam ser consideradas obras de arte se executadas com originalidade por artistas famosos, são necessariamente ligadas à construção, sendo impossível removê-las sem destruí-las. A impenhorabilidade, nesses casos, decorre da própria acessoriedade.

18. Sobre as vagas de garagem, a jurisprudência tem entendido, predominantemente, que se a vaga constitui uma unidade autônoma, com registro imobiliário próprio, não tem caráter acessório e, portanto, pode ser penhorada. Se, ao contrário, a vaga na garagem não tem registro próprio, sendo acessória em relação à unidade habitacional autônoma, não pode ser objeto da constrição.

19. Com a evolução do serviço de telefonia, a penhora das linhas telefônicas passou a ser economicamente inviável. Mas, ainda que assim não fosse, a jurisprudência orientou-se no sentido de admitir que o telefone residencial é indispensável à vida moderna, imprescindível para o cultivo das relações sociais do devedor e de sua família, considerando-o abrangido pelo benefício da impenhorabilidade legal. Note-se, a propósito, que não é economicamente

inviável, mas, ao contrário, perfeitamente admissível, a penhora sobre as ações de companhia telefônica, com cotação em Bolsa de Valores, porque desvinculadas do direito ao uso da linha.

20. O legislador não pretendeu dar ao executado unicamente condições de sobrevivência. Procurou, sim, garantir ao devedor e à sua família uma vida digna, que permita seja mantida a convivência no meio social a que pertencem. Para tanto, são necessários bens que, ainda que não propriamente indispensáveis à sobrevivência humana, estejam incorporados ao uso generalizado da vida social.

21. No tocante aos bens destinados ao lazer, muitas vezes excluídos do benefício porque considerados dispensáveis, houve sensível modificação da orientação jurisprudencial, sendo esses equipamentos e utensílios - entre os quais a televisão, o vídeo cassete e o aparelho de som - modernamente reconhecidos como fundamentais para o bom convívio familiar e, como tais, impenhoráveis.

22. Quanto aos veículos, estão sujeitos à penhora automóveis, caminhões, caminhonetes, reboques, utilitários, tratores, charretes, carroças, motocicletas e bicicletas, pois todos são veículos de transporte (CTB, art. 96). Se o veículo é usado como instrumento de trabalho do devedor, é impenhorável por força do art. 649, VI, do CPC. No tocante aos caminhões, especificamente, se o devedor possuir vários deles, dirigidos ou fretados por seus prepostos, a impenhorabilidade não deverá atingir a todos, pois não se pode perder de vista o fim social da Lei.

23. Os adornos, porque normalmente não aderem à construção, não se confundem com benfeitorias voluptuárias, como freqüentemente ocorre com as obras de arte executadas sobre as paredes do imóvel. Esses ornamentos são atingidos pela impenhorabilidade quando suntuosos, ou seja, luxuosos, pomposos e, conseqüentemente, economicamente valiosos.

24. À falta de maior especificação, estão incluídos entre os bens móveis, os eletrodomésticos e aparelhos eletrônicos, desde que necessários a proporcionar uma vida digna ao devedor e à sua família. Os móveis não quitados só podem ser penhorados para a satisfação do crédito de quem os vendeu.

25. O benefício da impenhorabilidade legal é aplicável mesmo diante de créditos preferenciais, não havendo qualquer conflito entre a Lei 8.009/90 e o disposto nos arts. 184 do Código Tributário Nacional e 30 da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), que ressalvam expressamente “os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”.

26. As exceções previstas na Lei 8.009/90 (art. 3.º) não autorizam aos respectivos credores, penhorar o bem residencial do devedor, de valor consideravelmente superior ao crédito, sobretudo quando houver outros bens passíveis de serem constritos. Deve ser admitida a substituição do bem penhorado nessas circunstâncias, considerada a sua destinação a despeito da exceção legalmente prevista, porque inadmissível, também aí, o excesso de penhora.

26. Quanto aos créditos trabalhistas, a Lei se refere aos trabalhadores que exercem atividade profissional na residência do devedor, incluídos nessa categoria os considerados empregados domésticos - empregadas mensalistas, governantas, copeiros, mordomos, cozinheiros, jardineiros e mesmo faxineiras diaristas se caracterizado o vínculo empregatício -, bem como os motoristas particulares dos membros da família.

27. A exceção prevista no inciso II é plenamente justificável, pois seria ilógico imaginar que alguém pudesse contrair obrigações para construir ou adquirir seu imóvel residencial, furtar-se ao cumprimento de tais obrigações, e ainda argüir a impenhorabilidade desse mesmo imóvel por se tratar de bem de família.

28. A Lei 8.009/90 também exclui da impenhorabilidade o imóvel residencial do devedor e móveis que o guarnecem, nas execuções de pensão alimentícia. A obrigação alimentar decorrente de ato ilícito, entretanto, constitui indenização paga na forma de alimentos, sendo a menção a ‘alimentos’ na hipótese de homicídio, simples referencial para a fixação do *quantum* devido. A dívida, então, tem conteúdo de responsabilidade civil e não de Direito de Família. É nesse sentido que se orientou a jurisprudência, entendendo que a Lei 8.009/90, na exceção do inc. III do art. 3.º, considerou somente os alimentos decorrentes do Direito de Família, e não outras dívidas de caráter alimentar.

29. O benefício da impenhorabilidade legal não se aplica à cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do próprio imóvel. As taxas e contribuições

a que a Lei se refere consistem na remuneração por serviços públicos prestados e contribuições de melhoria instituídas em virtude de obras públicas que valorizam o imóvel.

30. Não se pode ignorar a inviabilidade de manter os condomínios em face da impenhorabilidade da unidade autônoma e dos bens que a guarnecem, nas execuções para a cobrança de despesas inerentes à manutenção e conservação da coisa comum. Prevalece, assim, na jurisprudência, o entendimento segundo o qual não se aplica o benefício da impenhorabilidade nas execuções de tais créditos.

31. Havendo mais de um imóvel residencial, a instituição de hipoteca sobre o de menor valor não faz com que a impenhorabilidade passe a incidir sobre outro imóvel mais valioso. Ao contrário, o devedor que hipoteca justamente o imóvel sobre o qual incide a impenhorabilidade legal está, de certa forma, renunciando ao benefício, mas somente em relação à execução do crédito hipotecário. Não se estará abrindo mão do benefício legal, entretanto, se outro imóvel que não o de menor valor tiver sido registrado como bem de família (CC, art. 70).

32. No caso das uniões estáveis, quem institui a hipoteca é o titular do bem - ou titulares se o bem estiver em condomínio -, sendo válida a garantia ainda que não declarada a convivência. Se a entidade familiar é constituída pelo devedor solteiro que vive com seus pais, e este devedor institui a hipoteca sobre o bem destinado à residência da família, o imóvel deixa de ser impenhorável perante o credor hipotecário, independentemente da anuência dos ascendentes. Do mesmo modo, o ascendente não necessita do assentimento dos filhos para oferecer o bem de família, de sua propriedade, como garantia real.

33. Ao excluir da impenhorabilidade os bens adquiridos com produto de crime, o legislador não considerou apenas os delitos com imediata vantagem pecuniária ao criminoso, entre os quais o estelionato e a extorsão. Foram considerados, também, os crimes cuja expressão pecuniária não é imediata - como o furto de bens com posterior revenda e a receptação -, excluídos somente aqueles de nenhuma vantagem econômica para o agente, como os crimes contra a honra.

34. Quando à sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, a Lei 8.009/90 refere-se ao título executivo judicial previsto no art. 584, II, do CPC. Não

é necessário, aqui, os crimes tenham conotação econômica, pois a indenização nem sempre está vinculada a prejuízo patrimonial.

35. No tocante ao perdimento de bem, se o imóvel residencial do criminoso tiver sido auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, poderá ser perdido em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (CP, art. 91, II, 'b'). Ainda que na hipótese não haja propriamente penhora, o legislador certamente quis impedir que o devedor, pretendendo uma aplicação analógica em seu benefício, viesse a arguir a impenhorabilidade do bem por ser o único com destinação residencial.

36. A impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador só poderá ser afastada nas fianças prestadas após a vigência da Lei 8.245/91. De qualquer modo, para garantir a impenhorabilidade de seu imóvel residencial, ao fiador resta instituir voluntariamente o bem de família (CC, art. 70), recomendando-se que o faça antes da inadimplência do locatário, porque, embora possível a instituição havendo dívidas anteriores, será ineficaz se comprometer a solvência do devedor (CC, art. 71, parágrafo único).

37. Há também exceções à impenhorabilidade legal nas hipóteses de sabida insolvência e má-fé do adquirente de imóvel mais valioso. Quanto à insolvência, exige-se apenas que o devedor esteja ciente de sua situação econômica ao adquirir o novo imóvel. No tocante à má-fé, deve estar evidente a intenção do devedor, ao substituir seu imóvel residencial por outro de maior valor, de fazer com que a impenhorabilidade recaia sobre bem mais valioso, sabendo-se insolvente, ou diante de previsível e iminente insolvência.

38. A hipoteca do imóvel residencial (art. 3.º, V) - hipótese genérica de garantia real - não pode ser confundida com a hipoteca da pequena propriedade rural (art. 4.º, parágrafo 2.º), sobretudo pela especificidade da segunda. A pequena propriedade rural não pode ser objeto de penhora, ainda que hipotecada na cédula trazida à execução. Certamente não poderia a Lei 8.009/90, a despeito do interesse público nela traduzido, neutralizar disposição constitucional (art. 5.º, XXVI) que protege a pequena propriedade rural estabelecendo sua impenhorabilidade no caso de execução por débito decorrente do financiamento da sua produção.

39. Para a definição da 'sede da moradia' na propriedade rural, deve ser considerada a área ocupada pela residência e respectivas adjacências, levando-se em conta, também, o módulo rural passível de desmembramento, para permitir o registro imobiliário da parcela do imóvel considerada penhorável.

40. Sobre os lotes urbanos sem edificação, será impenhorável a moradia do devedor e de sua família, mesmo que não averbada a construção no Registro de Imóveis.

41. A exclusão dos imóveis comerciais não deve ser generalizada, sob pena de se cometer injustiça. Há imóveis que possuem destinação mista, devendo o julgador, antes de excluir a incidência do favor legal, atentar para duas situações: a possibilidade de desmembramento do bem e a utilização predominante do mesmo como moradia. A impenhorabilidade deve recair somente sobre a área indispensável à fixação da residência, quando esta comportar individualização. Assim, na hipótese de destinação mista, sendo individualizáveis as edificações, será impenhorável somente a edificação com finalidade residencial.

42. A impenhorabilidade legal também poderá incidir em função da utilização predominantemente residencial do imóvel com destinação mista. Há casos em que existe locação de apenas parte do imóvel residencial, o que não impede o reconhecimento da impenhorabilidade - desde que preenchidos os demais requisitos legais -, pois os aluguéis de cômodos ou outras instalações podem simplesmente complementar a renda familiar, sem alterar a destinação do imóvel como moradia da família. A impenhorabilidade também poderá atingir os aluguéis auferidos, quando forem essenciais à subsistência do devedor e de sua família (art. 649, II do CPC).

43. Considere-se a hipótese de o devedor possuir vários imóveis que admitam destinação residencial, mas apenas um abrigando o devedor e sua família. Se, pela expropriação de outros imóveis que não aquele ocupado pelo devedor e sua família, for possível a satisfação do crédito, não será necessária a mudança da residência familiar; se o devedor for proprietário de vários imóveis e condômino de um imóvel, mesmo sendo o respectivo quinhão o bem de menor valor, não deverá a impenhorabilidade incidir sobre esse quinhão, mas sobre outro imóvel residencial, pela inviabilidade de se fixar a residência da família no imóvel comum; e, se o devedor ocupar imóvel próprio, de reduzidas dimensões, por razões profissionais, deixando

sua família numerosa em imóvel maior, também próprio, a impenhorabilidade deverá incidir sobre o imóvel ocupado pela família, mesmo que mais valioso.

44. Considerando que os dois institutos - bem de família legal e bem de família voluntário - coexistem, se houver instituição voluntária de bem de família, pelo disposto na própria Lei 8.009/90, a impenhorabilidade legal deverá incidir sobre o mesmo imóvel.

45. A reflexão sobre a incidência imediata da Lei 8.009/90 perdeu o sentido prático, pois está pacificado, na jurisprudência, que o cancelamento das penhoras nas execuções pendentes não constituiu afronta à Constituição Federal, principalmente pelo caráter social da Lei (Súmula 205/STJ).

46. Revogando expressamente as disposições em contrário, a Lei 8.009/90 revogou o art. 776, II, do Código Civil, que instituiu o penhor legal em favor do “dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos alugueres ou rendas”. Mas nem todas as disposições sobre as restrições à responsabilidade patrimonial do devedor foram revogadas. Os artigos 648 a 650 do Código de Processo Civil continuam aplicáveis naquilo que for compatível.

47. Continuam em vigor, também, as disposições sobre a instituição voluntária do bem de família (CC, arts. 70 a 73). Note-se que a própria Lei 8.009/90, quando tratou da pluralidade de imóveis residenciais (art. 5.º, parágrafo único), expressamente manteve a impenhorabilidade voluntária.

48. A Lei 8.009/90 estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do “casal” ou da “entidade familiar”. Imagina-se, então, que a palavra casal refira-se a cônjuges, e a expressão entidade familiar revista-se do significado constante no art. 226, parágrafos 3.º e 4.º, da Constituição Federal, podendo ser a união estável ou a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Indaga-se, aqui, se a própria lei deve definir o modelo familiar beneficiado pela impenhorabilidade legal ou o diploma legal deve ser interpretado de acordo com os modelos de família sociológica e juridicamente reconhecidos.

49. Em nosso direito constitucional anterior, a família merecedora da proteção do Estado era a matrimonializada, legitimada pelo instituto do casamento. Numa verdadeira revolução de conceitos, e tentativa de adequação às transformações na ordem social, a Constituição de 1988 criou a categoria das entidades familiares - união estável e famílias monoparentais -, coexistindo com a família dita legítima, também sujeitas à tutela estatal.

50. Note-se que não há qualquer restrição à proteção da entidade familiar instituída por esta ou aquela forma. Diante disso, reconhecido o pluralismo dos modelos familiares, não mais se concebe um Direito de Família voltado apenas às famílias originadas no casamento, sendo imprescindível uma reformulação de seus princípios, sob o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

51. A proteção do Estado é dirigida à família, e não à forma pela qual é constituída. Sendo a família a base da sociedade (CF, art. 226, *caput*), sua proteção deve ser relevante para o Estado, independentemente de sua origem, pois não sendo protegida a família, não haverá estrutura para formar o cidadão, e a base de toda a coletividade estará comprometida.

52. Espera-se dos operadores do Direito, portanto, não uma postura conservadora que leve à interpretação restritiva do conceito de família, mas sim uma posição condizente com a realidade social, que interpreta amplamente o texto constitucional, reconhecendo como família as várias modalidades de convivência onde predomine o afeto e que assumam feição familiar.

53. Quando tratou da impenhorabilidade do bem de família, ao referir-se às entidades familiares, o legislador obviamente não excluiu a possibilidade de pessoas solteiras serem alcançadas pelo benefício da Lei 8.009/90. Não é o estado civil, portanto, que define o âmbito de sua incidência.

54. Como a lei não pode discriminar pessoas sozinhas, a incidência da impenhorabilidade depende unicamente da alegação do devedor aliada a indícios de convivência. Sendo suficientes tais elementos, não há que se falar em maior dilação probatória para demonstrar que a relação enquadra-se perfeitamente no conceito de união estável, ou seja, que é uma união duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir família.

55. No tocante à arguição da impenhorabilidade legal, nas uniões estáveis, a companheira (ou companheiro), que constitui uma entidade familiar com o devedor (ou devedora), poderá opor embargos de terceiro para a defesa do imóvel residencial que abriga a família, devendo ser intimada (ou intimado) da penhora sobre os bens imóveis, da forma prevista para o cônjuge.

56. Referindo-se à entidade familiar, a Lei 8.009/90 instituiu o benefício da impenhorabilidade também em favor das famílias monoparentais, definidas como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CF, art. 226, parágrafo 4.º).

57. Apesar da indefinição quanto ao exato conceito de monoparentalidade - tanto na Constituição quanto no Direito Civil -, tem sido interpretado de forma abrangente, de modo a incluir a mãe ou o pai que, por qualquer razão, vive só com seu filho, inclusive em vínculo adotivo (CF, art. 227, parágrafo 6.º).

58. A impenhorabilidade legal alcança os casos em que um dos pais é proprietário do imóvel e devedor, bem como aqueles em que o filho seja proprietário e devedor, residindo com seu ascendente. Ressalte-se, aí, o reconhecimento da impenhorabilidade do bem em função da entidade familiar, mesmo sendo o devedor solteiro e não vivendo em união estável.

59. As uniões livres são uniões transitórias onde não há comunhão de vida, nem mesmo objetivo de constituir família. No entanto, a ausência de compromisso e o estilo de vida celibatário - que independentemente das razões que levam a esta opção, tem como característica a ausência de casamento - não impedem que venha a ser constituída uma entidade familiar.

60. A questão das mães solteiras - um dos fatores da monoparentalidade - envolve tanto os interesses da mulher, quanto os dos filhos, sendo garantias constitucionais a igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, e a proibição de qualquer tratamento discriminatório em relação à filiação. Assim, não é suficiente permitir às mulheres escolher a maternidade isolada, devendo-se, também, permitir que possam educar com dignidade o filho assim concebido, lembrando, ainda, que o exercício da autoridade parental, ainda que exclusivo na hipótese de reconhecimento unilateral, não é ilimitado.

61. Na separação judicial, se os cônjuges, por ocasião da partilha dos bens em comunhão, destinam um imóvel a cada um dos separandos ou, na dissolução de união estável, se os conviventes, quando dividem os bens em condomínio, determinam a transferência de quotas dos respectivos imóveis, de modo a destinar um dos dois a cada um deles, a melhor solução é no sentido de reconhecer a existência de duas novas entidades familiares, ambas sujeitas à proteção da Lei 8.009/90. O mesmo ocorre com a mera separação de fato dos cônjuges que decidem residir, cada um, num dos imóveis que integram a comunhão de bens.
62. Considerando-se a hipótese de separação, divórcio ou dissolução de união estável, onde se estabelece, com relação aos filhos menores, a guarda compartilhada, cada um dos pais - mesmo o que não reside com os filhos - estará sob a proteção da impenhorabilidade legal, pois constitui, com sua prole, entidade familiar. O mesmo se dá quando os cônjuges ou conviventes se separam e a guarda dos filhos menores, nos moldes tradicionais, é concedida a apenas um dos pais, sendo assegurado, ao outro, o direito de visita.
63. Ainda que o executado tenha destinado o imóvel residencial para a moradia do ex-cônjuge com a prole comum, este imóvel está sob a proteção da impenhorabilidade legal, pois abriga os filhos do devedor.
64. As normas protetivas da Lei 8.009/90 devem incidir sobre aquele que possui o direito de visitar os filhos menores e com eles permanecer, em regra nos finais de semana.
65. Vincular a impenhorabilidade legal ao estado civil do devedor é, no mínimo, ignorar os objetivos da lei, de proteger a moradia e assegurar a todos uma vida digna. Não é o estado civil do devedor que torna o imóvel residencial familiar impenhorável, não sendo, também, a morte de um dos cônjuges que transforma o imóvel residencial, de impenhorável para penhorável. Nessa ótica, é inadmissível afastar os viúvos do benefício legal, somente pela modificação do seu estado civil.
66. Havendo cônjuges ou conviventes não separados, mas que habitam em residências distintas, em imóveis que integram a comunhão de bens - no caso dos cônjuges - ou sobre os quais incide a presunção de condomínio na união estável, nenhum dos imóveis pode ser objeto de penhora. Se assim não fosse, estaria-se admitindo que uma das entidades familiares ficasse

ao desabrigo da Lei 8.009/90, em flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia.

67. Se existe uma família onde os membros - pais e filhos - estão vinculados pelo parentesco, consanguíneo ou civil, quando os pais vierem a falecer, deixando os filhos todos solteiros, é certo que esses filhos, sobreviventes aos pais, não deixarão de constituir uma família. A impenhorabilidade legal, então, deve beneficiar o devedor que reside no único imóvel com seus irmãos, ainda que não se trate de uma família típica.

68. O sentido social da Lei 8.009/90 busca garantir um teto para cada pessoa, e sob essa ótica deve ser interpretada. Entender, por exemplo, que a pessoa solteira não possa ter uma residência reservada à família que, futuramente, poderá ser constituída, poderá levar o julgador a cometer injustiça, fazendo prevalecer uma deficiente interpretação literal.

69. Mais do que reconhecer a abrangência do conceito de família, o legislador preocupou-se em garantir habitabilidade ao executado. Assim, se existe uma lei que tem por objetivo a proteção da moradia, é inconcebível entendê-la tão discriminatória, a ponto de instituir um benefício às pessoas em função de seu estado civil.

70. No tocante à impenhorabilidade legal, o devedor homossexual pode ser atingido pelo benefício da Lei 8.009/90, quando constituir com seus filhos uma família monoparental, ou na mesma medida em que o devedor solitário dele possa se valer.

71. Na aplicação da Lei 8.009/90, o intérprete deve nortear-se pelo fim social a que ele se dirige, não se afastando dos motivos relevantes e urgentes que levaram o legislador a instituir o benefício da impenhorabilidade legal, mas sempre enfocando modernamente o instituto, consideradas as transformações sociais ocorridas desde então.

72. Em muitos aspectos, a lei que instituiu a impenhorabilidade legal do bem de família não comporta uma interpretação textual, certamente geradora de terríveis injustiças, pelo desvio de seu verdadeiro sentido e de sua preponderante função social.

73. Os aplicadores da lei - em especial da Lei 8.009/90, que não comporta uma interpretação textual - não podem perder de vista as valorações positivas sobre as quais a norma de fato se

inspira, e aplicar esses mesmos valores ao caso concreto. Somente assim estarão atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, para se fazer justiça no caso singular.

74. Considerando que o sentido social da Lei 8.009/90 é garantir um teto para cada pessoa, é preciso reconhecer que, em determinadas situações, é absolutamente necessário que o juiz extrapole os limites impostos pelo legislador, valendo-se do ordenamento jurídico amplamente considerado, sempre com a preocupação de proferir decisões justas. Ao invés de lamentar a injustiça contida na lei, cabe ao julgador interpretá-la em conformidade com as transformações sociais e com a justiça que se aspira.

75. Da Constituição Federal espera-se que assegure o bem estar individual e coletivo através do estabelecimento de princípios que conduzam a atividade estatal, em benefício da sociedade. Mais do que simples regras jurídicas, os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição apontam a direção que se deve seguir para solucionar os conflitos surgidos nas diferentes áreas do Direito, quando a respectiva disciplina jurídica não contiver regras que os resolvam satisfatoriamente.

76. Os princípios são normas jurídicas, sendo incontestável que as normas compreendem igualmente princípios e regras. Ao lado da generalidade, tem sido atribuída aos princípios a característica da fecundidade, de onde se inferem suas funções primordiais - a interpretativa e a integrativa -, pelas quais eles orientam a interpretação das leis obscuras ou servem para supri-lhes o silêncio.

77. A aplicação dos princípios constitucionais no âmbito da impenhorabilidade legal é fruto não só da deficiência da norma jurídica que a instituiu, mas sobretudo da reflexão sobre os valores que o ordenamento jurídico busca preservar, na hipótese de conflito entre a satisfação do direito do credor e o desabrigo do devedor e de sua família.

78. Mesmo que reconhecido o descompasso entre o Direito positivado e a realidade social, muitos conflitos podem ser satisfatoriamente solucionados, a partir de mecanismos existentes no próprio ordenamento jurídico, amplamente considerado.

79. A possibilidade de se ultrapassar a legalidade em sentido estrito, não deve autorizar a completa subjetividade do juiz, que não pode afastar-se do ordenamento jurídico para solucionar o caso singular em função de suas convicções pessoais. Na ausência de disciplina jurídica própria, que resolva satisfatoriamente os conflitos, o intérprete deve buscar a direção apontada pelos princípios fundamentais, insculpidos na Constituição.

80. Os direitos à vida, os de liberdade e de igualdade, bem como os direitos políticos e os direitos sociais, correspondem, cada qual com suas especificações, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios que consagram o Estado de Direito. Expressamente enunciado na Constituição (art. 1.º, III), o princípio da dignidade da pessoa humana não só é a base comum a todos os direitos fundamentais, como vem legitimar os direitos fundamentais implícitos, dele decorrentes ou previstos em tratados internacionais.

81. Os direitos de propriedade, de liberdade e de segurança - que garantem o bem estar do indivíduo e de sua família - decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, fundamentam a aplicação da impenhorabilidade do imóvel residencial, instituída pela Lei 8.009/90, mesmo em face do princípio da responsabilidade patrimonial por dívidas.

82. Há verdadeira informação do instituto do bem de família legal a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, consideradas tanto a elaboração da lei que o instituiu, quanto a busca da solução para o caso singular. Na posição de legislador ou de julgador, o intérprete deve buscar a preservação dos direitos fundamentais, entre eles o que trata da função social da propriedade, garantindo a todos uma moradia digna.

83. Contemporaneamente, em nosso país, a igualdade relativa, proporcional - e não o igualitarismo -, foi adotada nos textos constitucionais, pois só ela se coaduna com a ordem jurídica, sendo da essência do Direito tratar de modo diferente pessoas em diferentes situações. Assim é que as próprias Constituições brasileiras estabelecem distinções, classificações, disciplinando diferentemente situações distintas; mas são estabelecidos critérios para determinar se as normas jurídicas classificatórias são também discriminatórias, violando assim o princípio da igualdade.

84. O princípio da isonomia não vincula somente o legislador. Também o intérprete deve observar as suas regras. Assim como proíbe o legislador de editar normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, impõe que o juiz aplique a norma de modo a atribuir-lhe entendimento que não crie privilégios.

85. Há duas formas de se cometer inconstitucionalidade, que reclamam diferentes conseqüências. Uma delas é discriminar pessoas ou grupos de pessoas em face de outros em situação idêntica - cuja solução é a declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório - e outra é outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos em detrimento de outros em igual situação. Na segunda hipótese, o ato é constitucional e legítimo. Não é função dos juízes, portanto, declará-lo inconstitucional e retirar direitos legitimamente conferidos. Devem, ao contrário, estender o benefício aos discriminados que judicialmente o solicitarem, caso a caso.

86. A Lei 8.009/90, a despeito de outorgar benefício legítimo a pessoas, em detrimento de outras em igual situação, não deve ser declarada inconstitucional, porque tal declaração consistiria em retirar das pessoas beneficiadas direitos legitimamente conferidos. No entanto, um dos critérios diferenciadores estabelecidos pelo legislador - o de integrar uma entidade familiar -, considerando-se os motivos que levaram à instituição do benefício, é absolutamente impertinente.

87. A finalidade da lei, de proteger a moradia, está em perfeita consonância com os direitos fundamentais de propriedade, de liberdade e de segurança - que garantem o bem estar do indivíduo e de sua família - decorrentes do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, por ser absurdo pensar que pessoas sozinhas não são merecedoras do argumento da dignidade humana para garantir seu direito de habitação, deve ser estendido o benefício a todos, indistintamente.

88. Entendendo que a Lei 8.009/90 existe para proteger a vida com dignidade, os alternativistas ressaltam que a Constituição Federal, no art. 1.º, inciso IV, estabelece como fundamento da República “os valores sociais do trabalho”, e no art. 7.º prevê os direitos do trabalhador. Num verdadeiro conflito entre ‘dignidades’, reconhecem que o trabalhador merece maior proteção que o empregador, não sendo aplicável, em regra, a Lei 8.009/90 na Justiça Trabalhista.

89. É incontestável que a aplicação da lei deve estar condicionada à realização da justiça. Mas não se pode perder de vista, também, que a parcialidade e o subjetivismo do juiz podem colocá-lo numa inaceitável posição de ditador. No tocante ao benefício da impenhorabilidade legal, é possível aplicar a Lei 8.009/90, atendendo-se à sua finalidade social, não com total subjetividade por parte do juiz, mas sim com base nos princípios constitucionais, expressão dos valores que o ordenamento jurídico busca preservar.

90. Ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, os juízes têm o dever de outorgar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível (CF, art. 5.º, parágrafo 1.º), inclusive suprindo eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, também no âmbito do direito privado.

91. Ao estender o benefício da impenhorabilidade legal às pessoas sozinhas e às entidades familiares não descritas na lei, bem como ao afastar da constrição bens necessários ao sustento e à vida digna do devedor e de sua família, o juiz não exerce propriamente poder discricionário, pois a única solução válida é aquela que decorre dos princípios que informam o ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

92. Os direitos fundamentais autorizam os órgãos do Poder Judiciário a não aplicar as normas infraconstitucionais sempre que houver conflito entre a legalidade e a constitucionalidade. Constituem, assim, parâmetro para a aplicação e interpretação das leis, e num eventual conflito entre lei e Constituição são essenciais a fiscalização do Poder Judiciário e a conseqüente aplicação do princípio da proporcionalidade.

93. A Lei 8.009/90 contém no seu texto várias disposições discriminatórias - entre elas as expressões "casal" e "entidade familiar" para designar os beneficiários da impenhorabilidade legal - que flagrantemente violam os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, devendo ser interpretada conforme a Constituição, de modo a estender o benefício instituído a todas as pessoas, à luz desses princípios.

94. Na medida em que a Lei 8.009/90 veio proteger a casa de moradia e não regular as relações familiares, toda interpretação no sentido de limitar a sua aplicação em função do

modelo familiar em que se insere o devedor é contrária à Constituição, ainda que decorrente do texto da lei. É nesse contexto que se verifica a importância do princípio da proporcionalidade, que permite aos juízes aplicar as normas infraconstitucionais à luz dos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

95. A aplicação do princípio da proporcionalidade, como instrumento de interpretação, deve ser entendido como “princípio de interpretação conforme a Constituição”, segundo o qual o julgador deve tentar preservar a validade do conteúdo da norma jurídica, pretendido pelo legislador, aplicando-a de acordo com a Constituição, compatibilizando a norma com a Lei Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY FILHO, Francisco. O direito ao casamento e a sua dissolução no quadro das garantias fundamentais. *Anais da VII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil*, Curitiba, 07 a 12.05.1978.
- ALVES, Élsior Moreira. Alimentos em consequência de ato ilícito. *Anais do II congresso brasileiro de direito de família - A família na travessia do milênio*. [Coord. Rodrigo da Cunha Pereira] Belo Horizonte, 2000.
- ALVIM, Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *O novo regime do agravo*, 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Um novo conceito de família - Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. *Direitos de família e do menor*, 3ª ed. [Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira] , Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- _____. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. *Repertório de doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais* [Coord. Teresa Arruda Alvim Pinto], vol. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Algumas considerações a respeito da Lei 8.971/94. *Ajuris*, 63/309.
- ASSIS, Araken de. *Execução civil nos juizados especiais*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Manual do processo de execução*, 5ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Teoria geral do processo de execução. *Processo de execução e assuntos afins* [coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier], São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família. 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Do concubinato ao casamento de fato*, 2ª ed. Belém : Cejup, 1987.
- _____. União entre pessoas do mesmo sexo. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*, 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

- BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000.
- BARBOSA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, 1ª ed., São Paulo : Saraiva, 1989.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Buenos Aires : Depalma, 1996.
- BONATO, Gilson; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Aspectos controvertidos do contraditório nos recursos cíveis. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. [Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier] São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.
- BONCHRISTIANO, Ana. Movimento de Juízes quer Direito Alternativo no País. *Jornal Folha de São Paulo*, 12.04.1992, Caderno 4/4.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo : LTr, 2000.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. Bem de família: uma análise contemporânea. *RT* 770/23.
- CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei 8.009 de 29 de março de 1990 [impenhorabilidade do imóvel residencial] Um equívoco de dois governos. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ajuris*, ano XVII, n.º 49, Porto Alegre, 1990.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1984.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Papel dos juizes na democracia. *Direito alternativo em movimento*, 2ª ed., Niterói : Luam, 1997.
- CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro : AIDE Editora, 1995.

- COELHO, F. M. Pereira. Casamento e família no direito português, *Temas de direito de família*. Coimbra : Livraria Almedina, 1986.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1992.
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. Proteção estatal: à família, à união estável ou ao casamento, o que é importante? *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XXV, n.º 73, Porto Alegre, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. VIII, 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993.
- CUNHA, J. S. Fagundes. *Bem de família - comentários à Lei n.º 8.009/90*, Curitiba : Juruá, 1992.
- CURY, Munir; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade do bem de família*, 3ª ed., Juruá : Curitiba, 1998.
- _____. *União Livre à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*, 2ª ed., Curitiba : Juruá, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, 6ª ed., São Paulo : Malheiros, 1998.
- _____. *A instrumentalidade do processo*, 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- DUARTE, Alicia Pérez. *Derecho de familia*, México : FCE, 1995.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- _____. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., São Paulo : Saraiva, 1990.

- FIUZA, César Augusto de Castro. *Mudança de Paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000.
- FRANÇA, R. Limongi. *Elementos de hermenêutica e aplicação do direito*. São Paulo : Saraiva, 1984.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não-fundada no casamento. RT 771/51.
- GOMES, Orlando. *O novo direito de família*, 1ª ed., Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- GONÇALVES, Carlos. *Impenhorabilidade do bem de família*, 4.ª ed., Porto Alegre : Síntese, 1998.
- GOZZO, Débora. O patrimônio dos conviventes na união estável – análise do art. 5º da Lei 9.278/96. *Repertório de doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais* [Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo de Oliveira Leite], vol. 4, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada – controle de admissibilidade*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. [Coord. Willis Santiago Guerra Filho] Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- GUIMARÃES, Marilene S. Bem de Família segundo a legislação civil e processual brasileira (com análise da legislação uruguaia), *RePro* 77/217.
- HINOJAL, Isidoro Alonso. *Sociología de la familia*. Madrid : Guadiana de Publicaciones, 1973.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 1, n.º 1, Porto Alegre, 1999.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. A família monoparental como entidade familiar. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 2, [coord. Teresa Arruda Alvim], São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1980.

- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Da irretroatividade da Lei 8.009/90. *RT* 669/260.
- LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos - conceito e legitimação para agir*, 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- MARMITT, Arnaldo. *Bem de Família - legal e convencional*, Rio de Janeiro : Aide, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 10ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista trimestral de direito público* 1/79.
- _____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da fazenda pública. *RePro* 75/166.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – 5ª série*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- NADER, Natal. O Direito de Família na Constituição de 1988. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 18, n.º 1-2, 1989.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 28ª ed., Saraiva : São Paulo, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 3ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Fundamentos sócio-jurídicos do bem de família (Lei 8.009/90), *RT* 691/7.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*, 3ª ed., Curitiba : Juruá, 2000.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Os direitos do homem concernentes à família. *Anais da V Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, 11 a 16.08.1974.
- _____. *Instituições de direito civil, vol. V*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família - uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- _____. Concubinato - União estável. *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- _____. *Concubinato e união estável*. 4ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de direito de família na nova constituição. *RT* 639/250.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 3ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.
- PUGGINA, Márcio Oliveira. A impenhorabilidade da Lei n.º 8.009. *Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XVIII, n.º 53, Porto Alegre, 1991.
- RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000.
- REIS, Carlos David S. Aarão. *Família e igualdade*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.
- RIBEIRO, Ivete; RIBEIRO, Ana Clara T. [Org.]. *Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira*. São Paulo : Loyola, 1995.
- RIBEIRO, Renato Janini. A família na travessia do milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica do direito brasileiro*, vol. 2. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. *O papel do juiz na aplicação da lei*, Ed. Universitária de Direito, 1977.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988, 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- STÁBILE FILHO, José. Bem de Família e Execução. *RT* 669/68.

- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 26ª ed., vol. II, Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- _____. *Processo de execução*, 17ª ed., São Paulo : Leud - Edição Universitária de Direito, 1994.
- TUCCI, Rogério Lauria. Impenhorabilidade do bem de família. *AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, ano XXI, n.º 60, Porto Alegre, 1994.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Tutela de urgência nas uniões estáveis*. Curitiba : Juruá, 2000.
- _____. Breves anotações sobre o princípio do juiz natural. *Revista Verba Iuris*, ano III, n.º 1/13.
- VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém : Cejup, 1997.
- _____. Bem de Família. *Revista de Direito Civil - Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 15, n.º 55, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - A Família na Travessia do Milênio*, Belo Horizonte, 2000.
- VILLELA, João Baptista. Família hoje. *A nova família: problemas e perspectivas*. [Org. Vicente Barretto] Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei 8.009/90. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais*, vol. 2, [Coord. Teresa Arruda Alvim] São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2, 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. [Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier] São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

ANEXO

LEGISLAÇÃO

1. CÓDIGO CIVIL:

LIVRO II (Dos Bens)

TÍTULO ÚNICO (Das Diferentes Classes de Bens)

(...)

Capítulo V (Do Bem de Família)

Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único: Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único: A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexecutável em virtude do ato da instituição.

Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

Art. 73. A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da Capital do Estado.

2. DECRETO-LEI N.º 3.200, DE 19 DE ABRIL DE 1941:

(Dispõe sobre a organização e proteção da família)

Capítulo IX (Do Bem de Família)

Art. 19. Não há limite de valor para o bem de família desde que o imóvel seja a residência dos interessados por mais de 2 (dois) anos.

(Redação dada pela Lei n.º 6.742, de 05.12.79)

Art. 20. Por morte do instituidor, ou de seu cônjuge, o prédio instituído em bem de família não entrará em inventário, nem será partilhado, enquanto continuar a residir nele o cônjuge sobrevivente ou filho de menor idade. Num o noutro caso, não sofrerá modificação a transcrição.

Art. 21. A cláusula de bem de família somente será eliminada, por mandado do juiz, e a requerimento do instituidor, ou nos casos do art. 20, de qualquer interessado, se o prédio deixar de ser domicílio da família, ou por motivo relevante plenamente comprovado.

Parágrafo 1.º: Sempre que possível, o juiz determinará que a cláusula recaia em outro prédio, em que a família estabeleça domicílio.

Parágrafo 2.º: Eliminada a cláusula, caso se tenha verificado uma das hipóteses do art. 20, entrará o prédio logo em inventário para ser partilhado. Não se cobrará juro de mora sobre o imposto de transmissão relativamente ao período decorrido da abertura da sucessão ao cancelamento da cláusula.

Art. 22. Quando instituído em bem de família prédio de zona rural, poderão ficar incluídos na instituição a mobília e utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho, mencionados discriminadamente na escritura respectiva.

Art. 23. São isentos de qualquer imposto federal, inclusive selos, todos os atos relativos à aquisição de imóvel, de valor não superior a Cr\$ 50.000,00, que se institua em bem de família. Eliminada a cláusula, será pago o imposto que tenha sido dispensado por ocasião da instituição.

Parágrafo 1.º: Os prédios urbanos e rurais, de valor superior a Cr\$ 30.000,00, instituídos em bem de família gozarão de redução de cinquenta por cento dos impostos federais que neles recaiam ou em seus rendimentos.

Parágrafo 2.º: A isenção e redução de que trata o presente artigo são extensivas aos impostos pertencentes ao Distrito Federal, cabendo aos Estados e aos Municípios regular a matéria, no que diz respeito, de acordo com o disposto no art. 41 deste decreto-lei.

3. LEI N.º 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973:

(Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências)

TÍTULO V (Do Registro de Imóveis)

Capítulo I (Das atribuições)

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

1) da instituição de bem de família;

(...)

Capítulo IX (Do Bem de Família)

Art. 260. A instituição do bem de família far-se-á por escritura pública, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicílio de sua família e ficará isento de execução por dívida.

Art. 261. Para a inscrição do bem de família, o instituidor apresentará ao oficial do registro a escritura pública de instituição, para que mande publicá-la na imprensa local e, à falta, na da Capital do Estado ou do Território.

Art. 262. Se não ocorrer razão para dúvida, o oficial fará a publicação, em forma de edital, do qual constará:

I - o resumo de escritura, nome, naturalidade e profissão do instituidor, data do instrumento e nome do tabelião que o fez, situação e características do prédio;

II - o aviso de que, se alguém se julgar prejudicado, deverá, dentro em trinta (30) dias, contados da data da publicação, reclamar contra a instituição, por escrito e perante o oficial.

Art. 263. Findo o prazo do n.º II do artigo anterior sem que tenha havido reclamação, o oficial transcreverá a escritura integralmente no Livro n.º 3 e fará a inscrição na competente matrícula, arquivando um exemplar do jornal em que a publicação houver sido feita e restituindo o instrumento ao apresentante, com a nota da inscrição.

Art. 264. Se for apresentada reclamação, dela fornecerá o oficial ao instituidor, cópia autêntica e lhe restituirá a escritura, com a declaração de haver sido suspenso o registro, cancelando a prenotação.

Parágrafo 1.º: O instituidor poderá requerer ao juiz que ordene o registro, sem embargo da reclamação.

Parágrafo 2.º: Se o juiz determinar que se proceda ao registro, ressalvará ao reclamante o direito de recorrer à ação competente para anular a instituição ou de fazer execução sobre o prédio instituído, na hipótese de tratar-se de dívida anterior e cuja solução se tornou inexecutável em virtude do ato da instituição.

Parágrafo 3.º: O despacho do juiz será irrecurável e, se deferir o pedido será transcrito integralmente, juntamente com o instrumento.

Art. 265. Quando o bem de família for instituído juntamente com a transmissão da propriedade (Decreto-lei n.º 3.200, de 14 de abril de 1941, art. 8.º, parágrafo 5.º), a inscrição far-se-á imediatamente após o registro da transmissão ou, se for o caso, com a matrícula.

4. LEI N.º 8.009/90, DE 29 DE MARÇO DE 1990:

(Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família)

Art. 1.º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único: A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 2.º. Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único: No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

Art. 3.º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII - por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação.

(Redação dada pela Lei n.º 8.245, de 18.10.91)

Art. 4.º. Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

Parágrafo 1.º: Neste caso poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

Parágrafo 2.º: Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5.º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Art. 5.º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único: Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Art. 6.º. São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória n.º 143, de 08 de março de 1990, que deu origem a esta Lei.

Art. 7.º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8.º. Revogam-se as disposições em contrário.