

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

JOELMA ISAMÁRIS CAVALHEIRO

**A TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA CENTRADA NOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PATRIMÔNIO MÍNIMO**

CURITIBA

2013

JOELMA ISAMÁRIS CAVALHEIRO

**A TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA CENTRADA NOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PATRIMÔNIO MÍNIMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Prof^a. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2013

JOELMA ISAMÁRIS CAVALHEIRO

A TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA CENTRADA NOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PATRIMÔNIO MÍNIMO

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil –
UniBrasil.

Membros: Prof^a. Dr^a. Jussara Maria Leal de Meirelles
PUC - PR

Prof^a. Dr^a. Taysa Schioccet
UNISINOS - RS

Curitiba, 08 de março de 2013.

Dedico este trabalho aos meus pais, que construíram uma família estruturada e concretizadora de direitos fundamentais, sou hoje uma pessoa digna e realizada por mérito de vossos. Amo Vocês; Isamara Lourdes Cavalheiro e João Quintero Cavalheiro. Ao meu fiel companheiro, amigo certo de todos os momentos, pessoa que me permitiu sonhar com a construção de uma família sob os fundamentos apresentado neste trabalho, Te Amo Anselmo Regis Ribeiro.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao meu Deus, mestre de toda a sabedoria, meu refúgio nas horas de angústia, que cumpre as suas promessas todos os dias da minha vida, *“Eu sei em quem tenho crido e estou bem certo de que Ele é poderoso para guardar o que lhe confiei até aquele dia”* (2ª Timóteo 1, 12).

À minha Orientadora, Professora Dr^a. Rosalice Fidalgo Pinheiro, sou eternamente grata, de uma forma muito caridosa me confiou os seus livros, me atendeu sempre pronta e especialmente cuidadosa com uma estudante cheia de ansiedade e em busca do conhecimento, me convidou a caminhar por caminhos antes não trilhados, despertou em mim o desejo pelo saber, mestre por sua essência. Obrigada por tudo.

Às Professoras Dr^a. Ana Carla Harmatiuk Matos e Dr^a. Silvana Maria Carbonera que participaram da minha banca de qualificação contribuíram de forma significativa dando novo direcionamento para trabalho, Obrigada professoras pela dedicação e pelo vosso tempo.

Aos membros da minha banca de defesa de Dissertação por se dispor a participar deste momento tão importante da minha vida acadêmica.

Aos meus pais que as palavras jamais expressarão todo o meus sentimentos, mãe Isamara, Mulher guerreira, de uma grandeza infinita, abriu mão de seus sonhos em prol dos nossos, mãe que embora os percalços da vida a tenham atingido jamais a vi prostrada, mãe cujos olhos da alma enxergam muito além dos físicos. Pai João, um exemplo para qualquer um, tenho por ti uma admiração imensurável, sempre o vi lendo foi contigo que aprendi o amor à leitura, este trabalho foi lido e corrigido por ele, que apesar de ser das ciências exatas, não se furtou ao meu pedido, Obrigada a vocês que são a razão da minha vida.

Ao meu fiel companheiro, Anselmo Regis Ribeiro, que apesar de ser de poucas palavras esteve do meu lado em todo o momento, me incentivou, me apoiou, acreditou em mim quando nem eu acreditava, Obrigada meu eterno amor.

À minha amiga Gisele Echterhoff, fez a leitura destes escritos e contribuiu com seu grande conhecimento, por seu carinho e dedicação com nossa amizade. Obrigada “irmã de alma”.

À minha amiga Adriana Inomata, por seu incentivo e sempre sábias palavras, por pactuar comigo das aflições de uma mestrandia e por suas pontuações sempre muito oportunas.

Aos meus amigos Cristiane L. Castro Pepes, Luciano Stodulny e Daniela Musskopf, por nossa parceria.

Aos meus irmãos Edson, Telma, Priscila e Júnior, meus sobrinhos Louise e Davi, cunhados Fábio e Nuno, obrigada Nuno pela transcrição para o inglês do resumo, minhas cunhadas Eliane e Samara, Obrigada a todos por fazerem parte da minha vida.

Aos meus sogros José Joaquim e Dejanira, obrigada por todos os favores.

E a todos que direta ou indiretamente participaram da realização deste projeto.

Agora se encerra um ciclo e inicia outro, meu amor, o nosso tão sonhado e desejado filho, QUE VENHA A MATERNIDADE!

“Se alguém vender uma casa de moradia em cidade murada, poderá remi-la dentro de um ano inteiro depois da sua venda; durante um ano inteiro terá o direito de a remir.” Levíticos 25: 29. (Bíblia Sagrada)

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT.....	11
INTRODUÇÃO.....	12
1. CAPÍTULO - A TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.1 CONTORNOS DA FAMÍLIA CODIFICADA.....	15
1.1.1 O Ingresso da Codificação no Cenário Jurídico Nacional.....	16
1.1.2 Concepção de Família no Código Civil de 1916.....	20
1.2 A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988	27
1.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Chave de Leitura das Relações de Família	28
1.2.2 A Releitura Constitucional dos Princípios de Direito de Família.....	31
1.3 O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA	38
1.3.1 A Tutela Patrimonial da Família Codificada.....	42
1.3.2 A Tutela Patrimonial da Família Repersonalizada.....	44
2. CAPÍTULO - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: EM DIREÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO	48
2.1 O REDESENHO DAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E SOCIEDADE	48
2.2 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS	56
2.1.1 Teoria da Eficácia Mediata.....	58
2.1.2 Teoria da Eficácia Imediata	60
2.1.3 Teoria dos Deveres de Proteção.....	62
2.2 OS CONTORNOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA	68

2.2.1 O Direito Fundamental a Igualdade de Tratamento e sua Incidência nas Relações de Família	69
2.2.2 O Direito Fundamental à Moradia e sua Incidência nas Relações de Família	72
2.2.3 A Coexistência dos Direitos Fundamentais nas Relações de Família	75
3. CAPÍTULO - A TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA CENTRADA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PATRIMÔNIO MÍNIMO FAMILIAR	80
3.1 PESSOA, PATRIMÔNIO E FAMÍLIA	81
3.1.1 A Tese do Patrimônio Mínimo	82
3.1.2 Os Fundamentos do Patrimônio Mínimo	86
3.2 A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E O DIREITO À MORADIA 91	
3.2.1 O Bem de Família Convencional e o Bem de Família Legal	91
3.2.2 A Tutela do Direito Fundamental à Moradia e o Bem de Família	97
3.3 A USUCAPIÃO FAMILIAR E A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA	101
3.3.1 O Advento da Lei 12.424/11	101
3.3.1 Requisitos da Usucapião Familiar	102
3.3.2 A Usucapião Familiar como incidência do Direito Fundamental à Moradia nas Relações de Família	107
3.4 O PATRIMÔNIO NA FAMÍLIA	108
CONCLUSÃO	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

RESUMO

O Estado Social alterou a abordagem dada aos institutos jurídicos, essa situação determinou um repensar do Direito. O Direito como instrumento da promoção do bem estar social e instrumento libertador, não apenas de legitimação do poder dominante. A alteração do centro do universo do ordenamento jurídico refletiu em todos os ramos Direito, a partir dele devem ser interpretado: o contrato, o patrimônio, a família e todos os demais institutos. O homem, revestido de direitos fundamentais, segue em direção de uma vida digna. A família é o espaço da realização e concretização desses direitos, sendo ela inclusiva e o local de promoção do bem estar individual e coletivo. Para que essa vida seja digna e para que o indivíduo seja alcançado pelos raios dos princípios constitucionais de direito de família é possível realizar um patrimônio pautado na dignidade da pessoa humana. Destarte, o presente trabalho tem por finalidade analisar as alterações sofridas pelos institutos jurídicos e a proposta de uma releitura do patrimônio por meio da instrumentação do patrimônio mínimo familiar.

PALAVRAS-CHAVES: Entidades familiares. Direito fundamental à moradia. Patrimônio mínimo familiar.

ABSTRACT

The Social State has changed the approach given to legal institutions resulting in a rethinking of the law. The law became an instrument for promoting social welfare and liberating tool, not only to legitimize the ruling power. Changing the center of the legal universe reflected in all branches of law, as it should be interpreted: the contract, property, family and all other institutes. The man, now coated with fundamental rights, goes towards a worthy life. The family is the space of achievement and realization of these rights, it is both inclusive and the local for promotion of individual and collective welfare. Since this life is worthy and what is achieved by the individual rays of the constitutional principles of family law can carry a patrimony founded on the dignity of the human person. Thus, the present study aims to analyze the changes undergone by legal institutions and proposes a reinterpretation of the patrimony through instrumentation of minimum familiar patrimony.

KEYWORDS: Family entities. Fundamental right to housing. Minimum family patrimony.

INTRODUÇÃO

O modelo de família codificada segundo o Código Civil Brasileiro de 1916 já encontrava agonizante, não pelo fato da família estar em crise, mas por este modelo encontrar-se em discussão e em desajuste com a realidade social nacional.

Em uma análise sociológica é possível perceber que a família encontra-se em plena realização, muito longe da falência alegada por muitos, composta pelos mais diversos modelos e por diferentes formas de organizações.

O homem, como sujeito do direito, por razões de ordem naturais, para não citar as demais, precisa estar junto de seus pares desde o nascimento, expressando uma dependência não encontrada dentre os demais seres vivos. Estas relações de dependência mantêm-se durante a sua existência e se manifestam novamente ao término de sua vida, em alguns com maior e em outros com menor grau.

Sob esta afirmação, a formação familiar é inerente à natureza humana, é neste espaço que suas necessidades são supridas, é a “comunidade de afeto e entre-ajuda(sic)” descrita por José Lamartine de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz. Para chegar a esta concepção, a família passou por profundas transformações, delineadas no quadro da família.

O Estado de Direito Liberal deixou marcas profundas no ordenamento jurídico, porém a passagem para o Estado Social de Direito conferiu novo sentido aos institutos civilísticos. Se o primeiro preocupava-se com o individualismo, que somente poderia ser garantido pela abstração presente na igualdade formal, já o segundo altera o centro de sua preocupação, reconhecendo que o indivíduo-pessoa é foco principal do Direito. Mas, não se trata da pessoa abstrata, e sim uma pessoa com desejos, anseios e necessidades diferenciadas, logo se faz necessário construir um novo conceito ao princípio da igualdade, que se traduz no acolhimento de uma igualdade substancial.

Este novo pensar reflete-se na reconstrução ou releitura dos institutos do Direito Civil.

O indivíduo real percebe a possibilidade de realizar seus sonhos e alcançar seus anseios. Para tal, é possível determinar, por analogia, a imagem em que graficamente o sujeito do direito está no centro do ordenamento jurídico e,

gravitando em sua volta, estão todos os demais institutos, a exemplo, o contrato, a família e o patrimônio.

Com este paradigma exige-se um repensar do Direito e de seus institutos. O Direito Civil ainda precisa adequar-se a essa realidade de repersonalização e, aos poucos, distancia-se da patrimonialização que o permeava. Este momento é marcado pela publicização do Direito, determinando a interpretação axiológica descrita em um posicionamento de releitura e estruturação de seus institutos, à luz de valores constitucionais.

A família, sem sombra de dúvida, foi um dos institutos mais marcados por essa releitura. Se antes o Direito estava preocupado com a manutenção da família instituição, agora exerce um novo interesse: o de instrumentalizar a promoção do bem estar de seus membros em busca da dignidade da pessoa humana.

O patrimônio também sofreu as marcas dessa personificação do Direito Civil, deixou de ser o centro do ordenamento jurídico, passando a gravitar na periferia da pessoa. Não é mais um fim em si, mas deve servir para garantir o bem estar da pessoa humana.

A pessoa deixa de ser respeitada como um sujeito capaz de ter para si o seu reconhecimento em face de sua condição humana. Trata-se da passagem do ter para o ser.

Tal releitura somente é possível sob a uma esfera valorativa delineada pelos direitos fundamentais, que se reveste de suma importância para todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais, embora já existentes no Estado de Direito Liberal, como limitador das ingerências estatais, agora exige um novo Estado, intervencionista, pois além de estar limitado em ações lesivas aos direitos fundamentais do homem também devem ser instrumento de promoção da eficácia dos direitos fundamentais.

Estes são os pressupostos que norteiam o presente trabalho, que tem como objetivo a partir da constatação de uma tutela patrimonial delineada pelos direitos fundamentais, sustentar a existência de um patrimônio mínimo na família.

Para que a os objetivos sejam alcançados o trabalho foi dividido em três capítulos, “A tutela patrimonial da família e dos direitos fundamentais”, “Os direitos fundamentais e a sua incidência nas relações familiares: em direção a um patrimônio

mínimo” e encerrando com “A tutela patrimonial da família centrada nos direitos fundamentais: o patrimônio mínimo familiar”.

No primeiro capítulo foi analisado o cenário jurídico nacional nos idos da criação e vigência do Código Civil de 1916. Neste limiar estudou-se a Família codificada em um paralelo com a Família constitucionalizada e as influências sofridas pelos reflexos dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

A proposta do segundo capítulo está pautada na análise dos direitos fundamentais e de sua eficácia, para tal, primeiro serão definidos os pressupostos de interpretação destes direitos fundamentais, tanto nas relações subjetivas quanto nas relações objetivas, e o interesse maior, a concretização destes na sociedade como um todo, mas em especial na sociedade familiar.

No terceiro e último capítulo foi analisado a tese do Patrimônio Mínimo do professor Luiz Edson Fachin, examinando a sua construção, seus fundamentos teóricos, assim como a sua concretização.

A partir de então serão estudados os institutos que poderiam ser utilizados como instrumentos de promoção deste patrimônio mínimo familiar, para tal o direito fundamental à moradia servindo de suporte para a envergadura de uma garantia do patrimônio mínimo familiar.

A proposta não está embasada em um individualismo jusnaturalista, mas em um personalismo, permeado por um indivíduo que além de ser um ser pessoa é também social, e por isso solidário, para que todos alcancem a valorização da pessoa humana centrada na vida digna.

A pretensão do trabalho não é esgotar o tema e nem mesmo construir um novo paradigma, tanto que parte da tese de Luiz Edson Fachin, porém o objetivo é colocar em discussão aspectos relevantes do Direito no novo contexto de releitura dos seus institutos.

É um comprometimento com o abandono da neutralidade apregoada pelo Estado de Direito Liberal. É um compromisso com a valorização da pessoa humana por meio da promoção de uma patrimonialidade que cumpre o papel de garantir o mínimo existencial.

1. CAPÍTULO - A TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A família sofreu profundas transformações nas últimas décadas, que lhe renderam o rótulo de um instituto em crise, prestes a desaparecer. Contudo, uma análise mais apurada revela que o que está em crise é um modelo de família, centrada na tutela do patrimônio, e não a família em si. É neste sentido que Michele Perrot menciona que "não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho."¹

O modelo de família que se apresentava no Código Civil Brasileiro de 1916, está agonizante, não pelo fato da família estar em crise, e sim, por este modelo encontrar-se em discussão e em desajuste com a realidade social nacional. Em uma análise sociológica é possível perceber que a família encontra-se em plena realização, muito longe da falência alegada por muitos, apresentando-se permeada por modelos diferenciados, e por diferentes formas de organização. Porém, em cada uma destas formas há uma entidade familiar.

O presente trabalho versa sobre estas novas entidades familiares e os fatores sociais que determinam seu reconhecimento. O Direito acha-se ancorado nestes fatores de transformação social, conduzindo-se para o reconhecimento das novas entidades familiares e seus reflexos no âmbito patrimonial. Para tanto, suscita a existência de um patrimônio mínimo no direito de família.

1.1 CONTORNOS DA FAMÍLIA CODIFICADA

Neste tópico o objeto de análise será a Família codificada, deste modo, delinea-se uma codificação centrada no cenário jurídico nacional à época da elaboração, criação e vigência do Código civil de 1916.

O item tem como principal pressuposto descrever o recorte histórico em que será realizada a pesquisa sem, no entanto, expor as alterações ocorridas e os novos paradigmas que determinam a releitura, do espaço familiar, assim como os demais

¹ PERROT, Michelle (tradução de Paulo Neves). *O Nó e o Ninho*. In: Reflexões para o futuro. Veja - 25 anos, Editora Abril e Fundação Emílio Odebrecht. 1993. 75-81.

institutos do Direito, em especial aqueles cujos reflexos incidem diretamente nas entidades familiares.

1.1.1 O Ingresso da Codificação no Cenário Jurídico Nacional

O Código Civil Brasileiro sofreu várias influências, porém as mais marcantes são as do Código francês e do Código alemão, em que o centro de toda ordenação é a valorização do patrimônio. Ao homem é reconhecida a condição de cidadão, não na possibilidade de desenvolvimento de seus direitos fundamentais e sim a capacidade de ser proprietário².

Tão logo fora decretada a Independência do Brasil em 1823, houve uma preocupação com a elaboração de um Código Civil brasileiro, quando se mencionou que as Ordenações Filipinas, assim como demais leis civis de Portugal, teriam validade até que se fizesse um Código Civil adequado às necessidades deste novo Estado que se formava. Porém as primeiras propostas efetivas ocorreram somente 1854, com Teixeira de Freitas. Antes, por sugestão do codificador, o governo Imperial aceitou a elaboração uma consolidação de leis civis, que foi levada a efeito antes do prazo estabelecido³.

Teixeira de Freitas foi convocado, novamente em 1859, para elaborar, o Código Civil, mas em 1867 rompeu com tal compromisso, alegando incompatibilidades jurídicas com o governo. Durante o Império, ainda houve nova tentativa de elaboração do Código com Nabuco de Araújo que não se concretizaram, contratou-se Clóvis Beviláqua em 1899, para levar a cabo esta tarefa. O Código ficou pronto no mesmo ano e, após revisão de Rui Barbosa, foi sancionado em 1º de janeiro de 1916⁴.

Dentre as críticas ao Código Civil, Orlando Gomes comenta:

² “[...] o Código Civil jamais se tornou imprescindível e absoluta fonte do direito de boa parte dos juristas do século XIX queriam fazer crer, convencendo também muitos estudiosos do direito até os dias de hoje. Em primeiro lugar, porque é impossível querer estabelecer normas estáticas para relações sociais e econômicas mutantes; e depois, como bem demonstra o caso da Inglaterra, e posteriormente dos Estados Unidos não era preciso um Código Civil para que a chamada burguesia pudesse se desenvolver economicamente”. (GRIMBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar Jorge Zahar Editor, 2008. p. 30)

³ Idem. p.11.

⁴ Idem. p.13 - 20.

Quando em 1º de Janeiro de 1917, o Código Civil entrou em vigor, o Direito Civil brasileiro, na precisa observação de Paulo de Lacerda, 'não passava de um aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprimindo, reparando e sustendo as Ordenações do Reino, venerável monumento antiquado, puído pelas ações de uma longa jurisprudência inculta e incerta, cujo os sacerdotes lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto, lidos aos luso-fusco crepuscular da Lei de Boa Razão'.⁵

A partir deste momento faz-se necessário observar o cenário histórico, econômico e social em que foi elaborado o Código Civil.

O Código Civil brasileiro sofreu influências da codificação francesa, fundamentada nas conquistas econômicas e políticas da burguesia⁶, o que fez da propriedade o centro da codificação, valorizando o homem em sua possibilidade abstrata de ser proprietário.

Esta realidade também reflete-se no Código brasileiro, embora esta não fosse necessariamente à realidade da sociedade brasileira⁷, portanto, ao mesmo tempo em que o Código espelhava uma sociedade burguesa abarcava alguns traços da realidade brasileira, enunciando o privatismo doméstico⁸.

Este privatismo doméstico pode ser percebido em vários momentos da legislação, permeando as relações familiares⁹, com a desigualdade entre homens e mulheres¹⁰, as relações hereditárias¹¹, as relações de propriedade e tantas outras. Orlando Gomes tratando sobre o assunto:

Nas organizações jurídicas da propriedade e de alguns direitos reais limitados, como o usufruto e a enfiteuse, na disciplina do contrato de locação de serviços, nas disposições relativas à sucessão *causa mortis* e, principalmente na institucionalização da família, quer nas relações patrimoniais que o casamento origina, quer nas relações pessoais entre os cônjuges e entre os pais e filhos, o Código Civil sofre influencias marcantes

⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9.

⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998. p. 41.

⁷ Orlando Gomes descreve: “[...] as condições econômicas dos povos da América Latina determinaram soluções diversas das que a Europa adotava, ou apesar da tendência para adotá-las [...] no Brasil atual, a tradição europeia de proteção do vendedor de imóvel não tem sentido, em vista do rápido ritmo de desenvolvimento do país e da valorização do imóvel.” (GOMES, Orlando. *Raízes...*, op.cit. p. 21.)

⁸ Idem. p. 14.

⁹ O artigo 315 do Código Civil de 1916 somente permitia a dissolução pela morte de um dos cônjuges.

¹⁰ Aos menores de 21 anos era permitido o casamento desde que consentido pelos pais, porém se houvesse divergência entre eles a vontade do pai era preponderante.

¹¹ BRASIL, Código Civil de 1916. Artigo 1612: “se não houver cônjuge sobrevivente será chamados para suceder colaterais até o sexto grau”

dos costumes próprios dessa sociedade subdesenvolvida, que, todavia, iria transformar-se vertiginosamente logo após a sua promulgação¹².

Segue Orlando Gomes, citando René Davi:

O Código Civil teve, assim, um cunho teórico. Observa René Davi que os primeiros códigos da América Latina, promulgados no décimo nono século, refletiam o ideal de justiça de uma classe dirigente, europeia por sua origem e formação, constituindo um Direito que pouco levava em conta as condições de vida, os sentimentos ou as necessidades das outras partes da população, mantida em um estado de completa meia escravidão¹³.

O Brasil, seguindo as tradições portuguesas, mantinha estreita relação com a Igreja Católica, enquanto outras religiões trazidas pelos imigrantes que colonizavam o país eram solenemente desconsideradas, como se pode perceber no casamento. Este somente teria validade se fosse realizado por padres da Igreja Católica, enquanto a união de duas pessoas não católicas não tinha qualquer valor legal, nem para a igreja e nem para legislação civil. Isto gerava vários entraves que, em última instância, afetavam o destino de propriedades e bens, a exemplo, a indefinição de bens construídos por um casamento de não católicos¹⁴.

Neste contexto, a codificação brasileira traz consigo um direito voltado a círculo social da família¹⁵, com uma preocupação de valorizar a família, centrada na manutenção do círculo familiar, com vários objetivos entre eles a manutenção do patrimônio privado familiar.

A sociedade brasileira, neste idos, era o reflexo de uma burguesia que imitava¹⁶, povos com estruturas econômicas e sociais mais desenvolvidas, como consequência, passava a falsa ideia de que estava impregnada de progresso cultural. Porém essa não era a realidade da grande massa da população que se

¹² GOMES, Orlando. *Raízes...*, op. cit. p. 19.

¹³ *Ibidem*. p. 22.

¹⁴ GRIMBERG, Keila. op.cit. p. 37 a 43.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Raízes...*, op. cit. p. 14.

¹⁶ “Em momento algum se pode negar a força da influência da formação da sociedade e da concepção cultural e ideológica portuguesa sobre a sociedade brasileira, aquela era formando historicamente, por um Estado que buscava a o poder pelo acúmulo de riquezas e estas eram conseguidas à custa da grande fatia requisitada pela coroa sobre as rendas e riquezas do indivíduo, refletindo uma dominação tradicional e patrimonialista, o patrimonialismo individual refletindo em um patrimonialismo estatal.” (FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder, formação do patronato político Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 828)

mantinha em atraso cultural, demonstrando uma dominação da burguesia agrária e da burguesia mercantil, no interesse de manter seus privilégios¹⁷.

Orlando Gomes analisando a economia do país descreve:

Assim, a economia brasileira manteve-se, no Império e no primeiro quartel da República, tipicamente colonial. A dependência econômica acarretou a vinculação espiritual. Nas cidades, que floresciam como empório de mercadorias importadas, a burguesia mercantil imitava, nos hábitos sociais, no estilo de vida, e na própria institucionalização das ideias, as camadas superiores de povos de estrutura econômica e social muito mais desenvolvida, dando uma falsa impressão de progresso cultural. Aquela aparência de civilização, brilhantemente sustentada em meia dúzia de capitais, especialmente na federal, contrastava, de modo chocante, com o atraso geral, em que permaneciam principalmente, as populações do campo. Como a economia do país estava baseada na exploração da terra por processos primários e dependia do mercado externo, a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante desumana exploração do trabalhador rural, realizada, impiedosamente, em larga escala. Por sua vez, o comerciante, tanto importador quanto exportador, tinha interesse vital na conservação deste sistema. Desse modo, os grupos dominantes da classe dirigente – burguesia agrária e burguesia mercantil – mantinham o país subdesenvolvido, porque essa era condição de sobrevivência dos seus privilégios econômicos e da sua ascendência social no meio em que viviam¹⁸.

O Código Civil de 1916 refletia os interesses das classes dominantes da época que impediam uma legislação mais progressista, portanto em descompasso com a realidade social brasileira a época.

O Direito Contratual era visto como sagrado, em que o *pacta sunt servanda* era premissa inexorável, sobre a qual não havia possibilidade de qualquer relativização, tudo isto em nome da autonomia privada. A propriedade era o centro de todo o ordenamento, sendo possível perceber o homem proprietário e não homem como um fim em si mesmo.

A Família, embora pertencente ao espaço privado, sofria interferência direta do Estado, não no sentido de promover o livre desenvolvimento da pessoa humana e sim como espaço de produção de riquezas, manutenção do patrimônio, valorizando-se o homem proprietário. Esta concepção de família é objeto de análise do item seguinte.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Raízes...*, op. cit. p. 1- 6.

¹⁸ *Ibidem*. p. 26.

1.1.2 Concepção de Família no Código Civil de 1916

A análise da família no Código de 1916 merece um destaque a parte, pois é a família que sofre maiores restrições, mesmo que de forma contraditória ao esperado de um Estado de Direito Liberal, o que passa a ser objeto de estudo.

O Estado de Direito Liberal tem como bases a necessidade de um afastamento entre o público e o privado, em que por diversos momentos apresentase a não intervenção do Estado em assuntos considerados de caráter meramente privado, a exemplo, o contrato com o respeito à autonomia privada.

Nas relações de família não ocorria este afastamento do Direito e, como consequência, da legislação, é possível perceber justamente uma invasão do Estado no espaço de intimidade do núcleo familiar. Orlando Gomes, analisando a família sob a égide do código de 1916, assevera:

[...] Sob permanente vigilância da Igreja, estendia às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que chegou a descrevê-la como um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados.¹⁹

É necessário salientar que tal panorama da família correspondia aos anseios da classe que se encontrava no poder, pois no projeto desenvolvido por Clóvis Beviláqua, o princípio da igualdade entre homens e mulheres, ainda que uma igualdade tão somente formal, previa a capacidade jurídica de representação das mulheres perante a lei. Tal proposta foi rejeitada pela comissão avaliadora, sendo aprovado o poder do marido sob a mulher casada, que além de cabeça do casal, exercia poder de representação de todos, sendo a mulher casada mantida na situação de incapaz, como eram os deficientes mentais, mendigos e menores²⁰.

As famílias fundamentavam-se no modelo tradicional²¹ este modelo caracteriza-se pela total dependência do filho perante o pai, do jovem perante os demais membros da família, culminando em uma dependência irrestrita da mulher

¹⁹ GOMES, Orlando. O novo direito de família. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p. 65.

²⁰ GRIMBERG, Keila, op.cit. p. 44,45.

²¹ “O que caracteriza o modelo tradicional da família é a cristalização dos papéis dos seus membros, não em função das aptidões intelectuais ou das aspirações dos indivíduos, mas em função de critérios extremamente rígidos. Estes critérios invariáveis são o sexo e a idade.” (MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. Archives de Philosophie du Droit*, 131, 1975. p. 128 – Livre tradução)

perante o marido. Além disto, havia a mística que cercava todo o cerco familiar, pois o papel da mulher mãe era glorificado de tal forma que seria possível sofrer a subordinação dos demais aspectos em nome deste papel quase que divino exercido por ela. Ao homem a mística apresentava-se entorno de sua superioridade pela inteligência, coragem e iniciativa, logo a ele era cabível o papel de provedor (o *breadwinner*²²).

Este modelo tradicional de família, descrito por Andrée Michel, é o adotado pelo Código Civil de 1916, caracterizando-se como um modelo unitário, indissolúvel e transpessoal, não centrado na pessoa de seus membros, caracterizado ainda por ser matrimonializado, patriarcal e hierarquizado, portanto com uma moldura pré-estabelecida²³.

Nesta moldura não se encaixava nenhuma outra família que não a formada pelo casamento, relegando-se as demais entidades ao não reconhecimento e desamparo destas situações de fato²⁴.

Ressalta Jussara Maria Leal de Meirelles: “Seguindo essa ordem de ideias, as relações jurídicas disciplinadas pelas normas contidas na codificação civil estabelecem-se não propriamente entre seres humanos, posto que seus interesses pessoais são suplantados pelos patrimônios, cuja a valorização é marcadamente superior. Na concepção clássica do Direito Privado, a pessoa é valorizada pelo que **tem** e não por sua dignidade como tal”²⁵.

Percebe-se um privatismo doméstico, demonstrado pela valorização do círculo da familiar e não pelas pessoas que compõe a família, sendo visível o poder masculino, como chefe da sociedade conjugal. É possível identificar de forma clara estes caracteres quando se analisa a indissociabilidade da entidade familiar. A impossibilidade de ruptura da família matrimonializada, demonstra o interesse do Estado na preservação da entidade familiar e não os interesses dos indivíduos que a compõem.

O Estado descreve de forma inflexível o papel exercido por cada um dos membros da família: ao homem estava resguardado o papel de “chefe da família”,

²² GRIMBERG, Keila. p. 128, 129.

²³ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos Fundamentais nas Relações Familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2007. p. 85.

²⁴ Idem, p. 86.

²⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In. FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando Fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 97.

por isto mesmo estava no ponto mais alto da hierarquia familiar, tendo o poder marital sobre a mulher e o pátrio poder sobre os filhos. Há que se observar que esta autoridade de chefe do grupo familiar era o elemento garantidor da coesão jurídica²⁶.

A mulher, assim como os demais membros do grupo familiar, possuía uma hierarquia inferior, os filhos deviam obediência aos pais, assim como a mulher devia obediência ao marido, a sendo alijada de qualquer desenvolvimento profissional, dependendo de autorização marital para os atos da vida cível e se dedicando aos afazeres domésticos²⁷.

Nesse modelo o centro da tutela jurídica não estava na pessoa, mas a família constituída pelo casamento, como uma unidade responsável pela produção e reprodução dos valores patrimoniais, culturais, religiosos e econômicos.

Paulo Luiz Netto Lôbo, ao analisar a repersonalização das relações familiares, descreve a influência histórica na formação da entidade familiar:

O exemplo paradigmático foi o Código Civil francês de 1804. No direito de família a igualdade era reduzida aos pais de família proprietários entre si, suficiente para a *paix bourgeoise*. A família, tida como unidade política e econômica, comandada por um chefe patriarcal, era uma "pequena pátria", segundo a imagem e ao serviço da grande pátria. Marcadamente anti-feminista, o *Code* via com suspeição o divórcio, a adoção, o filho natural – considerado verdadeiro paria – pois significavam ameaças à ordem social assim estabelecida.

O Estado social desenvolveu-se ao longo do século XX, caracterizando-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução do *quantum despótico* dos poderes domésticos, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana. No Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até à Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-a no projeto da modernidade²⁸.

²⁶ “Nesta perspectiva, a visão patriarcal coloca-se mais como tutela da instituição e menos como tutela da figura masculina dentro da família. Então, numa certa medida, a luta da mulher não é desvinculada do homem em busca da igualdade de gêneros.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 23.).

²⁷ “Somente as famílias de certo poder econômico poderiam determinar a mulher ao confinamento dos serviços domésticos. Muitas mulheres auxiliavam no negócio do marido e outras desempenhavam várias tarefas de produção rural, ainda que tendo uma atividade, de modo geral, diretamente ligada a do marido; ou poderiam exercer, igualmente, uma atividade considerada extensão ‘natural’ de seu papel feminino – como costureira, lavadeira, cozinheira, empregada doméstica e de cuidado para com as crianças.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. op. cit., p. 28)

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em: 17 de ago. de 2012.

Esse modelo de família era o modelo da burguesia rural do interior do Brasil, demonstrando que a lei se adequou alguns valores ou categorias jurídicas, embora tenham sido importados de sociedades²⁹ e leis³⁰ estrangeiras, não refletindo as necessidades de toda a sociedade, composta por homens concretos, portanto muito mais preocupada com um homem abstrato e longe das necessidades do homem real.

Na codificação a família era organizada por um sistema de família unitário, e quanto à sua constituição, centrada única e exclusivamente na família formada pelo casamento.

Aceitava-se como família apenas aquela que se encontrasse dentro da moldura pré-estabelecida pelo Código, todas as demais organizações familiares eram desconsideradas e relegadas à marginalidade, pois somente recebia o *status* de família aquela oriunda do casamento.

Silvana Maria Carbonera³¹ tratando sobre o assunto, descreve:

A opção feita pelo sistema, quando da codificação, apontou um sentido jurídico da família singular, ligado a um único modo de constituição. Estabelecendo um sentido unívoco, família e matrimônio refletiam a mesma

²⁹ “No entanto, essas discussões na Convenção mostraram que tal decreto se dirige principalmente às associações femininas cujas participantes usavam toucado vermelho e forçavam as outras mulheres a imitá-las. Aos olhos dos deputados, nesse auge da radicalidade revolucionária – momento de descristianização -, a politização da indumentária ameaçava subverter a própria definição da ordem dos sexos. O Comitê de Segurança Geral temia que o debate sobre o vestuário fosse resultante da masculinização das mulheres: ‘Hoje se exige barrete vermelho: não vão parar por aí; logo exigirão o cinto com pistolas’. Mulheres armadas nas longas filas do pão seriam bem mais perigosas; e o que era pior fundavam associações. Fabre d’Églantine observou que ‘essas sociedades não são absolutamente compostas de mães de família, de moças de família, de irmãos que cuidam de seus irmãozinhos menores, e sim de um espécie de aventureiras, de cavaleiras andantes, de jovens emancipadas, de mocetonas de modos livres e soltos’. Os aplausos que o interromperam mostram que ele havia tocado na corda sensível dos deputados; todas as associações femininas foram supridas, pois iam contra a ‘ordem natural’, na medida em que ‘emancipavam’ as mulheres de sua entidade exclusivamente familiar (privada). Como dizia Chaumette: ‘Onde já se viu que a mulheres abandonem os cuidados do lar, o berço dos filhos, para ir à praça pública, discursar na tribuna?’. As mulheres eram tidas como a representação do privado, e sua participação ativa como mulheres em praça pública era rejeitada por praticamente todos os homens. (PERROT, Michelle, org. *História da vida privada* 4: da Revolução Francesa a primeira guerra. Trad. Denise Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 106.)

³⁰ “[...] a persistência dos valores patrimoniais, predominância do pai neste sistema pritrilinear de transmissão de bens. O marido “administrava sozinho os bens da comunidade” (art. 1421), e seus poderes são limitados apenas pelas cláusulas do contrato matrimonial. Ora, este, típico regime de bens com direito escrito, sofre um recuo constante durante todo o século mesmo na região occitana, que em larga medida conservou o regime de dote. [...] Os burgueses são os únicos a conservar por mais tempo o regime de dote, que garante os bens da mulher e salvaguarda, em caso de falência, uma parte do patrimônio: precaução de um capitalismo de acentuada textura familiar.” (PERROT, Michelle, *História...*, op. cit. 2010. p. 106.)

³¹ CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva da Intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugal idade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14.

realidade jurídica. Partindo da existência de um vínculo jurídico matrimonial entre um homem e uma mulher, tinha-se a noção de legitimidade, passaporte de ingresso à esferas jurídicas requisito de incidência da proteção. Em sendo legítima a relação conjugal, homem e mulher ocupavam os justos espaços definidos em lei, sentindo em suas esferas jurídicas todos os efeitos por ela estabelecidos em razão de participarem de uma relação matrimonializada.

A família tradicional apresentava-se com tríplice desigualdade, i. os homens tem mais valor que as mulheres; ii. pais mais importância do que filhos e iii. os heterossexuais mais importância do que os homossexuais³².

O modelo de família hierarquizado fundamenta-se na desigualdade³³ do papel exercido entre os atores desse enredo; homem, mulher e filhos, cada um destes exercia um papel muito claro e definido, ao homem era determinado o direito de chefia ou “cabeça” da família, enquanto a mulher era relegada o dever de subordinação e aos filhos o dever de obediência do pátrio poder exercido pelos pais. Neste contexto é claro e definida a total desconsideração de igualdade entre os cônjuges e entre pais e filhos.

Os papéis exercidos pelo homem, mulher e filhos, nesse modelo de família codificada, eram desde já definidos, o homem era a autoridade, que exercia papel de liderança, tanto sobre a mulher, que após o casamento era considerada relativamente Incapaz, dependendo da autorização marital para diversos momentos da vida civil, e sobre os filhos exercia o pátrio poder.

Keila Grimberg descrevendo as dificuldades de elaboração do Código Civil Brasileiro relata,

[...] Quando Beviláqua escreveu o artigo 2 do livro 1 do projeto do Código, disse que todo ‘ser humano’ era capaz de direitos e de obrigações na ordem civil. Mais uma vez, a comissão revisora obrigou-o a fazer modificações e a expressão ‘ser humano’ foi trocada por ‘homem’. Assim embora ele mesmo tenha afirmado, em nota, que essa era ‘uma afirmação do direito jurídico dos seres humanos, sem distinção de sexo’, claro está que, se ser humano e homem fossem termos absolutamente sinônimos, a comissão não teria por que sugerir a modificação. Até porque, como foi visto apesar da oposição de alguns dos codificadores e de grupos feminista, o Código Civil

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. A família Democrática. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família e a dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. p. 613 – 640. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 613

³³ O projeto do Código Civil, desenvolvido por Clóvis Beviláqua, trouxe nuances de um princípio de igualdade de gêneros, já que para ele a diferença entre homens e mulheres era apenas no fato de desempenharem papel diferenciado dentro da sociedade, por isso mesmo deveriam ter direitos e obrigações diferenciados, sendo que essas situações se justificavam na necessidade de harmonizar as relações conjugais. Porém a comissão de avaliação rejeitou tal proposta. (GRIMBERG, Keila. op. cit. p. 45.)

marcou um tratamento desigual em relação às mulheres, como as solteiras e casadas e as viúvas, as honestas e desonestas etc. Nesse sentido, não é demais afirmar que, para o direito civil, havia mulheres 'mais cidadãs' do que outras, por disporem de seus direitos, dependendo da condição civil³⁴.

Em inúmeros momentos do texto legal era possível perceber essa hierarquização do modelo, o homem era responsável por chefiar a família³⁵, definir o domicílio, era representante da mulher, administrava o patrimônio do casal, enquanto à mulher era destinado o papel de auxiliar³⁶ das funções familiares.

A mulher, no Código Civil de 1916, fora relegada ao papel coadjuvante³⁷ e até mesmo em um segundo plano, não tendo os seus direitos reconhecidos, o que reforçava mais ainda o modelo hierarquizado de família.

Ana Carla Harmatiuk Matos tratando desta desigualdade descreve, "A mulher foi considerada incapaz, à concubina não se permitia direitos [...]"³⁸, a mulher no Código de 1916, estava na relação familiar, seja ela de casamento ou de concubinato, em total desigualdade de condição em relação ao homem.

Jean Carbonier citado por Paulo Luiz Netto Lôbo descreve:

A inferioridade da mulher se traduzia em duas instituições: 1ª – o poder marital, comparável com o poder paterno sobre os filhos, consistindo em poder forte sobre a pessoa; o marido, ensinava o Código, deve proteção, a mulher obediência; 2ª – a incapacidade, que interditava a mulher de figurar na cena jurídico-judiciária sem autorização do marido e a colocava no mesmo nível do menor³⁹.

Outra situação que demonstrava a hierarquização da família codificada e como consequência de desigualdade é a forma de estabelecer filiação, pois somente

³⁴ GRIMBERG, Keila. op. cit. p 71,72

³⁵ BRASIL, Código Civil de 1916. Artigo 233: "O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial ; III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277".

³⁶ BRASIL, Código Civil de 1916. Artigo 240: "A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta."

³⁷ A mulher, que era glorificada no seu papel fundamental de mãe, sentia-se totalmente dependente econômica e psicologicamente, passado o momento da criação dos filhos, era invadida por um vazio, pois em virtude da passagem do tempo não poderia mais ser inserida no mercado de trabalho, portanto a sociedade de consumo reforça a ideia de uma doce dona de casa e consumidora. (MICHEL, Andrée op. cit. p.129.)

³⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e homossexualidade*. Revista Crítica Jurídica. Curitiba: UniBrasil, 2005. p. 156.

³⁹ CARBONNIER, Jean. *apud* Paulo Luiz Netto Lôbo. op. cit. p. 43.

adquiriam a condição de filhos, independente da condição biológica ou sócioafetiva, aqueles que adquiriam o *status* de filhos legítimos, portanto alguns eram considerados como filhos legítimos outros ilegítimos, “[...] a organização da família tem por base o casamento e só o casamento dos pais confere ao estatuto privilegiado de legitimidade”⁴⁰.

A situação demonstrava um grau de preconceito, que nominava os filhos conforme uma categorização, havia filhos legítimos e ilegítimos, naturais e espúrios, filhos adulterinos e adotados. Somente aos filhos legítimos era concedido o direito de serem participantes da convivência familiar e da própria divisão de bens, os demais eram relegados a marginalização familiar, da sociedade e da lei.

Luiz Edson Fachin, analisando a filiação presumida assevera,

O Código Civil compôs um sistema sem compromisso com a verdade ou a verdade social. Preocupou-se com a família legítima e para essa categoria de filhos dirigiu a força da presunção legal de paternidade; colocou, pois num plano superior a verdade jurídica⁴¹.

A família codificada trazia o conceito de matrimônio como conceito sinônimo de família, pois somente se admitia uma união assumir o *status* de família quando ela passava pelo procedimento legal do casamento, era a essa união formalizada sob os parâmetros legais que admitia a existência da família, mas esse procedimento não afastava ou diminuía as demais uniões de fato, relegando-lhes uma conotação de ilegalidade, um afastamento dos parâmetros legais que as marginalizavam:

Já se explicitou que o modelo de família desenhado no Código Civil de 1916 atende uma perspectiva institucionalista de família, de modo que a disciplina oferecida pelo jurídico possui um caráter transpessoal. Afirmar isso significa reputar aquela codificação civil como dotada de um sentido de proteção do agrupamento familiar em uma dimensão abstrata, que se desprende da realidade concreta dos membros que a compõem.

A família é regida, sob a racionalidade, como ente dotado de relativa autonomia, todo orgânico cujo bom funcionamento implica uma divisão interna de papéis, com funções específicas que devem ser exercidas pelos componentes desse ente mais amplo, dotado de uma “existência própria” abstrata⁴².

⁴⁰ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A Família na evolução do direito brasileiro. In: Teixeira, Salvio de Figueredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1983. p. 69.

⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 131.

⁴² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 20, 21.

Embora sendo um espaço privado a família estivesse cercada de invasões do Estado, para que o interesse maior, a manutenção do espaço familiar, sobrevivesse independente da felicidade ou bem estar dos indivíduos que a compunham.

A família possuía certa conotação de unidade autônoma, quase que uma pessoa jurídica, pois o interesse familiar representava sacrifício até mesmo ao livre desenvolvimento a realização dos membros familiares em nome da proteção da hipotética indissociabilidade deste agrupamento⁴³.

O indivíduo era uma peça nessa engrenagem familiar e deveria manter o seu papel, pois as exigências legais estavam muito mais justificadas na necessidade de manutenção da família do que efetivamente no bem estar ou tutela dos direitos fundamentais de seus membros.

A família existia para cumprir um determinado papel na organização social e estatal. É nesse contexto que se percebe a tutela patrimonial centrada no patrimônio.

1.2 A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

Até o advento da Constituição de 1988 ocorreu um avanço jurídico, no que diz respeito às relações familiares; sendo possível demarcar três períodos: i. Direito de Família religioso centrado no modelo patriarcal, com vigência de cerca de 400 anos, abrangendo o Brasil Colônia e Império; ii. Direito de Família laico, com redução progressiva do modelo patriarcal, tem vigência da Constituição de 1889 a Constituição de 1988; iii. Direito de Família igualitário e solidário, estabelecido pela Constituição de 1988⁴⁴.

No decorrer do século XX, houve uma progressiva redução do modelo despótico, na medida em que o poder marital, pátrio poder, a desigualdade entre os filhos se reduziu ou foi alterado o foco de interesse, o modelo tradicional clássico da família brasileira foi se alterando⁴⁵.

⁴³ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. p. 93.

⁴⁴ LÓBO. Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit. p. 40, 41.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 43.

A progressão legislativa pode ser demarcada em três momentos: i. A Lei 883/49, permitiu o reconhecimento de filhos ilegítimos conferindo a eles direitos dos quais estavam afastados; ii. A Lei 4.121/62, o Estatuto da mulher casada, foi de grande avanço para a mulher e um dos principais avanços foi a retirada de sua condição de relativamente incapaz; iii. A Lei 6.515/77, Lei do Divórcio, assegurou as pessoas separadas contraírem novos casamentos como novos parceiros⁴⁶.

Apesar destes grandes avanços legais, conjugando sociedade e Direito, ainda havia um tratamento desigual. Se o casamento fosse desfeito, independente do fator motivador, a ex-mulher e seus filhos estavam à margem da sociedade, sendo alvo de discriminação:

Ainda assim, não foi de um dia para outro que o divórcio, como percurso para reencontro de destinos mais promissores, instalou-se no mundo contemporâneo. As pressões de toda a sorte, morais, religiosas, éticas e culturais, empataram durante grande número de décadas, e até hoje, a aceitação plena do rompimento da matrimonialização das relações conjugais. As mulheres divorciadas imputou-se o status de indignidade e aos seus filhos, a pecha de filhos sem pai [...]⁴⁷.

A década de 1970 foi marcada por grandes transformações, que tiveram reflexo nas relações de família, alterando o contexto social e jurídico⁴⁸.

A Constituição de 1988 foi o marco histórico-legal para a recepção das grandes alterações nas entidades familiares, a partir da integração de novos princípios e do reconhecimento de outras unidades familiares, já existentes no seio da sociedade, em lugar de uma concepção singular e fechada.

1.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Chave de Leitura das Relações de Família

O grande “divisor de águas”, sem sombra de dúvida, encontra-se pautado nos princípios da dignidade humana, da igualdade de gênero, das formas de filiação e as das entidades familiares. Tais princípios foram apresentados pela Constituição,

⁴⁶LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit. p. 43.

⁴⁷HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Moraes. A incessante travessia dos tempos e a renovação de paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: Eliane Ferreira Bastos e Maria Berenice Dias (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 61.

⁴⁸LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Direito...* op. cit. p. 43.

como basilares para a uma releitura do Direito de Família e das unidades familiares⁴⁹.

Flávio Tartuce tratando do assunto descreve: “Trata-se daquilo que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente entre nós, falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado”⁵⁰.

O princípio da dignidade humana permeia todos os espaços familiares, desde a relação entre homem e mulher até a relação pais e filhos. O princípio da dignidade humana pode ser considerado como estruturante para os demais se realizarem⁵¹:

O princípio da dignidade da pessoa humana, incluído dentre os fundamentos do Estado Democrático Brasileiro (art. 1º, III), passa a ser concebido como o ‘princípio matriz’ e unificador dos direitos fundamentais, colocando a pessoa em lugar distinto daquele em que o indivíduo se encontrava ao Estado Liberal.

A dignidade humana, positivada pela normativa constitucional, ainda que não se configure como direito fundamental autônomo, perpassa, de uma forma ou de outra, todos os direitos fundamentais que podem ser considerados, em maior ou em menor medida, concretizações ou explicitações daquele princípio⁵².

O princípio da dignidade humana é responsável pela unificação de todos os demais direitos fundamentais, somente pode ser admitida a interpretação de qualquer norma jurídica, como um todo ou, ao direito de família, que é objeto deste trabalho, se houver a força unificadora da dignidade da pessoa humana.

Em análise da família contemporânea Pietro Perlingeri descreve: “A família é o valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: Eliane Ferreira Bastos e Maria Berenice Dias (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 275.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, LEITE, Gustavo Pereira (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 5.

⁵¹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>. Acesso em 02 de jan. de 2013.

⁵² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. p. 95.

organização, ela é finalizada à educação e a promoção daqueles que a pertencem”⁵³.

Embora Pietro Perlingeri esteja analisando a realidade Europeia, esta não se afasta da realidade brasileira, pois a leitura constitucional de família é embasada nos fundamentos do Estado Brasileiro⁵⁴, e a dignidade da pessoa humana é o princípio primordial do espaço familiar eudemonista.

O substrato material da dignidade se traduz em: i. Sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii. Merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii. É dotado de vontade livre e autodeterminação; iv. É parte de um grupo social, tendo a garantia de não vir a ser marginalizado⁵⁵.

Jussara Maria Leal de Meirelles descreve:

Enfim, a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o **ser** é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentalmente pela propriedade, pelo **ter**, assume função meramente complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples polo de relação jurídica.⁵⁶

A família passa a servir de instrumento da promoção da dignidade da pessoa humana, merecendo destaque e sendo o lugar em que se desenvolve a pessoa. Assim como a unidade familiar adotou conceito mais flexível, reconhecendo nas famílias outras unidades afetivas desde que mantenham como objetivo a função social a que se destinam.

⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução do direito civil constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 243,244.

⁵⁴ BRASIL, da Constituição Federal de 1988. Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

⁵⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter... op. cit. p. 111.

A dignidade da pessoa humana possui um conteúdo mínimo, delineado por Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que se faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁵⁷.

A família é um espaço pautado na solidariedade mútua e nos laços de afetividade. Se evidenciado o interesse pela realização individual, a sociedade familiar se manifesta no interesse mútuo, a igualdade entre os membros da família e a felicidade e afetividade entre eles.

A incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana é o marco para superação da ideologia individualista, pois o homem é visto como um ser em constantes relações sociais, não um ser isolado, para tal é titular de direitos fundamentais, que além de servir de escudos para a intromissão lesiva do Estado no espaço privado familiar⁵⁸, há também pauta suas relações privadas devem também estar pautadas no respeito mútuo, em face dos direitos fundamentais.

1.2.2 A Releitura Constitucional dos Princípios de Direito de Família

Com a Constituição de 1988, inicia-se o processo de constitucionalização do Direito Civil⁵⁹, este momento se encontra marcado pela repersonalização pela valorização da pessoa humana.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 44,45.

⁵⁸ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. 96.

⁵⁹ A Constitucionalização do direito civil é o movimento que ocorre, sucessivamente, a partir do momento em que o sustentáculo da separação entre Estado e sociedade Civil, presente no do liberalismo, começa a ruir sob um Estado intervencionista e regulamentador. (TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em 15 jan. 2013.). “Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.” (LÔBO, Paulo. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em 15 jan. 2013.)

O Estado Social de Direito, que se assentou ao longo do século XX, orientou-se por um princípio intervencionista, no afã de proteger os grupos mais vulneráveis da sociedade, com intuito de minimizar diferenças, que somente puderam ser percebidas, após a garantia da igualdade formal, estabelecida pelo Estado de direito liberal.

Esta intervenção refletiu também no espaço familiar, como normas que estimulam a igualdade material, portanto a caminho de uma dignidade e valorização da pessoa humana⁶⁰.

Desde já há que se observar que a tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares existentes e que não podem continuar afastada do ordenamento jurídico, deixando de se dirigir a família instituição para a proteção dos membros desta instituição⁶¹.

A intervenção do Estado no Direito Civil e, em especial, no Direito de Família sinalizou a crise da dicotomia Direito Público e Direito Privado. Porém o Estado social de direito superou o pressuposto do Estado de Direito Liberal, que demarcava espaços distintos, que separavam o indivíduo do Estado, sem retirar do Direito de Família, a característica de Direito Privado⁶².

Paulo Luiz Netto Lôbo, acerca desta questão descreve:

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)⁶³.

Com a constitucionalização, fatos que já se revelavam no meio social passaram a ter o respaldo legal, delineando a família como um espaço de realização e desenvolvimento pessoal, de tal modo a ser descrita por José Lamartine de Oliveira e Fernando José Muniz, como uma “comunidade de afeto e entre-ajuda (sic)”⁶⁴.

⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit. p. 35.

⁶¹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. 91.

⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit. p. 45,46.

⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em: <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>. Acesso em 02 de jan. de 2013.

⁶⁴ OLIVEIRA, José Lamartine de; MUNIZ, Fernando José. op. cit. p. 11.

A releitura do Direito Civil, firmada nos princípios constitucionais, demanda por uma valorização da pessoa que determina a repersonalização do direito civil, em que o ator principal é o ser humano, e o patrimônio deixa de ser o centro, embora continue com sua importância, agora na satisfação da pessoa e na busca da sua dignidade.

O Direito Civil possuía uma preocupação com o patrimônio, representada pelo indivíduo proprietário, que não atrelava a condição humana à existência humana, mas ao mero reconhecimento do indivíduo sujeito abstrato de direito⁶⁵.

Não se voltava para indivíduo concreto que participa das relações jurídicas, mas para os efeitos patrimoniais dessas relações, o proprietário, o marido, o contratante e o testador. O sujeito não é por si mesmo, mas demonstra a sua existência na capacidade de ter para si titularidades⁶⁶.

A Constituição estabeleceu novo sentido ao espaço familiar como espaço necessário à realização dos direitos fundamentais. Nas unidades familiares, o objetivo é o melhor interesse dos membros familiares que compõe a unidade, a busca do bem estar individual se concretizado sob a garantia do espaço social da entidade familiar.

As grandes mudanças que ocorreram no direito de família refletiram-se na ideia de garantir ao sujeito um caráter de cidadania, marcando uma despatrimonialização e repersonalização, na tentativa de superar o sujeito abstrato para construção do sujeito concreto, a partir de então aqueles que se encontravam na periferia da moldura passaram a ser percebidos⁶⁷.

A alteração tem como objetivo reconhecer uma família que tem como ponto principal o bem estar, ou ainda, a coexistência harmoniosa e pautada no bem estar de seus membros, em detrimento de uma família patrimonializada e transpessoal, que não ocorre por força do legislador e sim por uma mudança que ocorreu no seio da sociedade alterando suas funções e estruturas no decorrer no séc. XX⁶⁸.

Nesse sentido segue Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁶⁹:

⁶⁵ WINIKES, Ralph. CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Reconstrução do direito da personalidade à própria imagem a partir da teoria crítica do direito civil. In: TEPEDINO Gustavo, FACHIN Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 292, 293.

⁶⁶ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy op. cit. 85.

⁶⁷ Idem. p. 87.

⁶⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski op. cit. p. 24.

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes op. cit. p. 50.

Esta família atual não é melhor do que a família do passado, mas certamente é muito diferente dos modelos familiares antecedentes, das estruturas do poder e de afeto que habitaram, construíram e modelaram os arquétipos anteriores a este que hoje conhecemos.

E é natural que assim seja, pois, como num rio, as pedras que se esparramam pelo seu leito são distintas, se comparadas as mais próximas de sua origem ou nascente com aquelas que já estão mais próximas de sua vertente para o mar, de seu lugar de desaguar, enfim. As primeiras roliças e menos agressivas que aquelas. Ambas são extraordinariamente belas, com valor próprio, com distinção intrínseca, pois a água do rio de tanto passar modifica e modela-lhes o perfil.

Modelos de família, ancestrais, feudais, modernas e pós-modernas – para deixar reduzido, em poucas variações, o percurso intenso – sucederam-se, e a “foto da lareira” foi se alterando com a mudança dos costumes, com a conversão ou inversão de valores, com a introdução de novos comportamentos e de novos princípios, com abandono de matrizes em desuso, e assim por diante.

O afeto, *affectio*, exerce cada vez mais papel dominador em cada da unidade familiar⁷⁰. Paulo Luiz Netto Lôbo versando sobre o princípio da afetividade assevera:

Projetou-se, no campo jurídico constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontra-se na Constituição brasileira fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante últimas décadas do Século XX:

- a) Todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) A adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente no plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º);
- c) A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º);
- d) A convivência familiar (e não a unidade biológica) é a prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 277).

O princípio da afetividade também enraíza-se em fundamentos constitucionais gerais, como a realização do princípio da solidariedade (art. 3º, I) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)⁷¹.

O Código Civil de 1916, analisado anteriormente, demonstra claramente que a legislação pátria sofreu e sofre influências da família patriarcal, pois o conceito de família até então era baseado nos laços sanguíneos,⁷² tendo por origem o casamento. Havia uma preocupação de proteger apenas esta entidade familiar,

⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. op. cit.. p. 244.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da afetividade. In: TORRES, Ricardo lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (Org.). TORRES, Silvia Faber (Sup.). *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 50,51.

⁷² Idem. p. 49.

afastando da tutela jurídica as famílias que eram formadas por uniões que não fossem o matrimônio e resguardando os direitos apenas dos filhos oriundos desta união.

Gustavo José Mendes Tepedino analisando os efeitos da releitura constitucional da família assevera:

Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação forma de pais e filhos legítimos baseado no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com os seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e desenvolvimento da personalidade de seus membros.⁷³

Andrée Michel tratando sobre o assunto, descreve esta família como uma família eudemonista: “Nesta concepção, o indivíduo não pensa que ele existe para a família e para o casamento, mas que a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal. Ele pensa que tem um direito moral à felicidade e que este direito permite que ele rejeite o casamento desastroso em proveito de uma união que favoreça o desenvolvimento de sua personalidade e combina suas aspirações à felicidade”⁷⁴.

A pessoa busca no espaço familiar a realização de sua felicidade, logo invertendo o sentido da proteção jurídica, à instituição familiar passa existir para o sujeito e não o inverso como ocorria na família codificada de 1916.⁷⁵

Analisando a Constituição Federal de 1988 percebe-se uma abertura em seu texto, absorvendo novos modelos familiares⁷⁶, que até então estavam relegados à ilegalidade, e que passam a adquirir *status* de entidade familiar.

Com as alterações ocorridas no seio da sociedade, questionamentos constantes e a substituição dos valores éticos e sociais, construídos de princípios e argumentos legitimadores de uma nova ordem constitucional, sugerem um novo conceito de família.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In. *Temas de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.395.

⁷⁴ MICHEL, Andréé. op.cit. p. 132 .

⁷⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. op. cit. p. 24, 25.

⁷⁶ Em uma leitura literal do artigo 226 da Constituição é possível identificar pelo menos três entidades familiares, formada pelo casamento, união estável e monoparental, porém na leitura civil-constitucionalizada, os modelos descritos são meramente exemplificativo, este também foi o entendimento STF quando reconheceu a união homoafetiva.

O casamento, que durante muito tempo era a única forma legítima de constituição de família, com o advento da Constituição Federal de 1988 e uma ampliação do conceito de família, passa ser uma de suas fontes e não a única, pois o texto constitucional elenca a família que tem origem no casamento, assim como a entidade familiar constituída pela união estável e a possibilidade da família monoparental.

Neste sentido percebe-se que houve uma alteração no conceito de família, visando abranger as novas entidades familiares, embasadas no afeto, sendo um grupo social que se distingue dos outros justamente pela afetividade, de tal modo que se acolheram outros núcleos familiares, a exemplo, das famílias sócio-afetivas, da paternidade e filiação sócio-afetiva⁷⁷.

O artigo 226⁷⁸ da Constituição da República traz a mudança que revolucionou a vigência da tutela constitucional de família, visto que não fez referência a nenhum tipo determinado de família, como nas constituições anteriores; a família constituída pelo casamento⁷⁹. Desta forma tem-se a família no sentido genérico, não sendo possível excluir desse contexto, a entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e publicidade.

É claro que as modificações sociais, como já observado, afetam diretamente esta nova formação da família, entre outros, formam fatores determinantes para esse momento a igualdade dos direitos entre homens e mulheres que somente foi possível com algumas mudanças sociais, a exemplo, a inserção da mulher no mercado de trabalho, a possibilidade do controle de natalidade.

⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit. p. 254

⁷⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo.”

⁷⁹ Embora a Constituição Federal de 1988, tenha recepcionado outras duas entidades familiares, além do casamento, famílias mono parentais e união estáveis, esta enumeração tem sido entendida como uma mera alusão exemplificativa e não taxativa, neste sentido segue Paulo Lôbo, que entende que os tipos expressos no texto constitucional não são *numerus clausus*, o artigo 226 adota um “conceito amplo e indeterminado de família”, “[...] os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do artigo 226 da Constituição são meramente exemplificativo, sem embargos de serem os mais comuns, por isso, mesmo merecendo referencia expressa [...]” (LÔBO, Paulo. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In. *Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 3., Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*, 2001. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.p. 95)

Os elementos da desigualdade foram superados, pelo menos no texto legal, a igualdade é suscitada em vários momentos da Legislação Maior. Eis a igualdade entre os conjugues, no §5º do artigo 226, a prioridade absoluta da criança e do adolescente, no artigo 227, e os §§ 3º e 4º do artigo 226, após a decisão paradigmática do STF sobre a união homoafetiva superando a desigualdade em face da orientação sexual⁸⁰

Três são os princípios mais importantes que fundamentam as novas entidades familiares, i. o princípio da dignidade humana, ii. princípio da liberdade e o iii. Princípio da igualdade⁸¹.

A igualdade pode se apresentar na paridade entre os filhos, independente da sua origem biológica, a entre os cônjuges ou companheiros, e na chefia da unidade familiar⁸².

A solidariedade familiar fundamenta desde o dever de alimentos, desdobrando-se até mesmo em solidariedade psíquica e afetiva, impondo respeito e consideração entre todos os membros da unidade familiar⁸³.

Uma nova tábua de valores passou a ser definida pela ordem constitucional. Como consequência, é dela que se parte para uma releitura do direito de família contemporâneo embasado em dois alicerces: alteração do papel atribuído à entidade familiar e a alteração do conceito de unidade familiar⁸⁴.

Paulo Luiz Netto Lôbo tratando sobre a repersonalização das relações familiares descreve:

De modo geral, a mudança de foco, do patrimônio à pessoa, é o sinal expressivo das transformações mais espetaculares que o direito civil passou a ter, desde o advento do individualismo e do liberalismo jurídicos decorrentes da triunfante revolução liberal-burguesa dos três últimos séculos. [...] A tendência contemporânea de ver a família da perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para a regulação de seus direitos constitui o fenômeno que apropriadamente se denomina repersonalização. É a pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana⁸⁵.

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família Democrática. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família e a dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 613 – 640. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 621.

⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em: <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>. Acesso em 02/01/2013

⁸² TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 9,10,11.

⁸³ Idem. p. 8.

⁸⁴ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. 87.

⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio...* op. cit. p. 50.

A família contemporânea é uma entidade na qual as pessoas tem um interesse em comum, que é o bem estar. Portanto a relação entre o indivíduo e a família está bem diferente daquela descrita pelo Código de 1916.

É claro que ainda existem mudanças ocorrendo, pois o que se estuda é um espaço social, que se transformou ao longo do tempo, não ocorrendo rupturas estanques e sim pequenas modificações que aos poucos se tornam perceptíveis.

Maria Celina Bodin de Moraes, analisando as famílias democráticas descreve alguns aspectos que ainda precisam da concretização e valorização da pessoa humana, a exemplo, a igualdade de gênero, embora a mulher tenha mais acesso a educação e profissionalização. Não obstante, as desigualdades representam a reafirmação masculina, necessitando de legislações mais específicas; a mudança cultural na paridade do desempenho das funções domésticas e outras tantas mudanças que são anseio desse novo de direito de família⁸⁶.

1.3 O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA

Como o já descrito anteriormente, no Código de 1916 havia uma valorização do patrimônio, pautada na livre circulação de riquezas, tendo como bases tratar de obrigações, coisas, família e sucessões⁸⁷, centrado no interesse patrimonial a margem dos interesses individuais, o econômico se sobrepunha ao indivíduo, isto se percebe tanto nas relações contratuais quanto nas relações familiares.

O patrimônio era o centro do interesse legislativo, o direito de família tinha enfoque muito mais patrimonial do que humano ou na valorização da pessoa: "O Código Civil brasileiro, em suma, é o espelho fiel do patrimônio como valor nuclear privado tradicional. O patrimônio é, nele, uma esfera composta de coisas suscetíveis de apropriação e trânsito jurídico"⁸⁸.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família...* op. cit. p.637, 638

⁸⁷ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 6. ed. rev. atual. ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 24

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro Renovar, 2006. p. 69.

A base do Estado estava centrada mais na valorização do patrimônio do que na valorização do ser humano, como um fim em si mesmo, conforme apregoado por Kant.

O Direito Civil demonstrava um extremo apego a generalização e abstração, usando-se deste como escudo para negar aos sujeitos concretos a titularidade e o exercício dos direitos⁸⁹.

O apego à generalização e abstração escudava-se por detrás da definição abstrata, negando, com isto, a titularidade de direitos a indivíduos concretos reais e com individualidades e necessidade diferenciadas.⁹⁰ Sumaya Saady Morhy Pereira assevera:

A noção clássica de sujeito é a compreensão de pessoa abstratamente modelada pela ordem jurídica. Nesse modelo clássico para ser pessoa era preciso *ter, possuir* o *status* de sujeito de direito, e não apenas *ser*, concretamente uma pessoa humana. A personalidade – na esfera jurídica – não é caracterizada pelo fato de *ser* humano, mas pelo fato de *ter* direito e obrigações.

Ao estabelecer abstratamente o que considera sujeito de direitos o Direito Civil, qualifica quais os sujeitos que ingressam nesta categoria e exclui os que não se enquadram na moldura. A crítica que se faz contra a abstração excessiva que se operou sobre os conceitos no âmbito do Direito Privado, presente no modelo do Código Civil brasileiro de 1916, é que a pessoa não é, em si mesma, elemento que preceda seu próprio conceito jurídico, ou seja, 'só pessoa quem o Direito define como tal'.

Priorizando o *ter* em detrimento do *ser*, desconsiderando o sujeito como realidade autônoma, o Direito Civil codificado do século XX volta-se não para o indivíduo concreto que participa das relações jurídicas, mas para os efeitos patrimoniais dessas relações, garantindo livre tráfego daqueles que seriam os seus protagonistas: o proprietário, o marido, o contratante e o testador.

O sujeito não 'é' por si mesmo, mas 'tem' para si titularidades⁹¹.

Toda esta realidade de abstração também reflete no espaço familiar valores que, apregoados no seio familiar, estão imbricados de conotações patrimoniais, pois por mais que possuíam até mesmo um caráter moral, revelam, a partir de uma visão mais aprimorada, uma fundamentação patrimonialista.

A Monogamia, admitida historicamente, não tem uma conotação embasada no afeto e no respeito aos membros de uma entidade familiar, e sim, um contexto patrimonialista, com objetivo de manter o patrimônio entre aqueles que sucedem. A garantia de que o patrimônio de uma pessoa ficará exclusivamente com os seus

⁸⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...*, op.cit. p. 4,5,6.

⁹⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. p. cit. 85.

⁹¹ Idem. p. 85, 86.

sucessores, determinados por laços de consanguinidade, era um objetivo a ser alcançado com a consagração da monogamia⁹².

A fidelidade ligada à família codificada também tem uma face de desigualdade sexual, pois a história da família mostrou ser ela um preceito necessário a uma “boa esposa”, uma forma de impedir que o patrimônio da família ficasse com um herdeiro que não fosse da linhagem sanguínea do marido⁹³.

As relações familiares firmadas na necessidade de fidelidade tinham fundamento na manutenção do patrimônio familiar e na linhagem sanguínea. Este era o maior interesse, do que efetivamente os aspectos de ordem moral, que à primeira vista pareceriam estar fundamentado nas exigências legais⁹⁴.

A fidelidade demonstrou ter um caráter patrimonialista diferente do que se gostaria efetivamente, um caráter de afetividade e de bem estar dos membros que compunham a unidade familiar.

Paulo Luiz Netto Lôbo tratando da presunção de paternidade e o princípio da afetividade descreve de forma clara as razões da fidelidade feminina:

A presunção fazia sentido quando a filiação biológica era determinante, no modelo patriarcal de família, que exigia certeza e segurança para sucessão dos bens e não se admitia outras entidades familiares fora do matrimônio. Os laços de afetos se constroem entre pais e filhos não dependem da imposição da natureza (origem biológica), ou da imposição da lei. Por outro lado, e por sua própria natureza, a presunção parte da exigência de fidelidade da mulher, pois a do marido não é necessária para que ocorra [...] ⁹⁵

Esse era o panorama da família no Código de 1916, uma legislação intervencionista na esfera privada familiar e que regulamentava as relações de uma forma excludente, afastando para a margem da legalidade toda e qualquer união que não se ajustasse a moldura descrita em lei. Além do mais refletia uma relação jurídica muito mais preocupada em preservar e manter seu patrimônio do que efetivamente construir um espaço de realização e de concretização do bem estar.

Os direitos fundamentais no espaço familiar determinam um novo direcionamento à família. A unidade familiar não tem conotação de unicidade e sim de espaço para o livre desenvolvimento da pessoa humana, o afeto, que passa a

⁹² ENGLÉS. A origem da família, propriedade privada e do estado. Trad. Abgnar Bastos. Rio de Janeiro: Ed. Calvino, 1944. p. 21.

⁹³ ENGLÉS. op. cit. p. 21

⁹⁴ Idem. p. 28

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio...*, op. cit.. p. 48,49.

permeiar a entidade familiar, não se extingue nem mesmo após a separação, mas se transformam em uma união em prol do bem comum dos filhos, preservando a principal função desenvolvimento da personalidade⁹⁶ de seus integrantes.

É uma alteração de modelo e também de tutela, na qual agora os membros da família que são seu ponto central e não a família, que passa para uma posição serviente, pois não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família que existe para a promoção do livre desenvolvimento do indivíduo e local de desenvolvimento da personalidade e busca da felicidade⁹⁷.

A família não é titular de direitos autônomos, não é pessoa jurídica, a titularidade de direitos se encontra na pessoa de seus membros, portanto o interesse familiar não é maior do que os interesses de seus membros, que devem ser preservados e não sacrificados em nome da indissolubilidade do agrupamento.

O mais importante é o respeito aos interesses e necessidades de seus membros. Protege-se a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. É a pessoa que ocupa o centro da família⁹⁸.

Surge a família instrumento, em lugar da família instituição, com um fim em si mesmo. Eis que a primeira instrumentaliza o livre desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membro⁹⁹.

Este contexto familiar altera a forma de se interpretar vários institutos do direito, entre eles o patrimônio, até então visto como ponto central do ordenamento jurídico familiar.

⁹⁶ “[...] os direitos da personalidade possuem, como característicos, no dizer da doutrina brasileira especializada, a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade. A generalidade significa que estes direitos são naturalmente concedidos a todos, ‘pelo simples fato de estar vivo, ou pelo só fato de ser.’ [...] A extrapatrimonialidade consistirá na insuscetibilidade de uma avaliação econômica. São absolutos, já que oponíveis *erga omnes*, impondo-se a coletividade o dever de respeitá-los. A indisponibilidade retira de seus titular a possibilidade de dele dispor, tornando-os irrenunciáveis e impenhoráveis; e a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, possa convalescer, com o perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora. Finalmente, a intransmissibilidade constitui característico controvertido, estando a significar que se extinguiria com a morte do titular, em decorrência do seu caráter personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados a à personalidade mantenham-se tutelado mesmo após a morte do titular.” (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33 e 34.

⁹⁷ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy.op. cit. p. 93.

⁹⁸ Idem. p. 94.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família...*, op. cit. p. 620.

Na sequência será realizado um paralelo entre a tutela patrimonial da família no Código Civil de 1916 e a tutela patrimonial das novas entidades familiares, à luz dos direitos fundamentais.

1.3.1 A Tutela Patrimonial da Família Codificada

A família codificada tinha como centro das atenções a tutela patrimonial sobre a qual giravam todos os demais interesses, portanto uma família patrimonializada.

Além de a família ser considerada um fim em si mesmo, ela também tinha como objetivo principal a manutenção do patrimônio. Portanto, todos os demais direitos estavam intimamente direcionados a este fim, sejam nas relações entre pais e filhos, maridos e mulheres ou ainda no direito das sucessões.

Gustavo Tepedino descrevendo sobre o direito de filiação demonstra a patrimonialização da família codificada:

Poder-se-ia dizer que a disciplina do Código Civil, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação pré-existente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. **Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consanguínea,** como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em consequência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício individual dos seus membros, em particular da mulher e dos filhos sob o pátrio poder.¹⁰⁰ (grifos não constantes no original)

Michel Perrot, analisando os efeitos econômicos nas relações familiares assevera:

Naqueles tempos de capitalismo em larga medida familiar, ela [a família] **assegurava o funcionamento econômico, a formação da mão-de-obra, a transmissão dos patrimônios.** Célula de reprodução fornecia as crianças que, por intermédio das mães-professoras, recebiam uma primeira socialização através da exploração rural ou do atelier artesanal, os primeiros aprendizados. A família, enfim, formava bons cidadãos e, numa

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Direito de Família Contemporâneo*. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 550.

época de expansão dos nacionalismos, patriotas conscientes dos valores de suas tradições ancestrais.¹⁰¹ (grifos não constantes no original)

A família codificada estava pautada na valorização do patrimônio, as relações patrimoniais eram o interesse primordial, os membros da família deveriam promover o acúmulo e a manutenção do patrimônio no espaço familiar.

Jussara Maria Leal de Meirelles tratando da família codificada segundo os moldes do Código Civil de 1916 assevera: “É uma família marcada fortemente pela hierarquia entre os que a compõem e formada de indivíduos proprietários. Em tal sentido, as relações jurídicas que se estabelecem têm por finalidade compor patrimônio e não respeitar pessoas em sua dignidade como seres humanos”¹⁰².

Paulo Luiz Netto Lôbo tratando da repersonalização do Direito Civil descreve, “É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa para ressaltar a sua dignidade.”¹⁰³, era a família instituição que para sua manutenção todos os membros deveriam se prostrar, colocando, inclusive, a sua felicidade a disposição dela.

No Código Civil de 1916, a dedicação do legislador à sua tutela patrimonial fica evidente. A família, espaço apropriado para o livre desenvolvimento da personalidade, estava muito mais preocupada com a aquisição e a manutenção do patrimônio. Paulo Luiz Netto Lôbo, ao tratar sobre a tutela patrimonial do Código de 1916, descreve: “No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam das relações patrimoniais e 139 de relações pessoais”¹⁰⁴.

Já em uma análise do Código Civil de 2002 segue:

Assim, as causas suspensivas do casamento, referidas no artigo 1523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente, em relação a partilha de bens). Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhe estão sujeitos não se volta à tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão da viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa humana do nascituro, ou da certeza da paternidade, mas a proteção de eventuais direitos sucessórios, o tutor o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com pessoas sujeitas a sua autoridade, porque aqueles, segundo a presunção da lei, seriam movidos por interesses econômicos¹⁰⁵.

¹⁰¹ PERROT, Michelle. *O Nó e o Ninho...* op. cit.. p. 77-78

¹⁰² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *O ser e o ter* op. cit. p. 105.

¹⁰³ LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Direito...* op.cit.. p. 22.

¹⁰⁴ Idem. p. 24.

¹⁰⁵ Idem. p. 24.

Paulo Luiz Netto Lôbo, ao fazer esta análise do Código Civil de 2002, demonstra claramente que os conceitos do legislador civilista, embora posteriores à Constituição de 1988, ainda guardam resquícios da legislação patrimonialista anterior, e mais uma vez, marcando o descompasso entre o andar da sociedade e da legislação, pois enquanto a primeira segue seu ritmo a segunda se encontra em defasagem sobre alguns conceitos.

A seguir, realizada-se uma releitura do patrimônio familiar. Analisando a alteração do centro dos interesses e objetivando o cumprimento do preceito fundamental do Estado brasileiro, já citando anteriormente, em busca da dignidade da pessoa humana, seja no seu aspecto individual ou social.

1.3.2 A Tutela Patrimonial da Família Repersonalizada

A família repersonalizada traz consigo a alteração do foco de tutela, pois se de um lado a família codificada possuía uma preocupação maior com a aquisição e manutenção do patrimônio, de outro lado a família repersonalizada está mais preocupada com o bem estar e felicidade de seus membros.

Ao repersonificar o Direito Civil e em especial o direito de família, tem como principal preocupação a pessoa humana, que passa ser o centro da tutela do Direito¹⁰⁶.

Coloca-se o homem como o principal destinatário do ordenamento jurídico, sendo o centro de preocupação deste, para tal, todos os demais institutos dos direitos se direcionam, trilhando um caminho que vai ao alcance da dignidade da pessoa humana.

É o reconhecimento de que o ser humano é dotado de dignidade e como consequência, um fim em si mesmo, é a concretude do indivíduo, um afastamento metafísico em que o sujeito abstrato direciona, a liberdade e a igualdade formal, que dão espaço para a liberdade e a igualdade substancial¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Neste sentido, TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 e PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil: introdução do direito civil constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade humana (no direito civil). In TORRES, Ricardo lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (Org.). TORRES, Silvia Faber (Sup.). *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 308.

A família, nos dias atuais, tem novos interesses que divergem do interesse primordial do patrimônio. “Evidentemente, as relações de família também tem natureza patrimonial; sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, desnaturam a função da família, como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros”¹⁰⁸.

A repersonificação da família não segue a ideia de que existe um abandono dos efeitos patrimoniais, mas sim uma releitura destes efeitos sob os raios dos direitos fundamentais:

É a dignidade da pessoa humana como centro do sistema jurídico, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, vai se concretizando, entre o personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, com aspectos da realidade social, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ as aspirações econômicas, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa¹⁰⁹.

O caminho não segue nem pela retirada dos aspectos privados do Direito Civil e nem por não reconhecer o conteúdo patrimonial do direito de família. Porém é um novo momento em que todos os institutos relacionados ao direito de família devem ser direcionados aos interesses da pessoa humana.

Sob esta luz constitucional é que o patrimônio familiar deve ser entendido, um patrimônio, sem o qual não seria possível buscar a concretização da dignidade da pessoa humana, seja no contexto individual, seja no contexto social familiar.

Pietro Perlingieri segue descrevendo que os institutos patrimoniais devem estar estruturados nesta valorização do ser humano:

Estes são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou de finalidades exteriores, como se

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. op.cit. p. 33.

não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e, portanto sobre sua natureza.

[...]

Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa¹¹⁰.

O Estado de Direito Liberal possuía uma preocupação exacerbada em torno do da proteção da propriedade e dos contratos, que eram instrumentos para aquisição e conservação de bens. Ancorando-se em uma concepção de direitos fundamentais, como direitos de oposição ao Estado, afastava-se a concretização dos direitos fundamentais, de ações positivas do Estado com o objetivo do livre desenvolvimento da pessoa humana¹¹¹.

Ora, neste contexto, é imprescindível suscitar uma tutela patrimonial, pautada no estímulo do desenvolvimento da pessoa humana em busca da dignidade humana.

Neste mesmo sentido segue Maria Celina Bodin de Moraes:

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a **proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social**. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, **dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna**, conforme os ditames da justiça social. O art. 182, relativamente à política de desenvolvimento urbano, afirma que esta tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes das cidades. E, no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 da CF. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.¹¹²(grifo não constante no original)

A Constituição localizada no centro do ordenamento jurídico, determina uma aplicação uniforme de todos os princípios constitucionais, as normas

¹¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. op.cit. p. 33.

¹¹¹ ROSENVALD, Nelson. Do bem de família aos bens existenciais da pessoa humana. In. TEXEIRA, Ana Carolina Brochado, LEITE, Gustavo Pereira. (Coord.), *Manual de direito de família e sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 373.

¹¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família...*, op. cit. p. 620.

infraconstitucionais.¹¹³ Portanto, toda a ordem econômica estatal deve estar sujeita aos seus fundamentos, logo à promoção da dignidade humana.

Com a constitucionalização do Direito Civil, ao Estado foi destinado o poder de garantir a liberdade do exercício econômico do mercado, assim como de intervir na nas estruturas econômicas a fim de promover e manter a vida digna¹¹⁴.

A tutela de valores patrimoniais segue um novo paradigma que é a pessoa humana e a concretude de sua dignidade. Neste sentido segue a presente pesquisa, em busca da concretude da dignidade humana por meio da manutenção de um patrimônio familiar.

Busca-se dotar a família de certo patrimônio, que será afetado, portanto afastado dos deveres creditícios, para que os membros dessa unidade familiar possam ter espaço para o livre desenvolvimento de personalidade¹¹⁵ destes e do seu bem estar.

A tutela patrimonial da família passaria a ser garantida, não por ser garantia de acúmulo e manutenção de riquezas, mas sim por um patrimônio mínimo, que poderia estar ligado a um patrimônio comum existencial, sem o qual não poderia o indivíduo, no seio familiar, ter preservado os seus direitos e a existência de uma vida digna.

Neste contexto é que se permite falar em uma tutela patrimonial da família, congregando bens que cumprem uma função mais que econômica o patrimônio necessário à subsistência dos membros da sociedade familiar.

¹¹³ “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público - direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um ‘*mondo in frammenti*’, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário.” (TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil constitucionalizado*. Revista de direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), São Paulo: n. 65, jul/set. 1993. p.22.)

¹¹⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 386.

¹¹⁵ Existe uma discussão doutrinária entre tutela de uma personalidade como um complexo de direitos e, portanto, de forma unitária e outra que compreende a tutela da personalidade atomisticamente, como uma pluralidade de direitos tendo cada um deles um dos aspectos da personalidade. Aqui será adotada a forma unitária em que a personalidade é vista como um todo, multifacetado e unitário. (PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. p. 100,101)

2. CAPÍTULO - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: EM DIREÇÃO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO

O resgate de valores fundados na valorização da pessoa humana refletiu em todo o Direito. O Direito de Família, visceralmente composto de direito pessoais, foi o que mais sofreu estas influências que determinaram de forma implícita toda a alteração ocorridas no âmbito familiar.

Há um redesenho das relações entre o Estado e a sociedade, o qual tem como pano de fundo os direitos fundamentais, sob os quais devem ser feita a releitura de todo o Direito Privado, e as influências sofridas refletem-se no contrato, na propriedade e em especial na família, tendo como chave de leitura o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, surge a possibilidade de uma releitura das relações familiares em convergência com o patrimônio, em busca da concretização de um bem estar individual e social dos membros da entidade familiar.

No próximo item o objeto de análise serão as relações entre Estado e Sociedade redesenhadas pelos direitos fundamentais e a necessidade de sua instrumentação para um melhor direcionamento e concretização destes direitos no espaço social.

2.1 O REDESENHO DAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E SOCIEDADE

O Direito é pautado em confluência com a realidade social. O homem realiza o papel de ator protagonista, sendo que a evolução, tanto psicológica quanto física, é o cenário deste grande desenvolvimento e contextualização do Direito.

Entre sociedade e Direito há uma relação de coexistência, de simbiose, qualquer alteração em um deles afetará diretamente o outro, portanto, não é possível alterar o Direito sem afetar a sociedade. Pietro Perlingeri descreve: “As transformações da realidade social em qualquer de seus aspectos (diversos daquele

aspecto normativo em sentido estrito) significa transformação da 'realidade normativa' e vice-versa"¹¹⁶.

A Constituição Federal de 1988, permeada de princípios e valores, reconhecendo a pluralidade social, manifesta uma nova ótica, a de um Estado regulador das desigualdades sociais e agente necessário para que se alcance a efetividade Constitucional.

Os direitos fundamentais, que até então tinham apenas a visão do Estado de direito liberal, em seu princípio não intervencionista, como garantia imposta ao Estado para que este permita a realização destes direitos sem sua ingerência, passam a ter outra instrumentação a do dever do Estado em colaborar para que essas garantias se concretizem na vida do indivíduo, segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

O Direito Constitucional representa o conjunto de valores que constrói na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que já foi exercida pelos Códigos Civis. À diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. Desse modo, ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los a luz do Código Civil, como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia ou tentar escamoteá-los com ideia de uma razão lógica de um cientificismo obrigatório ou apenas subordinar-se ao princípio da tradição¹¹⁷.

Com o advento dos Estados Democráticos de Direito, princípios fundamentais de diversos ramos do direito, inclusive do Direito Privado, passaram a fazer parte dos textos constitucionais. Porém, não é uma mera transposição de institutos privados para a lei maior e sim o reconhecimento que os princípios são normas diretivas ou normas princípios. Neste contexto que se busca a entender o significado axiológico da constitucionalização do Direito Civil.

O texto Constitucional permite a unidade do Sistema Aberto por meio das garantias que permeiam todo o Direito, refletindo sobre toda a Ciência do Direito, inclusive, permitindo que se fale em uma Constitucionalização do Direito Privado, tendo como referencial uma Constituição entendida como um sistema, avançando o

¹¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...*, op. cit. p. 2

¹¹⁷ TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes. *A caminho...*, op. cit. p. 71.

conceito formal ou real e percebendo a Ciência jurídica na ótica de Sistema Constitucional¹¹⁸.

Esta percepção de abertura Constitucional reflete diretamente na reconstrução de um Direito Contemporâneo, imbricado com a realidade social, com reflexos de conquistas de um Direito que avança além das fronteiras do Estado brasileiro, permitindo um diálogo com várias ordens jurídicas¹¹⁹.

É possível perceber que o Direito Constitucional é composto de regras e princípios, sendo que ambos possuem força normativa.

A doutrina constitucional¹²⁰ tem um vasto campo de estudo sobre a distinção, entre regras e princípios, sendo este campo de responsabilidade da Filosofia e da Hermenêutica Constitucional. Aqui será utilizada apenas a distinção que trata do conteúdo semântico e do modo de incidência e aplicação.

Tratando sobre o assunto, Wilson Antônio Steinmetz destaca que os direitos fundamentais constituíam um limite externo ao poder, pois que concebidos como direitos naturais do homem independem da força estatal, sendo a função estatal apenas reconhecê-los e garantir a sua concretização¹²¹.

As regras possuem o suporte fático (hipótese de incidência) restrito, cuja incidência é determinada pelo método da subsunção. Exemplo disso é o artigo 226, § 4º, da Constituição Federal, que define como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Logo, qualquer pessoa que convive com filho, biológico ou não, tem assegurada pela Constituição Federal o reconhecimento de uma unidade familiar¹²².

¹¹⁸ Canaris descreve o conceito de sistema se pautando na ideia básica de Kant, sendo a unidade sob uma ideia, de conhecimentos variados, ou um conjunto de conhecimento ordenado segundo princípios. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 1-148)

¹¹⁹ Marcelo Neves chama esta “conversação” oriunda de uma Constituição Transversal de um Estado constitucional de “pontes de transição” (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2009. p. 63)

¹²⁰ Neste sentido, Alexy entende que princípios são mandados (proibições ou permissões) de otimização, quer dizer, são normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, dependendo não só de questões reais, mas também jurídicas (âmbito determinado por princípios e regras). Já as regras são normas que exigem para seu cumprimento uma conduta determinada, pressupondo uma possibilidade real e jurídica para a conduta. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011 p. 85 e ss) Também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.; SILVA, Vergílio Afonso da. *Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

¹²¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.68,69.

¹²² LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Direito...* op. cit. p. 57.

Os princípios possuem suporte fático aberto e hipotético e sua incidência depende da interpretação e mediação do intérprete, cuja aplicabilidade somente poderá ser definida no caso concreto. Para tanto, será determinado o método da ponderação, que leva em conta a mediação da colisão entre os princípios, a exemplo da contraposição entre o princípio da dignidade humana e o planejamento familiar (artigo 226, § 7º da Constituição Federal). Eis que se garante o livre planejamento, atentando para a análise do caso concreto, será possível determinar se houve ou não o respeito à dignidade humana¹²³.

Os direitos fundamentais, compostos de normas valorativas, suscitam várias análises que de forma sucinta serão observadas nesta pesquisa antes de se examinar a incidência destes direitos fundamentais nas relações interprivadas, pois tal sequência de análise é fundamental para uma melhor abordagem do assunto.

A primeira delas é definir o que são direitos fundamentais e no qual se encontram as normas de direitos fundamentais.

Para Robert Alexy é possível identificar os direitos fundamentais por meio de alguns critérios, a seguir enumerados: (i). material, (ii). estrutural e (iii). formal. Porém, ele mesmo define que os dois primeiros critérios são dotados de imprecisão, por isso sugere o terceiro critério como o mais adequado, pois seriam direitos fundamentais aqueles assim classificados na legislação. O mesmo autor reconhece a possibilidade de encontrar direitos fundamentais em outros títulos além daqueles estabelecidos no título específico¹²⁴.

Neste sentido também segue José Carlos Vieira de Andrade lecionando que os direitos fundamentais possuem um catálogo aberto e podem permear todo o corpo da Constituição. Os direitos fundamentais constituem um sistema e uma ordem, ou seja, uma unidade axiológica-normativa fundada no princípio da dignidade do ser humano.¹²⁵

Tal ordem não se apresenta de forma hierarquizada, ao contrário, mostra-se uma ordem plural e aberta, buscando a tutela máxima da dignidade da pessoa humana, tanto em sua esfera individual como em sua esfera social¹²⁶.

¹²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...* op. cit. p. 58, 59.

¹²⁴ ALEXY, Robert. op. cit.. p. 58.

¹²⁵ ANDRADE, Jose Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 101.

¹²⁶ Ibidem. p. 103.

Segundo José Carlos Vieira de Andrade: “É nesse sentido que podemos dizer que a ordem dos direitos fundamentais é pluralista e aberta. A unidade é conseguida e construída dialeticamente, em referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que aqui atua como ‘princípio regulativo’ e não como um princípio unitário de uma ordem hierárquica e fechada”¹²⁷.

Em um segundo momento, é possível perceber que os direitos fundamentais detêm uma multifuncionalidade, podendo ser classificados basicamente em dois grandes grupos: (i) direitos de defesa, que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais, - e políticos; e (ii) direitos à prestação, integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos à prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional¹²⁸.

Os primeiros, direitos de defesa, possuem uma conotação de um afastamento estatal para que os mesmos se concretizem, por isto mesmo a sua tutela estaria refletindo em um limite as possíveis ingerências estatais. A sua promoção estaria em um não fazer estatal, por isto muito deles se realizariam sem custos econômicos ao Estado.

Os direitos fundamentais prestacionais exigem uma contraprestação estatal, portanto, determinam uma intervenção do Estado para a concretização destes direitos fundamentais.

Os Direitos Sociais, que por sua essência são direitos prestacionais, tem seu âmbito de proteção composto pelas ações estatais que fomentem a realização deste direito, assim também o conceito de intervenção reflete um não agir ou um agir de forma insuficiente.

No conceito de fundamentação constitucional o que diferencia das liberdades públicas, é que se reflete em uma ação, porém também em uma omissão, ou alternativamente, uma ação insuficiente. Com isto, o dever de realizar ações estatais positivas¹²⁹.

Surge então um novo impasse. Seriam eles apenas normas programáticas ou normas de eficácia plena, podendo ser exigido a sua aplicação? A teoria

¹²⁷ ANDRADE, Jose Carlos Vieira de Andrade. p. 104.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, op. cit. p. 260.

¹²⁹ SILVA, Vergílio Afonso da. op. cit.. p.78.

contemporânea dos direitos fundamentais e a jurisprudência¹³⁰ entendem que, independente de serem direitos fundamentais de defesa ou prestacionais, os mesmos tem eficácia e devem ser realizados.

Paulo Bonavides, tratando sobre o assunto, aduz:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social¹³¹.

No mesmo sentido Jorge Reis Novaes:

O Estado deixa de ser visto como agente neutro, separado da sociedade civil, que apenas respeita a grande segurança das livres trocas individuais e do livre encontro de autonomias individuais, para passar a ser visto como um Estado social – um Estado preocupado com as desigualdades de facto que distorciam e anulavam as condições de livre desenvolvimento das autonomias individuais, empenhado activamente na prossecução de uma liberdade e de uma igualdade real¹³².

¹³⁰ “[...] 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. [...] 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética. [...] 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. [...]” (STJ, REsp 577836 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 28.02.2005, g. n.)(grifo não constante no original)

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 584.

¹³² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 2010. p. 261.

Os direitos fundamentais, que até então tinham apenas a visão do Estado liberal, muito mais uma ação negativa do Estado, ou melhor, uma garantia imposta ao Estado para que permita a realização destes direitos sem sua ingerência¹³³, passam a ter outra instrumentação devendo o Estado colaborar para que essas garantias se concretizassem na vida do indivíduo.

A superação do efeito simbólico dos direitos fundamentais, em que ficou consagrada a força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos. Trata-se de uma visão diferente daquela em que a doutrina tradicional se pautava. Pois em virtude da influência do individualismo e liberalismo, as forças sociais se encontravam frustradas quando demandavam por ações interventivas estatais, eram barradas pela limitação do poder público nas relações privadas, principalmente quando de natureza econômica¹³⁴.

Na medida em que se abandona a ética do individualismo em busca da ética da solidariedade no sentido da proteção da dignidade humana, o direito civil modifica o seu centro de tutela, deixando de tutelar a propriedade para uma tutela muito mais efetiva da pessoa¹³⁵, preocupado com um homem real, por isto mesmo muito além da igualdade abstrata até então consagrada e no sentido de uma substancial, muito mais preocupado com indivíduos concretos e por isto mesmo desiguais.¹³⁶

Muitos foram os efeitos da constitucionalização do Direito Privado¹³⁷, dentre estes a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, que têm em seu âmago contextos valorativos e abertos. Outro fator, e não menos importante, é a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

É neste contexto que surge o tema direito fundamental aplicado às relações interprivadas. Ora, nas relações de massa o poder não pode ficar concentrado no

¹³³ Marinoni informa que os direitos fundamentais possuem duas dimensões de um lado a visão objetiva e de outro a visão subjetiva, sendo que aquela limitadora das ações estatais é a dimensão objetiva. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Busca legis.ccj.ufsc.br. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf. Acesso em 02 de jan. de 2013)

¹³⁴ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, p. 57.

¹³⁵ Tal redimensionamento resulta na personificação despatrimonialização do Direito Civil.

¹³⁶ FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constitucionalização, Direitos fundamentais e direito privado*. 3 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.

¹³⁷ Começa no século XX, com redesenho entre a constituição e direito privado. Em que o Código Civil era visto como Constituição dos direito privados, o cidadão enxergava no código o seu estatuto de direitos. Direitos de primeira dimensão (liberdade, igualdade) seriam oponíveis contra o Estado, com objetivo de limitar as ingerências estatais na vida do cidadão. Nos capítulos adiantes este assunto será abordado com maior particularidade.

Estado, há disseminação deste poder na sociedade, pois muitas vezes entidades particulares possuem a concentração de poder com atuação semelhante a do aparato estatal, diminuindo consideravelmente as relações de igualdade e de liberdade entre particulares¹³⁸.

Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de Proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social econômico, já nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas¹³⁹.

Para determinar a incidência dos direitos fundamentais é possível identificar pelo menos duas teorias¹⁴⁰ com objetivo de explicar essa incidência, Teoria de Eficácia Vertical e a Teoria da Eficácia Horizontal.

Os direitos fundamentais além de possuírem uma dimensão de direitos subjetivos entre os particulares em face do Estado, também possuem uma dimensão objetiva que permite serem oponíveis entre seus pares, portanto, entre particulares.

A eficácia dos direitos fundamentais de forma vertical¹⁴¹ é o ponto de partida para releitura de normas abertas e valorativas, até porque em uma visão conceitual, poderiam ser definidos os direitos fundamentais como a garantia do cidadão contra as ingerências do Estado, porém nesta mesma esteira está à eficácia interprivada dos direitos fundamentais.

¹³⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a lós particulares lós derechos fundamentales? In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição direitos fundamentais no direito privado*. 3 ed. ver. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 263 – 293. p. 265.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 377,378.

¹⁴⁰ Também é usada pela doutrina como eficácia objetiva e subjetiva, a eficácia horizontal e vertical, apesar dessa nomenclatura ser criticada aqui será utilizada, pois permitem uma melhor visualização dos direitos fundamentais e sua eficácia, possuem um efeito simbólico e gráfico que determina um entendimento mais adequado ao tema do presente trabalho.

¹⁴¹ “A Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos fundamentais diz respeito à aplicabilidade imediata, potencializando a eficácia dos direitos fundamentais, alçados também à condição de cláusulas pétreas, nós temos do artigo 60 § 4º. Ou seja, os direitos fundamentais individualizados, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos possuem eficácia plena, são normas de vigência automática e de auto-aplicabilidade. Entretanto, o constituinte originário não explicitou em face de quem os direitos fundamentais poderiam ser opostos. (SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais*. Disponível:http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081112110914373&mode=print. Acesso em 23 de dez. de 2013)

Seria possível o particular exigir dos demais sujeitos do direito, portanto, não do Estado, mas dos iguais a eficácia dos direitos fundamentais?

O entrave da eficácia dos direitos subjetivos entre particulares se encontra na medida em que é necessário resguardar a autonomia privada dos particulares, porém ao mesmo tempo está resguardado por direitos fundamentais.

Para que se alcance a resposta a este questionamento é necessário o estudo da Teoria da Eficácia Horizontal¹⁴² dos Direitos Fundamentais, que se originou da palavra alemã *Drittwerking*. No cenário jurídico brasileiro ela é conhecida por diversas nomenclaturas, a exemplo, eficácia privada ou reflexiva¹⁴³.

A veiculação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas teve início na metade do século passado, de forma paralela, contudo com análises distintas tanto na Alemanha quanto nos Estados Unidos.

Mais recentemente tem tomado palco nas discussões doutrinárias e na jurisprudência brasileira.

A Constituição Brasileira de 1988 não determinou de forma expressa a aplicabilidade ou não dos Direitos fundamentais nas relações privadas, portanto, a doutrina, por meio da interpretação da norma constitucional, encarregou-se de buscar informações que justificam, ou não, a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais.

As correntes doutrinárias que explicam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas serão objeto de análise na sequência do trabalho.

2.2 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

Neste propósito há várias teorias desenvolvidas que elaboram tentativas de explicar e justificar a aplicabilidade, ou não, dos direitos fundamentais às relações privadas.

¹⁴² Teoria Horizontal de Eficácia dos direitos fundamentais embora tenha sido criticada esta terminologia, nesta pesquisa será utilizada como sinônima da teoria da eficácia interprivada dos direitos fundamentais, se abstendo de fazer observações neste aspecto, pois este seria objeto de outro trabalho fugindo do tema central da pesquisa.

¹⁴³ KRETZ, Andrieta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005. p. 85.

A Alemanha foi o berço das teorias da eficácia mediata e imediata nas relações interprivadas, porém foi lá também um dos espaços de maior resistência a esta eficácia.

Em um primeiro momento é possível perceber uma negação ou não incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esta negação apresenta-se como suporte em várias situações, a exemplo da crítica exercida por Ernest Forsthoff¹⁴⁴, fundamentada em um temor de aniquilamento da autonomia privada. Além disso, haveria uma supervalorização dos poderes do juiz em detrimento de um legislador democrático¹⁴⁵.

Trata-se de uma visão ainda muito apegada ao liberalismo clássico, não admitindo a eficácia objetiva dos direitos fundamentais e somente admitindo que o mesmo tenha caráter de defesa em face ao Estado, eficácia subjetiva¹⁴⁶.

Acreditam os defensores desta corrente, que a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares desvirtuaria todo âmbito de atuação deste, pois que na sua essência são garantias de particulares em face do Estado. Contudo, a maior crítica está justamente no fato de que toda a segurança jurídica da autonomia privada estaria sendo relegada a um segundo plano, fulminando, de forma irreversível, o Direito Privado, pois as ameaças aos direitos fundamentais entre particulares estariam protegidos pela legislação civil e penal, neste sentido os direitos fundamentais teriam apenas um viés subjetivo¹⁴⁷.

A partir da década de 1950, o Tribunal Constitucional Alemão foi firmando jurisprudência que aos poucos reconheceu à eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas¹⁴⁸.

No entanto, o fato de se construir uma visão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de longe está a possibilidade de pacificar as ideais, pois agora surge a eterna discussão: são direitos aplicados de forma mediata ou imediata. Esta será objeto de análise dos próximos tópicos.

¹⁴⁴ Para o autor, defensor do método de interpretação clássico, as normas Constitucionais não se distanciam das outras espécies de leis, para tanto, a sua interpretação se encontra ancorada nos métodos de interpretações tradicionais; literal, sistemático, lógico, histórico.

¹⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 352 e 352.

¹⁴⁶ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. op. cit. p. 270.

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In. BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 197,198.

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *A vinculação...* op. cit. p. 198.

2.1.1 Teoria da Eficácia Mediata

A teoria de eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, adotada pelo direito alemão, e refletindo diretamente na Corte Constitucional, parte do pressuposto de que os direitos fundamentais não devem ser aplicados de forma direta sobre as relações particulares¹⁴⁹.

Günter Dürig, criador dessa corrente, reconhece a aplicabilidade dos direitos fundamentais sobre os particulares, porém somente admite que isto ocorra de forma mediata. Neste contexto, entende-se que os Estados, ao pautar suas decisões, sejam de ordens legislativas, ou de ordens interpretativas pelo Poder Judiciário, devem estar pautados em reconhecimento dos direitos fundamentais subjetivos, logo o Estado é o mediador da eficácia interprivada¹⁵⁰.

Para o referido doutrinador, as pontes que ligam o Direito Privado e o Direito Constitucional encontram-se nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, sendo assim os juízes deveriam levar em consideração estas premissas nas decisões do caso concreto.¹⁵¹

Este objetivo seria alcançado em um primeiro momento pelo legislador, que deveria se pautar na máxima dimensão objetiva dos direitos fundamentais, jamais esquecendo que a autonomia privada é a mola propulsora do Direito privado¹⁵².

Já em um segundo momento, o Poder Judiciário exerceria papel fundamental, pois seria responsável por clarear as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados deixados pelo legislador na análise do caso concreto. Ao fazer tal análise deve evocar os direitos fundamentais e evitar normas legais que sejam incompatíveis com tais direitos, sob pena de estar lesando os direitos particulares.¹⁵³

Neste contexto, é que foi julgado o caso Erich Lüth, o qual é paradigmático e, como tal, convém aqui sejam feitas considerações, pois na análise deste é possível perceber a eficácia dos direitos fundamentais da forma mediata. Neste caso, Erich Lüth se manifestou contra um filme do roteirista, Veit Harlan. Na esteira

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *A vinculação...* op. cit. p. 197.

¹⁵⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental na relação jurídica entre particulares. In. BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119 – 191. p. 135.

¹⁵¹ SARMENTO, Daniel. *A vinculação...* op. cit. p. 214.

¹⁵² Idem. p. 214.

¹⁵³ Idem. p. 214.

da desnazificação do Pós-guerra, agiu incentivando as pessoas não assistir o filme, principalmente alemães descendentes, exercendo pressão sobre a indústria cinematográfica. Os produtores do filme demandaram Lüth, exigindo perdas e danos no juízo civil, que condenou o réu a não se manifestar mais sobre o tema, por ferir o § 826 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch). Este recorreu à corte constitucional alegando o direito fundamental a liberdade de expressão (art. 5º da lei fundamental), que decidiu pela reforma da decisão do juízo cível aplicando o direito da liberdade de expressão particular¹⁵⁴.

Este primeiro momento foi marcado pela não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, mas como visto no caso emblemático supracitado, esta, apesar de uma resposta fácil, não foi suficiente, determinando uma reforma pelo grau superior com uma solução mais ajustada às necessidades da sociedade.

A teoria mediata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais estaria pautada em uma eficácia de modo refletivo. O legislador estaria limitado em seu poder de atuação, no que diz respeito à elaboração de legislações que violem direta ou indiretamente os direitos fundamentais dos particulares, além do mais, deveria ela agir, portanto numa dimensão ativa, editando leis que estimulem a concretização dos direitos fundamentais.

Luiz Guilherme Marinoni versando sobre o tema descreve:

Quando se pensa em eficácia mediata, afirma-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio de princípios e normas de direito privado. Isso ocorreria através de normas de direito privado – ainda que ditadas em razão do dever de proteção do Estado. Além disto, os preceitos constitucionais poderiam servir como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, porém dentro das linhas básicas de direito privado.

[...]

Como já foi dito, o direito de proteção tem como destinatário o Estado, que fica obrigado a editar normas para proteger os direitos dos particulares. Quando uma dessas normas não é cumprida, surge ao particular – por ela protegido (p. ex., direito do consumidor) – o direito de se voltar contra o particular que não a observou. Aliás, o direito de ação do particular – nestas hipóteses – poderá ser exercido mesmo no caso de ameaça de violação (ação inibitória)¹⁵⁵.

¹⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos... op. cit. p. 69.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Busca legis. Ccj.ufsc.br. Disponível em: WWW.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf. Acesso em 02 de jan. de 2013.

No mesmo sentido, segue José Joaquim Gomes Canotilho, “Os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador que seria obrigado conformar as referidas relações obedecendo aos princípios matérias positivados nas normas de direito, liberdades e garantias”¹⁵⁶.

Na análise desta teoria é possível perceber que os seus defensores não negam a aplicação dos direitos fundamentais sobre as relações particulares, porém defendem uma mediação¹⁵⁷ que será efetuada pela lei, que servirá de filtro relativizador da irradiação sobre os direitos fundamentais nas relações entre iguais.

Juan Maria Bilbao Ubillos tece duras críticas a esta teoria, informa não ver diferenciação entre esta teoria e a interpretação conforme a Constituição, continua que se a aplicação for aos estritos termos da teoria está se negando a eficácia dos direitos fundamentas as relações interprivadas¹⁵⁸.

Na busca de solucionar este impasse toma força a teoria da Eficácia Imediata.

2.1.2 Teoria da Eficácia Imediata

Esta Teoria descreve que os direitos Fundamentais têm eficácia plena dos particulares em face de outro particular. Assim como pode e poderia ser exigido do Estado, também pode ser exigido do particular que ofendeu o direito fundamental de outro particular.

Os direitos fundamentais na Alemanha até o pós-guerra, assim como o Brasil até a Constituição de 1988, eram usados unicamente para limitar as ingerências do Estado, pois ele deveria se subordinar aos direitos constitucionais. Se

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 593.

¹⁵⁷ Observando os escritos de Jose Carlos Vieira de Andrade percebe-se o seu posicionamento crítico a esta aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais aos particulares, para o que se quer não é efetivamente aplicação indireta e sim uma harmonização e adaptação da autonomia privada, sendo ela também preceito constitucional, segue descrevendo: “aquilo que se deve entender por mediação na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais é afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a liberdade geral e a liberdade negocial do direito civil.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 289.)

¹⁵⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. op. cit. p. 275, 276.

uma norma de Direito Privado se adéqua à Constituição esta é constitucional e como consequência já havia cumprido o seu papel¹⁵⁹.

A teoria da eficácia imediata foi bastante utilizada no direito alemão, em especial na solução de casos oriundo de ramos sociais do Direito a exemplo o Direito do Trabalho.

Desenvolvida por Hans Carl Nipperdey, Presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que, em decisão proferida em 1954, esclareceu que os direitos fundamentais têm princípios que ordenam a vida social, estes têm caráter vinculante e eficácia imediata.

Seria inadmissível, sob a ordem da força normativa da constituição, admitir que o Direito Privado estivesse à margem da Constituição, sendo imprescindível a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas¹⁶⁰.

Já no modelo Norte Americano, esta teoria, de início, foi desestimulada pela Suprema Corte norte-americana, que entendia que os direitos fundamentais somente poderiam ser exigidos do Estado, porém em meados de 1940, esta Corte começou a alterar o seu posicionamento, dando um novo viés às suas decisões. A *public function theory* possibilita, em face de particulares, com posição semelhante aos dos poderes tipicamente públicos, poderão exigir a eficácia dos direitos fundamentais em face de outros particulares¹⁶¹.

Neste sentido Wilson Steinmetz: “Segundo a teoria da eficácia Imediata, os direitos vinculam imediata e diretamente os particulares. Assim a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares independem de mediação das normas de direito privado¹⁶².”

Em outro momento descreve: “O estratagema judicial é simples e inteligente: aplica-se o campo de abrangência do conceito do *state action* operando eficácia dos direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual, e ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos”¹⁶³.

¹⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos...* op. cit. p.71.

¹⁶⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. Direitos Fundamentais e as relações entre particulares. Revista *Ajuris – associação dos juizes do Rio Grande do Sul* -, Porto Alegre: Ano XXXIII – Nº 103, setembro/2006.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 190.

¹⁶² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Direitos...*, op. cit. Nº 103, setembro/2006.

¹⁶³ *Idem*. p. 179.

Os direitos fundamentais, conforme a teoria da eficácia imediata poderiam ser aplicados às relações particulares, esta aplicabilidade ocorreria somente na situação em que os particulares se comportem com poderes de atuação estatais, portanto, naquelas situações em que os particulares agem em nome do Estado. Na maioria das vezes, na concretização dos direitos fundamentais sociais, assim como poderiam ser percebidos na concretização destes direitos fundamentais mesmo nas relações entre particulares em condições de igualdade, independente do poder de ações estatais¹⁶⁴.

Os defensores desta teoria, alguns com algumas restrições, outros já não, entendem, em síntese, que os direitos fundamentais teriam eficácia imediata, logo, direta e sem qualquer restrição sobre os particulares, pois o dever do Estado não é somente não interferir nos direitos fundamentais de seus cidadãos, mas também, zelar para que os demais não interfiram, sendo estes demais, particulares no poder de atuação estatal ou ainda em relações de igualdade de condições.

2.1.3 Teoria dos Deveres de Proteção

As teorias anteriores sofrem a crítica de Claus-Wilhelm Canaris e Klaus Stern, aduzindo que os particulares não estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais como está o Estado. Porém, quando o Estado edita normas, ou ainda, quando atua por meio do poder de jurisdição, este se vincula ao dever de proteção dos direitos fundamentais, evitando ameaças lesivas destes direitos por parte dos particulares¹⁶⁵.

A teoria dos efeitos indiretos encontra-se num modelo que deve abranger todos os aspectos de proteção, caso contrário a aplicabilidade dos direitos fundamentais sempre era incompleta.

Neste modelo é possível perceber três níveis, i. o dever estatal; ii. Direitos em face do Estado e iii. As relações jurídicas entre os sujeitos privados.

Na primeira deve ser considerado que todas as normas devem levar em consideração que as normas de direitos fundamentais servem de normas objetivas implicando ao Estado respeitá-las sob a ótica legal e jurisprudencial civil. Na

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Busca legis. Ccj.ufsc.br. Disponível em: WWW.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf. Acesso em 02/01/2013

¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 216 e ss.

segunda corresponde o dever do juiz de levar em consideração a ordem de valores dos direitos fundamentais, tanto no momento da interpretação quanto no momento de aplicação do Direito Civil. Na terceira ordem se dá pela aplicação direta dos direitos fundamentais¹⁶⁶.

A eficácia dos direitos fundamentais de forma horizontal reflete em diversos prismas, permitindo desde a defesa da não aplicação até a aplicação direta e imediata. Deste modo, há teorias investidas de uma visão menos positivista e ao mesmo tempo não tão permissiva, tentando com isto encontrar um meio termo: é a teoria dos deveres de proteção.

Dentre estas várias teorias apresentadas é necessário, neste momento, observar qual delas tem sido prevalecido no sistema jurídico brasileiro.

No Brasil, como em muitos outros países, já se sedimentou a ideia de que os direitos fundamentais possuem eficácia nas relações interprivadas, Daniel Sarmento entende que a aplicabilidade deve ser imediata, não sendo necessária a intervenção estatal para que a eficácia interprivados se concretize¹⁶⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que, ao se tratar sobre a teoria de eficácia horizontal, deve ser tomado cuidado com duas situações diferentes, porém dentro de um mesmo contexto. Em um primeiro momento, quando se tratar de partes iguais, portanto, particulares em iguais condições de igualdade, os conflitos devem ser solucionados dentro do espaço das liberdades, sendo possível admitir a eficácia direta no sentido de proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade. Já em um segundo momento, na relação existente entre um particular e os detentores do poder econômico ou social, não haverá condição de igualdade entre os particulares, logo se admite uma aplicabilidade imediata e direta, vez que uma das partes se encontra em posição preponderante, determinando relação assemelhada a da eficácia vertical¹⁶⁸.

Há vários doutrinadores que defendem a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, que seguem como referencial de garantias ao cidadão independente ser oponente a ações comissivas ou omissivas do Estado. Eficácia vertical, ou ainda

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. op cit. p. 533-542.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: [HTTP://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?fidt_conteudo=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?fidt_conteudo=56993). Acesso em 06 de julho de 2012.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 31.

nas relações interprivadas, eficácia horizontal, sejam elas entre iguais ou entre particulares tendo um deles comportamento de poderes públicos.

Os direitos fundamentais exercem eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares, a exemplo da indenização por dano moral ou material por abuso de direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, XI, da C.F./88). Os direitos fundamentais têm um leque comum de interrogações e reclama a uma resposta generalizadora, no sentido aplicável a todos os demais direitos¹⁶⁹.

Devido à unidade do ordenamento jurídico, este se aplica a toda à ordem jurídica, inclusive privada, portanto, os direitos fundamentais na sua dupla perspectiva objetiva e subjetiva¹⁷⁰.

Na esfera privada também ocorrem situações de desigualdades geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações e agressões às liberdades individuais que atentem contra o conteúdo da dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, devendo, de qualquer modo zelar, pelo equilíbrio entre estes valores e o princípio da autonomia privada e da liberdade negocial em geral, que não podem ser completamente destruídos¹⁷¹.

No Direito brasileiro há uma inclinação pela eficácia direta *prima facie* também entre os particulares aos direitos fundamentais, porém sem deixar de reconhecer que no modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais as relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas¹⁷².

São várias as críticas sobre essa eficácia horizontal, dentre estas, a perda da autonomia privada, sendo o espaço privado invadido pelo Estado em nome de um posicionamento majoritário, mitigando o princípio da segurança jurídica, em nome de princípios abstratos e permeados de valores morais.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 377.

¹⁷⁰ Idem. p. 378 e ss.

¹⁷¹ Idem. p. 378 e ss.

¹⁷² Idem.. p. 378 e ss.

O Direito estaria sendo relegado a decisões judiciais, correndo o risco de ativismos judiciais¹⁷³, determinando um direito excessivamente judicializado. Neste aspecto ainda violaria o princípio democrático em face da separação dos poderes¹⁷⁴.

Invocam-se os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo¹⁷⁵.

Este ponto não encontra consenso dos doutrinadores enquanto alguns defendem o ativismo como forma de concretização, outros o criticam por entender ser a quebra do princípio da democracia de separação dos poderes, passando para um império do judiciário no Direito¹⁷⁶.

A autonomia privada, princípio de extrema relevância do direito privado, não deixa de ser respeitada e garantida na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por meio do método de ponderação, a atuação do juiz será mais ou menos intensa à medida que as desigualdades se apresentem, portanto, quanto mais iguais os particulares, maior autonomia privada, quanto mais desigual maior intervenção judicial¹⁷⁷.

Assim se reconhece que no âmbito da perspectiva jurídica objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estados e particulares, se encontram a estes

¹⁷³ “Uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12350_66670174218181901.pdf>. Acesso em: 24 de dez. de 2012)

¹⁷⁴ Alguns doutrinadores defendem esta concepção, porém a título exemplificativo, DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...*, *op. cit.* Acesso em: 24 de dez de 2012.

¹⁷⁶ O Assunto é de extrema importância, por não ser objeto desta pesquisa não será aqui abordado com maior profundidade. Sobre o assunto: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.; DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Massachusetts: Harvard University, 2006.; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.; DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.; DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. O Estado de São Paulo. Espaço Aberto, abr. 1997.

¹⁷⁷ CANOTILHO, JJ. *op. cit.* p. 210.

vinculados, por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada como eficácia externa, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, estando em jogo um direito fundamental. Todavia, quando se tratar de situações fora da relação indivíduo-poder, deverá prevalecer o princípio da liberdade, aceitando a eficácia direta dos direitos fundamentais, na esfera privada somente no caso de a dignidade da pessoa humana se encontrar em jogo, se aceita a eficácia direta¹⁷⁸.

É dever de o Estado respeitar, assim como promover, práticas que desenvolvam a realização dos direitos fundamentais, isto ocorrendo sob todos os espectros dos seus poderes, seja legislativo, executivo ou judiciário. Logo, tem ao mesmo tempo uma função que determina efeitos omissivos e comissivos. Neste contexto quando ele promove, mesmo que por meio de decisões judiciais, a eficácia interprivada dos direitos fundamentais o faz no cumprimento de seu dever legal, ainda mais quando essas decisões levam em conta a promoção da dignidade humana.

É possível perceber nos Estados Democráticos de Direito, dentre eles o Estado brasileiro, um afastamento do Estado-mínimo e a busca da promoção do bem estar social que deve ser promovido sob várias dimensões, entre elas, a promoção dos direitos fundamentais, seja na eficácia horizontal ou vertical¹⁷⁹.

A jurisprudência¹⁸⁰ vem caminhando também neste sentido, evidenciando-se, em vários julgados, o posicionamento que demonstra a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Esta pesquisa toma como pressuposto teórico a eficácia interprivada dos direitos fundamentais, buscando sustentar a possibilidade de um patrimônio mínimo no direito de família. A busca por este patrimônio mínimo da família poderá refletir tanto nas relações entre a entidade familiar e o Estado, como poderá ter reflexos nas relações interprivadas, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Porém, no que diz respeito às várias teorias que debatem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, não será adotada nenhuma em

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia..., op.cit. p. 378 e ss.

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 129.

¹⁸⁰ Na obra dos doutrinadores Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder, Dilemas de direito Civil-constitucional, traz uma análise de vários julgados em que é possível identificar a aplicação Horizontal dos direitos fundamentais. (MORAES, Maria Celina Bodin, KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito Civil-constitucional – casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.)

específico, pois, na ponderação dos direitos fundamentais, muitas vezes pode ocorrer aplicabilidade direta, mas, sem preterir a necessidade de aplicabilidade de princípios e valores em normas abertas, em face da necessidade de proteção estatal. Somente sob estas três dimensões será possível ter uma ponderação equilibrada e comprometida dos direitos fundamentais no caso concreto.

A eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não é excludente, pelo contrário elas se complementam, pois embora se reconheça a eficácia imediata, não pode se negar o dever do Estado no respeito legislativo e judicial das normas de direitos fundamentais.

Na medida em que o Estado reconhece os direitos fundamentais no espaço familiar, a moradia enseja a tutela um patrimônio mínimo, imprescindível para a existência da pessoa humana. Pode-se afirmar que tais direitos fundamentais poderão *prima facie* ser garantidos em face de quem quer que seja, mesmo nas relações interprivadas.

Como já afirmado anteriormente, a tutela de um patrimônio mínimo familiar é fundada no fato de a unidade familiar ser o espaço de livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e isto somente poderia ocorrer se a família for dotada de um patrimônio mínimo que lhe assegure esta existência digna.

O direito à moradia poderá ser garantido tanto no bem de família quanto na usucapião familiar. Nestas duas situações é possível identificar a tutela de um patrimônio mínimo familiar.

Logo, na concretização destes ideais ocorre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois no bem de família este será tutelado em detrimento ao direito creditício, fundamentado na manutenção da moradia familiar, sendo essência para promoção da vida digna da família e dos membros desta unidade familiar.

Já na usucapião familiar os fundamentos também se mantêm, agora levando em conta não só os direitos fundamentais de moradia e a tutela do patrimônio mínimo familiar, mas também todos os novos princípios de direito de família, entre eles o de solidariedade. Somente pautando-se nestes fundamentos há suporte suficiente para que o ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) possa garantir a aquisição da propriedade em face ao outro, rumo a construção do patrimônio mínimo familiar.

No decorrer deste trabalho é feita esta análise com maior profundidade.

2.2 OS CONTORNOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A família é o ponto de referência do homem, seu eterno refúgio, descrevendo-a, Gustavo José Mendes Tepedino: “[...] como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”¹⁸¹.

Nas mais diversas sociedades o agrupamento de pessoas com caráter familiar manteve-se, porém esta existência não está ligada a um único modelo e nem mesmo a uma única forma de organização. Pelo contrário, os modelos são os mais diversos e as formas de organização também, ligando-se a um constante processo evolutivo:

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu *projeto de felicidade pessoal*.

Parece não restar dúvida, afinal, em cultura como a nossa, de que o núcleo familiar que se descortina contemporaneamente, mostra-se *‘desintoxicado’* do rigor – quase obrigatório – da legitimidade. O modelo que era oferecido pelo legislador do século passado já não se oferta mais como *‘único’* ou *‘melhor’*, mesmo porque o descompasso gravado entre ele e a multiplicidade de modelos apresentados na *‘vida como ela é’*, de tão enorme, já não admite a sobrevivência de outra saída que não esta, adotada, enfim, pelo legislador contemporâneo, de constitucionalizar relevantes inovações, entre elas, e principalmente, a desmistificação de que a família só se constitui a partir do casamento civilmente celebrado; a elevação da união livre, dita estável pelo constituinte, à categoria de entidade familiar; a consequência lógica de que, por isso, a união estável passou a realizar, definitivamente, o papel de geratriz de relações familiares, ela também; a verificação de que efeitos distintos, além dos meramente patrimoniais, estão plasmados nestas outras – e constitucionalmente regulamentadas – formas de constituição da família, hoje¹⁸².

Os direitos fundamentais têm incidência nas relações familiares das mais diversas formas, pois refletem na figura dos cônjuges ou companheiros, nas

¹⁸¹TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Novas...* op. cit. p. 326.

¹⁸²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Casamento e Regime Bens*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4095/casamento-e-regime-de-bens>. Acesso: 12 de dez. de 2012.

relações da formação e organização da entidade familiar, na relação dos pais com seus filhos e filhos com os pais, nas relações das famílias com a sociedade, da sociedade com a família, e da família com o patrimônio.

2.2.1 O Direito Fundamental a Igualdade de Tratamento e sua Incidência nas Relações de Família

O princípio da igualdade tem várias nuances, dentre elas é possível identificar: a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e art. 1595 do Código Civil 2002); a igualdade entre cônjuges e companheiros, (art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, e art. 1511 do Código Civil 2002); e a igualdade na chefia familiar, (arts. 226, § 5º, e 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988, e arts. 1566, III e IV, 1631 e 1634 do Código Civil de 2002)¹⁸³.

A tradição da legislação brasileira, conforme antes estudado, foi pautada no fato que a mulher era um ser incapaz e deveria se subordinar aos poderes maritais, que por direito era aquele que tinha o poder de determinar os rumos e a direção da família, refletindo em uma detenção exclusiva da sociedade conjugal¹⁸⁴.

Segundo Ferreira Vale, ao tratar do Código Civil de Napoleão, o que influenciou Napoleão Bonaparte considerar a mulher casada incapaz foi o fato de sua esposa Josefina não ser uma companheira flexível, por isto ele insistiu em incluir a regra de que a mulher devia obediência ao marido¹⁸⁵.

O princípio da igualdade foi fator determinante para alterações de valores familiares. Para Wilson Antônio Steinmetz, este princípio tem caráter de norma jurídica autônoma, sendo considerada uma cláusula geral de igualdade que determina igualdade de todos perante a lei e com proibições a qualquer proibição de discriminação, fatores estes que além de refletir no seio da família também se refletem na organização da sociedade¹⁸⁶.

¹⁸³ TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 5.

¹⁸⁴ WESENDONCK, Tula. *Direito patrimonial de família: disciplina geral dos regimes de bens no código civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 4

¹⁸⁵ FERREIRA, Vale. Os movimentos da do direito e da mulher casada. Rio de Janeiro: Revista Forense. vol. 211, n. 745/747, 1965. p. 27.

¹⁸⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação...* op. cit. p. 234.

As alterações mais impactantes ocorreram no seio da família, a igualdade entre cônjuges ou companheiros determinou um novo norte a todo o organograma familiar. Alteraram as relações, tanto de ordem estrutural da família assim como na ordem pessoal, pessoas que estavam relegadas a uma atuação de mero coadjuvante passaram a participar como protagonista na esfera familiar.

Na família codificada e hierarquizada o papel feminino era mitigado, porém a partir desta igualdade formal há um caminho que se trilha em busca da igualdade substancial:

Embora o reconhecimento das diversas formas de família pela Constituição influencie no papel da mulher na esfera familiar, há muito ainda que conquistar, porque a emancipação da mulher só se fez com plenitude no campo formal; no plano factual ela continua a carrear a peja de inferior, porque em grande parte, o mundo ainda é masculino, tanto dentro da família, como na esfera privada¹⁸⁷.

As diferenças de gênero, instaladas ao longo do tempo, deixam espaço para uma construção que, pouco a pouco, vai alterando o papel feminino, refletindo em um maior reconhecimento e participação igualitária no contexto conjugal e também parental.

Se, porém a igualdade de gênero não se concretizou com efetividade¹⁸⁸ no seio da família, pois existe um caminho muito longo para que as práticas históricas sejam alteradas, pelo menos foi o ponto de partida para discussões da desigualdade e sua legalidade, detonando um momento sem volta, uma ruptura de paradigmas.

O princípio da igualdade também se reflete na condição de filho, pois os filhos são membros de uma entidade familiar que é responsável pela promoção do seu bem estar pessoal e livre desenvolvimento da personalidade, a fim de que possa operar de forma feliz no espaço familiar também no espaço social.

Não é mais possível falar em categorização ou ainda gradação de categoria de filhos, todos são iguais, independente se havidos na constância ou não da

¹⁸⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk, FERST, Marklea da Cunha. A reconfiguração do papel da mulher nas relações familiares à luz da Constituição Federal. In. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, CONRADO, Marcelo. (Coord.) *Direito Privado e Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 376.

¹⁸⁸ “Ocorre que a flexibilização de papéis, no interior da família, não significou a quebra total da definição de funções em virtude do gênero. O patriarcalismo conseguiu deixar vestígios nas relações sociais privadas, extrapolando igualmente a vida familiar. Temos, assim, vários exemplos de discriminação da condição feminina: salários mais baixos em virtude do gênero; maior dificuldade de encontrar emprego, de ocupar cargos de decisão, de representação política; exigência do empregador de exame negativo de gravidez; agressões físicas no interior da família, entre tantas outras. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk ., FERST, Marklea da Cunha. op. cit. p. 379.)

relação de casamento, se naturais ou não. A condição de filhos está embasada na igualdade e no afeto em busca de uma construção de pessoa plenamente digna.

Os direitos fundamentais alteram valores, mudando o foco de interesse, não sendo possível negar ou desconsiderar os efeitos patrimoniais oriundos desta “nova família”, porém estes efeitos patrimoniais deixam de ter o contexto de manutenção na instituição família para instrumento de promoção da dignidade humana.

Paulo Luiz Netto Lôbo, tratando das alterações sofridas pela família, descreve:

Por seu turno, a função econômica perdeu o sentido, pois a família – para o que eram necessários o maior número de membros, principalmente filhos – não é mais uma unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribui para essa perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares. Ao longo do século XX, o censo 2000 do IBGE indicava média de 3,5 membros por família, no Brasil. A doutrina estrangeira destaca que a família perdeu seu papel de “comunidade de produção”; a sociedade conjugal de trabalhadores é muito mais caracterizada pelo consumo conjunto e não mais pelo ganha-pão conjunto (como na sociedade agrária)¹⁸⁹.

Os efeitos patrimoniais oriundos da entidade familiar refletem-se diretamente nas alterações do contexto familiar, seja na conjugalidade e no regime de bens ou, ainda, nos reflexos social e econômico.

Contudo, esta patrimonialidade familiar está agora não no centro do interesse da existência familiar, e sim no centro de interesse da existência dos membros da entidade familiar. Passa servir à pessoa e não à instituição família.

É a ótica de um patrimônio existencial, que não somente cumpre a função social, mas também tem uma conotação existencial. O patrimônio tem uma finalidade precípua de promover o livre desenvolvimento dos membros familiares.

Determinadas situações, ao mesmo tempo em que tem conotação existencial, apresentam uma conotação patrimonial, como analisado por Rose Melo Vencelau Meirelles:

Nem sempre será possível afirmar que uma relação jurídica é existencial ou patrimonial, pois não é raro que ambos os interesses estejam nela envolvidos. As situações jurídicas podem refletir interesses existenciais e patrimoniais ao mesmo tempo. E isto não porque a relação patrimonial é

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit. p. 36.

funcionalizada a promoção de valores existenciais, como ocorre em todos os institutos jurídicos, mas sim porque é composta de situações existenciais e de situações patrimoniais¹⁹⁰.

Partindo para essa visão de um patrimônio familiar voltado aos novos contornos familiares, conforme Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “o homem e a mulher, como a grande maioria dos animais, tem a necessidade e o desejo de abrigar sua prole sob confortável e seguro teto, provavelmente o da primeira casa que serve de lar à família que então se forma.”

2.2.2 O Direito Fundamental à Moradia e sua Incidência nas Relações de Família

O direito à moradia¹⁹¹ é consagrado como um direito fundamental social no artigo 6º da Constituição¹⁹². O objetivo de garantir o direito social à moradia encontra-se fixado justamente na ideia de satisfazer um bem fundamental do ser humano: ter um local para morar, garantindo sua integridade psíquico-física.

O direito à moradia é um direito prestacional que demanda a necessidade de planejamento e ação estatal. Tais direitos precisam de planejamento e respeito à reserva do possível.

A doutrina tradicional entende ser esta uma norma programática, que não demanda a aplicabilidade imediata descrita no art. 5º, §1º, da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Alegar que os direitos sociais¹⁹³ implicam em custos e por isso teriam eficácia limitada é defender a não aplicabilidade desses, pois tanto os direitos de

¹⁹⁰ MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e a dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 47,48.

¹⁹¹ “De modo geral, todavia, convém sinalar, há quem registre uma tendência à exclusão de um direito geral à moradia (não restrito a certas parcelas de sociedade ou a um grupo restrito de pessoas, tais como, deficientes, crianças, refugiados, est.) na esfera de documentos regionais, como também dão conta a exemplo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos e Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de São Salvador)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto conteúdo e possível eficácia*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso: 21 de dez. de 2012.)

¹⁹² BRASIL, Constituição Federal de 1988. Artigo 6º: “São direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, o trabalho, **à moradia**, o lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010) (grifo não constante no original)

¹⁹³ “Neste contexto, vale reinterar aqui a lembrança que o ponto de conexão entre a pobreza, exclusão social e direitos sociais, reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da

defesa como os sociais têm caráter econômico. A exemplo do exercício da democracia por meio do voto, cujo exercício necessita da máquina pública e de recursos econômicos. Assim também, os direitos sociais devem ser garantidos, pois a demanda de recursos poderá ocorrer em qualquer das situações sejam eles de defesa ou sociais¹⁹⁴.

Neste trabalho, parte-se do pressuposto teórico de que os direitos fundamentais, independente se de defesa ou prestacionais, devem ter eficácia imediata, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana.

A maior parte dos direitos fundamentais, sejam de liberdade (determinam uma ação negativa do Estado), ou prestacionais (determinam, na maioria das vezes, uma ação positiva estatal), tem alicerce material para a sua concretização na dignidade da pessoa humana¹⁹⁵.

Nesta análise seriam vistos como uma garantia do cidadão a ser exigida do Estado ou do particular, pois a democracia somente se concretizaria se estiverem defesa e reconhecimento dos direitos das minorias embora reflita a maioria.

Este caráter determina que a pessoa disponha de sua dignidade, afastando qualquer possibilidade de disposição estatal ou particular, já que lhe retira a ideia de coisificação do ser humano, não sendo ele bem a disposição do Estado¹⁹⁶. Neste contexto pode ser percebido que todas as pessoas têm igual dignidade, devendo ser tratada com igual consideração e respeito e com igual liberdade.

A dignidade da pessoa humana garante ao indivíduo o direito de igual dignidade, permitindo que alcance as suas concepções e seus planos de vida, afastando a possibilidade de o Estado impor outras concepções e planos de vida,

pessoa humana, já que, de acordo com Rosenfeld, “onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados”. Importa neste aqui consignado, que a intensidade da vinculação entre a dignidade pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância deste para efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituem dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época.” (SARLET, Ingo Wolfgang: *Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto conteúdo e possível eficácia*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso: 21 de dez. de 2012.)

¹⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis.op.cit. 2010.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang: *Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto conteúdo e possível eficácia*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso: 21 de dez. de 2012.

¹⁹⁶ Reflete no que o Direito Civil chama de valorização do indivíduo e repersonalização da pessoa e do direito civil, o indivíduo teria tanto o caráter de social, mas também individual.

por mais que sejam valiosas que sejam respaldadas em uma maioria constituída democraticamente. Esta tentativa estatal seria além de imoral e politicamente inaceitável, juridicamente vedada, pois refletiria em restrições do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana permite que a opinião de cada um fosse tão importante quanto à opinião do outro. Cada pessoa tem uma esfera de autonomia e liberdade individual, que a maioria não pode atingir e não pode restringir.

O direito à moradia, descrito constitucionalmente de forma abstrata sem determinar adjetivos qualificadores, não pode ser concebido sem adequação a uma vida digna, porém quando feito de forma abstrata, há uma possibilidade de interpretações de ordem excessivamente restritivas de tal forma que se desvirtue a real intenção que permeia a envergadura deste direito social.

E neste contexto, insta observar que o direito social à moradia é muito mais amplo do que o direito de propriedade, pois enquanto um determina aspectos de ordem econômica, que somente admitirão a releitura após os raios dos direitos fundamentais sobre institutos jurídicos, o outro perpassa por relações mais fundamentais, determinando a realização de vários outros direitos de liberdade e sociais, culminando com a proteção da vida, mas não somente a vida e sim a vida digna.

O direito à moradia é fundamental para a existência digna da pessoa humana, é o espaço que o indivíduo possui para o exercício da sua privacidade e intimidade, para proteção das intempéries do tempo, é ele o espaço essencial para a proteção do bem estar individual da saúde é responsável, para a segurança física e, nesta esteira, de proteção da própria vida¹⁹⁷.

A moradia digna não é apenas um espaço para descanso, mas uma habitação que ofereça condições mínimas para uma vida sadia, preocupando-se com a segurança, o mínimo de infraestrutura, serviços básicos de energia, água,

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang: *Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto conteúdo e possível eficácia*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso: 21 de dez. De 2012.

saneamento, serviços urbanos de educação, saúde, coleta de lixo, acessibilidade ou mobilidade¹⁹⁸.

Esta leitura reflete-se na concretização dos preceitos basilares do Estado brasileiro: a vida com respeito à dignidade humana, a redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, promoção da igualdade substancial entre os indivíduos.

Nesta perspectiva, o direito fundamental à moradia tem eficácia nas relações interprivadas. Logo a partir da eficácia dos direitos fundamentais não se limitando unicamente na possibilidade dos direitos de defesa, eles coexistem o reconhecimento de um não implica no afastamento do outro.

Portanto o direito fundamental à moradia possui autonomia que permite que sua eficácia seja alegada frente ao Estado ou a particulares, é garantidor da existência da vida digna familiar. Atuando como direitos subjetivos constitucionais, com oponibilidade “*erga omnes*”, perante entes públicos ou privados.

Embora não ingressem no Direito Privado como direitos subjetivos, de oponibilidade “*erga omnes*”, os direitos fundamentais representam princípios objetivos, uma ordem de valores, cuja eficácia irradiante ocorre por meio de pontes entre o Público e o Privado. Estas pontes são construídas pelo legislador e pelo juiz, delineando sua interpretação e aplicação por meio de normas e parâmetros característicos do Direito Privado. Em um primeiro plano, a mediação estatal é tarefa atribuída ao legislador: cabe-lhe, por meio de normas jurídicas mais específicas, determinar o alcance dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁹⁹.

2.2.3 A Coexistência dos Direitos Fundamentais nas Relações de Família

A família é o espaço promoção do ser humano, no qual seus membros encontram o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Os componentes da entidade familiar são únicos em seu aspecto humano, pois devem ter seu direito à igualdade substancial respeitado e promovido. Logo, em

¹⁹⁸ NACIONES UNIDAS. *Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONUHABITAT)*. Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. Disponível em: <<http://www.un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html>>. Acesso em: 13 de dez. de 2012.

¹⁹⁹ FIDALGO, Rosalice Pinheiro, CAVALHEIRO, Joelma Isamáris. Entre o “nó” e o “ninho”: notas sobre a usucapião familiar em face ao direito fundamental à moradia. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac796a52db3f16bb>. Acesso 26 de jan de 2013.

uma família repersonalizada, não é possível admitir outra dimensão, que não aquela em que o centro dos interesses converge para um único e mais importante ator, as pessoas que a compõem.

Para que se encontre este espaço permeado pela a coexistência de direitos fundamentais, tais como, igualdade substancial, liberdade, respeito mútuo, solidariedade, afetividade, todos ensejando a dignidade de cada um dos membros componentes da entidade familiar, a promoção de direitos fundamentais sociais como a moradia, adquire fundamental importância.

A família deve ser relida sob a base de um novo vértice, pois se deslocou do Código Civil para a Constituição, sem necessariamente isto implicar em um enfraquecimento, mas como a demonstração de uma nova densidade²⁰⁰.

Neste contexto o reconhecimento dos princípios constitucionais no direito de família existem para serem efetivados, não podem ser considerados com meras normas programáticas, eles são a chave de releitura dessa nova dimensão familiar.

No âmbito das relações de família, os argumentos que determinam a eficácia direta dos direitos fundamentais são ainda maiores, pois ainda que não possam ser enumerado taxativamente é possível citar diversos direitos fundamentais tutelados pela Constituição na esfera familiar, entre eles a expressa proteção estatal da família, a igualdade, a liberdade²⁰¹.

Esta busca poderá ocorrer de forma individual ou ainda conjuntamente, pois há suporte, nos direitos fundamentais, para que os membros da unidade familiar busquem um ambiente que propicie o desenvolvimento da sua personalidade²⁰².

Sumaya Saady Morhy Pereira tratando dos direitos fundamentais nas relações familiares descreve:

Enfim, é exatamente a unidade axiológica do ordenamento centrado no valor da pessoa que exige proteção heterogênea da autonomia privada, devendo ser mais intensa quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana e assumindo importância bem menor quando se refere a questões de caráter exclusivamente patrimoniais. Neste sentido a proteção da autonomia privada como obstáculo ao reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais assume diferente intensidade dependendo da natureza da questão sobre a qual paira a controvérsia, Quanto a autonomia dos sujeitos estiver vinculada a decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, o argumento de proteção a autonomia privada tem menor peso favorecendo o reconhecimento da eficácia do direito fundamental contraposto²⁰³.

²⁰⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. 106.

²⁰¹ Idem. p.107.

²⁰² Idem. p.107.

²⁰³ Idem.p.110.

Os direitos fundamentais nas relações de família ligados à promoção da integridade psico-física, liberdade, igualdade, em suma dignidade da pessoa humana, de cada um de seus membros assim como da unidade familiar como um todo.

Com isto é possível afirmar que a colisão entre direitos de ordem meramente patrimonial com direitos fundamentais da família deve pender para uma relativização maior da autonomia privada em face aos direitos fundamentais existenciais.

Quando no espaço familiar houver choque de direitos fundamentais existentes entre si, deve ser utilizada maior cautela na análise do caso concreto, pois nesta situação estão em jogo decisões de aspectos fundamentais da vida dos integrantes do grupo familiar²⁰⁴.

A solução para este impasse deve percorrer pelo poder negocial, garantido aspectos externos de autonomia privada familiar, que devem imprimir aos seus integrantes a busca de soluções adequadas e autônomas para seus problemas, neste espaço o Estado somente poderia intervir, quebrando a autonomia privada familiar, para fazer o aspecto funcional da família, portanto quando fosse em direção à proteção da pessoa humana²⁰⁵.

Sob este pressuposto pode-se defender a possibilidade da construção de um patrimônio mínimo familiar, pois embora se tratando de patrimônio, este não é qualquer patrimônio, é um patrimônio mínimo familiar, portanto, cumprindo uma função precípua de patrimônio garantidor de direitos existenciais. É neste contexto que deverá ser relida a eficácia do direito fundamental à moradia nas relações de família.

Para que tais direitos sejam promovidos mister se faz considerar um “patrimônio mínimo²⁰⁶”, que encontra reflexos no âmbito familiar.

Para uma melhor compreensão desta ideia deve-se diferenciar o direito fundamental social à moradia e o direito à propriedade, delineando a autonomia do primeiro em face do segundo.

²⁰⁴ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. p.110.

²⁰⁵ Idem. p.111, 112.

²⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, 2006.

O direito de propriedade e da propriedade não pode ser confundido com o direito à moradia, embora tais terminologias se mesclam no texto constitucional, permitindo ao intérprete acreditar-lhes o rótulo de sinônimos.

Embora a propriedade possa servir de moradia ao titular, há momentos que a propriedade é pressuposto para aquisição do domínio, assim como fator determinante para a função social da propriedade, insta observar que o direito de moradia é um direito autônomo, com objeto e conteúdo próprio²⁰⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet ao tratar sobre esta questão assevera:

Ademais, em se tornado como referencial o critério da fundamentalidade substancial (material) e, nesta quadra, a conexão com o direito a uma existência digna, o direito de moradia poderá assumir, em diversas situações, posição preferencial ao direito de propriedade, no mínimo para justificar uma série de restrições a este direito, que, de resto – e de acordo com a previsão constitucional expressa – encontra-se limitado pela sua função social, de tal sorte que, já há algum tempo – expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil (Isto é, cumpre a sua função social) é constitucionalmente tutelada. Aliás, basta aqui lembrar a evidência de que mesmo sem propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privado de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispor de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida mais saudável. Por outro lado, já se apontou – com acuidade e sensibilidade – para a noção de propriedade tutelada na medida em que cumpre precisamente uma função existencial e não meramente patrimonial. Tal enfoque, em verdade, acaba por remeter-nos à discussão em torno da própria fundamentalidade patrimonial, poderia ser – como há quem sugira – considerado fundamental em sentido formal, [...]²⁰⁸

Parte-se do pressuposto que situações patrimoniais e existenciais partilham objetivos comuns, pois é possível identificar que situações existenciais possuem repercussões patrimoniais e que situações patrimoniais têm repercussões existenciais. Trata-se do patrimônio com um caráter realizador dos interesses da pessoa²⁰⁹.

O patrimônio familiar deve ser funcionalizado, “Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto conteúdo e possível eficácia*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso: 21 de dez de 2012.

²⁰⁸ Idem. Acesso: 21 de dez de 2012.

²⁰⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade. In. TEPEDINO, Gustavo José Mendes, FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Diálogos de Direito Civil*. Vol III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 6.

constitucionais, ou seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva, não apenas individual também solidária e relacional²¹⁰. É o patrimônio familiar com objetivos de promoção da entidade familiar.

Ana Carolina Brochado Teixeira tratando do assunto descreve:

Não basta, apenas, averiguar o cumprimento da função social de toda e qualquer situação jurídica, principalmente, as de ordem patrimonial, mas sim, qual a função que determinada situação jurídica realiza, que melhor concretiza os objetivos constitucionais. Para situações existenciais, é necessária a realização de uma função de cunho pessoal, que tutele o livre desenvolvimento da personalidade não apenas da pessoa como núcleo isolado, mas inserida na sociedade, em determinado contexto²¹¹.

A realização de um patrimônio mínimo com a finalidade de realizar o livre desenvolvimento da personalidade: este é o ponto de partida, para a análise do patrimônio mínimo familiar, além de satisfazer as necessidades do indivíduo como núcleo isolado, também reflete neste mesmo indivíduo contextualizado na família e inserido na sociedade.

²¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, KONDER, Carlos Nelson. op. cit. p. 7.

²¹¹ Idem . p. 7.

3. CAPÍTULO - A TUTELA PATRIMONIAL DA FAMÍLIA CENTRADA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PATRIMÔNIO MÍNIMO FAMILIAR

Neste momento o trabalho terá como objetivo estudar a tese do patrimônio mínimo, enunciada por Luiz Edson Fachin, no livro Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, tese defendida por ele e apresentada para o Concurso de Professor titular de Direito Civil e Processual Civil da Universidade Federal do Paraná.

Amparando-se no patrimônio mínimo, o trabalho pretende construir uma análise dos institutos jurídicos patrimoniais direcionados às famílias e a possibilidade de concretização destes institutos patrimoniais ao patrimônio mínimo familiar.

Para alcançar este objetivo, de início será estudada a tese de Luiz Edson Fachin, na sequência será demonstrada a existência de um patrimônio mínimo e a possibilidade de sua concretização na seara da família. Os fundamentos para tanto serão delineados pelo princípio da dignidade humana, compondo as entidades familiares.

O Estado Social de Direito possibilitou uma nova leitura aos institutos de Direito Privado. Eis que o Estado brasileiro voltou-se para a valorização da pessoa como centro de todo o ordenamento jurídico. Tal diretiva teve repercussão nas situações patrimoniais. Tomando como pressuposto esta afirmação percebe-se a necessidade de uma releitura das situações patrimoniais da família.

Graficamente, seria possível identificar nesta relação o indivíduo no centro e na sua periferia os demais institutos de Direito Privado. Porém, esta construção não significa o retorno ao individualismo do Direito Privado moderno, senão uma valorização da pessoa, em seu aspecto individual e nas suas relações com a sociedade.

Sob este aspecto, não é possível construir um homem realizado na satisfação de sua dignidade, se junto dele não estiver os demais indivíduos, delineando-se um viés de solidariedade no Direito Civil contemporâneo.

É possível descrever esta satisfação no centro da unidade familiar e também na garantia de um patrimônio, que ao mesmo tempo determine a dignidade de cada um dos membros da família e do todo familiar. Logo, homem individual e social.

3.1 PESSOA, PATRIMÔNIO E FAMÍLIA

Para uma análise da tese do Patrimônio Mínimo, Luiz Edson Fachin, inicialmente, leva em consideração o sujeito e o objeto na relação jurídica, determinando quem é o centro do ordenamento jurídico²¹².

Ao longo do tempo é possível observar que a pessoa sofre modificações no seu centro de análise, estas modificações ocorreram em função das estruturas filosóficas, que não só alteram o seu conceito como também delimitaram o seu sentido:²¹³

Para esse modo ver, 'na acepção jurídica, [pois,] pessoa é um ente físico ou moral suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico. Mas, além dos homens, são também dotadas de personalidade certas organizações ou coletividades, que tendem à consecução de fins comuns'.²¹⁴

Sob um horizonte jusnaturalística-racionalista, enunciado pelo direito natural, a pessoa passa a ter uma perspectiva central, pois dela emanam os direitos fundamentais, partindo do princípio ontológico do ser²¹⁵.

Porém esta pessoa, já na perspectiva da pandectística alemã, não se constitui como centro principal do Direito. Eis que o homem concreto, deixa de ser considerado em favor de uma neutralidade. Erige-se o homem abstrato, afastado da realidade, descrevendo-se a despersonalização do indivíduo²¹⁶.

Já em um terceiro momento, chamado de repersonalização, pauta-se no retorno da pessoa ao centro do universo do Direito, descrevendo-se, ainda, que patrimônio e pessoa não estão absolutamente entrelaçados, reconhecendo-se que o patrimônio pode ser dotado de um determinado fim, com sentido social. Logo, neste contexto, se dá a superação das teorias clássicas sobre a pessoa e o patrimônio²¹⁷.

²¹² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p.31.

²¹³ Idem. p.33

²¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *apud* FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33,34.

²¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 34.

²¹⁶ Idem. p. 35, 36.

²¹⁷ Ibidem. p.39.

3.1.1 A Tese do Patrimônio Mínimo

A teorização em torno no patrimônio parte do reconhecimento de um patrimônio abstrato para resultar na afirmação da existência de diversos patrimônios, sendo possível dar-se a cada um deles uma destinação diversa, e distinta da personalidade.

Luiz Edson Fachin tratando da concepção abstrata de patrimônio, afirma:

A unidade abstrata do patrimônio é fundada na teoria clássica, adotada pelo legislador de 1916 e reproduzida pelo Código de 2002, uma ligação necessária com a pessoa, por ser atributo ou projeção da personalidade. Há, todavia, autores que, embora admitam a unidade e a indivisibilidade, criticam a ideia de unidade abstrata formada pela projeção da personalidade; o patrimônio não pode ser tomado como a personalidade mesma do homem, considerada em sua relação com outros objetos exteriores. Não seria, portanto espécie de recipiente no qual aquelas relações jurídicas (de conteúdo econômico) se encaixariam²¹⁸.

Segue o autor descrevendo que a ideia do patrimônio uno fundamenta-se na ideia que o patrimônio decorre da personalidade, vinculando-se ao indivíduo.²¹⁹

Considerando-se o patrimônio uma unidade abstrata, mostra-se como projeção da personalidade, e como tal, deveriam trazer consigo os princípios da identidade e continuidade, o que não se sustenta, pois a finalidade principal do texto codificado é a garantia do direito de crédito²²⁰.

Luiz Edson Fachin descreve não ser possível compreender o patrimônio como noção ligada à personalidade, por refletir a expressão do poder jurídico de uma pessoa. Sendo possível existir uma pluralidade de patrimônios de uma mesma pessoa: “Haveria, pois, um patrimônio geral, em que a coesão dos elementos se dá pela relação subjetiva de uma pessoa, e patrimônios autônomos, especiais e separados, estes podem atender a critérios diversos: especial destinação de certas massas de bens [...]”²²¹.

²¹⁸ ²¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 40.

²¹⁹ Idem. p. 40.

²²⁰ Idem. p. 63.

²²¹ Ibidem. p. 41.

Na evolução da função do patrimônio²²² é possível admitir que a sua unidade indique a sua função que seria a de servir ao titular na garantia do adimplemento das suas obrigações. Porém o aprimoramento do conceito de bem jurídico altera a função do patrimônio, pois ao se admitir a afetação de determinado patrimônio, permite-se que além das funções econômicas ele possa ter a expectativa social de realização do ordenamento jurídico²²³.

Com a cisão entre a personalidade e as relações de cunho patrimonial²²⁴, a partir de então se determina a inversão do foco de interesse do Direito, para um patrimônio que deve servir à pessoa e questões subjetivas patrimoniais, funcionalizando a dignidade da pessoa humana²²⁵.

Para o desenvolvimento de sua tese, Luiz Edson Fachin, parte da fundamentação de dois doutrinadores que contribuíram para este direcionamento, Carlos Fernández Sessarego na obra *Derecho y Persona* e Pietro Barcellona na obra *El Individualismo Proprietario*.

Sessarego trata da superação da visão liberal individualista centrada no patrimônio para uma valorização da pessoa, sustentando que seria possível tal análise, sob a ótica da valorização da solidariedade, determinando uma sociabilização do Direito, e revelando a função social inerente a toda estrutura das instituições jurídicas. A pessoa é o centro ordenamento jurídico e não o patrimônio, e para tal o autor sugere que os juristas abandonem a neutralidade técnica e sigam em busca da renovação dos ordenamentos jurídicos²²⁶.

²²² Existe abordagem diferenciada ao patrimônio, seja na sua nuance objetiva ou subjetiva, por não ser objeto de análise do presente trabalho e devido à importância da matéria não será aqui abordado com a profundidade necessária, senão a título de esclarecimento. “Na corrente subjetiva o patrimônio seria a projeção econômica da personalidade. Assim, cada pessoa - natural ou jurídica – só poderia titularizar patrimônio único, de natureza indivisível. A seu turno, a corrente objetiva propõe a configuração, dentro de um mesmo patrimônio, de bens de núcleo patrimoniais, destacados de uma especial destinação, pois vinculados a uma determinada finalidade.”(ROSENVALD, Nelson. *Do bem...*, op. cit. p. 373.) Ainda neste sentido Milena Donato Oliva, na interpretação do posicionamento do atual Código Civil afirma, “Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, o patrimônio traduz universalidade de direito, podendo ser objeto autônomo de relação jurídica, vez que possui relevância em si mesmo, para além de seus elementos, os quais, de outra parte, não perdendo a sua autonomia jurídica, de tal sorte que o conteúdo do patrimônio, como qualquer outra universalidade, afigura-se variável, sem que tal circunstância, todavia, afete a configuração unitária do patrimônio.” (OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 142)

²²³ ROSENVALD, Nelson. *Do bem...*, op. cit. p. 374.

²²⁴ São aquelas situações subjetivas existências tratadas por Pietro Perlingieri no capítulo 7 do livro *Perfis de Direito Civil*.

²²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 43.

²²⁶ *Ibidem*. p.44-49.

Já, Barcellona denuncia a alienação do homem pelo consumo. Neste sistema o indivíduo somente possui sentido se atrelado ao patrimônio e nas relações de mercado. Para que haja a superação deste modelo, há necessidade de revalorização do ser humano, com ideais qualitativos ao invés de quantitativos, valorizando a pessoa concreta que cria, sofre e ama²²⁷.

Na sequência, o patrimônio mínimo torna-se o foco da tese de Luiz Edson Fachin, enfrentando as dificuldades em mensurar o que seria o mínimo: “De uma quantidade suscetível de diferentes grandezas ou de uma grandeza suscetível de vários estados, em que o mínimo não seja o valor menor, ou menor valor possível, e o máximo que não seja necessariamente o valor maior, ou o maior possível²²⁸”.

Segue ainda Luiz Edson Fachin:

Bem se vê que, nessa visão diversa, captada pela lente da pluralidade, o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a ideia do sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É o conceito apto do razoável e justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso do mundo contemporâneo.²²⁹

Portanto, não seria possível falar em patrimônio mínimo, tomando como pressuposto o menor valor possível, pois na verdade a sua concretização somente será possível de ser dimensionada na análise da concretização da dignidade humana ao caso concreto.

Somente pode ser feita esta abordagem após a construção de um referencial em que o homem se torna o centro do universo do Direito, pois determina uma nova valorização do indivíduo, não em um retorno ao individualismo tradicional centrado no patrimônio, mas sim, na sua dimensão coexistencial, reforçando o valor da solidariedade²³⁰:

O personalismo coloca o ser humano centrado do sistema jurídico, retirando o patrimônio desta posição de bem a ser primordialmente tutelado, ao contrário do que faz o individualismo proprietário. Propõe o autor²³¹ a superação do individualismo por um solidarismo jurídico, que valorize a coexistencialidade. O ser humano não pode ser pensado nem

²²⁷ ²²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 49-56.

²²⁸ Idem. p. 273.

²²⁹ Idem. 280,281.

²³⁰ Idem. p. 49.

²³¹ Neste ponto Luiz Edson Fachin está se referindo a abordagem feita por Carlos Fenández Sessarego, na obra *Derecho y Persona*.

compreendido em contraposição à sociedade, exceto na dimensão abstrata do individualismo, que deve ser afastada.

Vê-se um caminho para superação da visão liberal individualista, centrada no patrimônio. O ordenamento jurídico tem como suprema missão a tutela da pessoa, possibilitando a convivência dos homens, uma pacífica vida comunitária regida por normas obrigatórias. Tais normas pretendem objetivar a vivências valorativas e servir de critérios reguladores das relações intersubjetivas. Por isso, não há direitos absolutos, como nos direitos subjetivos na perspectiva individualista, uma vez que o direito dos outros está presente na situação jurídica subjetiva²³².

A construção da tese do patrimônio mínimo, não tem por base unicamente bem imóvel, pois existe a possibilidade de abarcar diversos tipos de elementos patrimoniais. Porém, desde já, entende-se que o patrimônio adquire contornos de realização da pessoa humana²³³:

A garantia de um patrimônio necessário ao indivíduo, é o ponto de partida para a consubstanciação de uma vida digna. Identificadas às características dessa vida digna, será mais fácil à promoção de sua eficácia positiva, ou seja, o estabelecimento e garantia dos direitos subjetivos mínimos que levam o sujeito àquele patamar²³⁴.

Segue ainda Luiz Edson Fachin:

[...] De outro, é proposta que visa à inversão do foco de interesse do direito: o patrimônio deve servir à pessoa, e, portanto, as situações subjetivas patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa. É, também, nessa direção, que se caminha ao se tomar o Direito Privado como garantia de acesso de bens, a partir da consciência do caráter instrumental das ferramentas jurídicas²³⁵.

O patrimônio, não sendo um fim em si mesmo, determina a possibilidade de parte ser afetado e afastado de sua tradicional função econômica e de resguardar a segurança de relações creditícias, possibilita uma visão emancipatória,. Nessa visão o patrimônio pode ser afetado por um dever de manutenção à vida digna, sendo esta parcela o patrimônio mínimo²³⁶.

²³² ²³² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 49,50.

²³³ Idem. p. 33,34.

²³⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. PINTO, Laura Anísia Moreira de Sousa. *Patrimônio mínimo e princípio da dignidade humana - uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/05_1499.pdf. Acesso: 12 de jan. de 2013.

²³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 43.

²³⁶ ROSENVALD, Nelson. *Do bem...*, op. cit. p. 374.

Somente após a Constituição de 1988, com elevação protetiva da propriedade, foi possível perceber uma tutela ao patrimônio mínimo, a garantia da propriedade permite agasalhar a defesa de bens indispensáveis à subsistência.

A garantia de um patrimônio mínimo a todos se deve:

Sob um prisma solidarista, posto o custo humano da ausência da proteção aqui sustentada, recheado de valores não patrimoniais, a garantia de um patrimônio mínimo a todos está na constitucionalização do Direito Civil, juntamente com os demais institutos civilistas, caminhando rumo a repersonalização, devido a despatrimonialização operada pela Constituição Federal (base dos princípios fundamentais do atual ordenamento jurídico brasileiro).

[...]

As consequências da proteção inexpugnável ao patrimônio mínimo não conduzem, por via oblíqua, a um estatuto de desigualdade por vantagens exageradas em favor de uma das partes da relação jurídica. Antes, parte da igualdade (em sentido substancial) para enfrentar o reconhecimento material das desigualdades, o respeito à diferença sem deixar de alavancar mecanismos protetivos dos que são injustamente 'menos iguais'²³⁷.

Para a construção de um patrimônio mínimo Luiz Edson Fachin desenvolve um raciocínio analítico de alguns institutos jurídicos que serão na sequência abordados.

3.1.2 Os Fundamentos do Patrimônio Mínimo

Na contemporânea concepção de propriedade esta não pode deixar de atender à função social. A propriedade não pode ser um fim em si mesmo, nem mesmo centro do ordenamento jurídico, ela está para as suas funções cujo final precípuo é a pessoa humana e a sua dignidade.

Em uma releitura, à luz dos valores constitucionais, a propriedade deve se adequar aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade solidariedade e responsabilidade social. Pois somente assim seria possível falar em direito patrimonial no atual contexto.

O Estado Social de Direito é marcado por ações mais interventivas a fim de promover a igualdade entre os indivíduos. Neste sentido se fomentam políticas públicas, desde a reserva de cotas nas Universidades até à função social da

²³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 249,251.

propriedade. É uma forma de o Estado agir em uma sociedade historicamente marcada por desigualdades, como a brasileira.

O princípio da função social encontra amparo na tábua de princípios constitucionais, quando recepcionado no artigo 5º, inciso XXIII²³⁸ e no artigo 170, inciso II,²³⁹ da Constituição Federal de 1988:

O constituinte originário, ao inserir a função social da propriedade dentre os princípios da ordem econômica, lhe atribuiu status de 'princípio jurídico fundamental', com efeito vinculante mais intenso e concreto do que o gerado, quando da sua inserção como direito e garantia fundamental. É que a função social da propriedade deve sempre orientar a atividade econômica, pois tem a função de estruturar e constituir o direito de propriedade. Um equívoco frequente no meio jurídico é o de afirmar que o princípio da função social da propriedade tem o poder de limitar o direito de propriedade. Ao contrário disso, o conceito de propriedade está umbilicalmente ligado ao princípio da função social da propriedade, pois a garantia desse direito real condiciona-se impreterivelmente à consecução de sua função social²⁴⁰.

A Nova tábua axiológica da Constituição privilegia valores existenciais da pessoa humana, determinando uma necessidade de uso solidário da propriedade, pois não é mais possível considerar a propriedade sem o cumprimento de sua função social. Neste contexto a tutela da função social da propriedade adquire um contorno de valorização da pessoa humana e concretude da dignidade humana, seja em um espaço individual ou coletivo²⁴¹.

Tratando-se da doação no Código Civil de 1916 já existia certo nível de proteção à subsistência conforme evidenciado no artigo 1175²⁴² e se confirmou na manutenção do interesse no atual Código Civil de 2002, no artigo 548²⁴³.

Em ambos os artigos há uma preocupação com a reserva de patrimônio para subsistência do doador, desde já deve se deixar claro que tal reserva não pode

²³⁸ "A propriedade atenderá a sua função social."

²³⁹ "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade."

²⁴⁰ RANGEL, Helano Márcio Vieira, SILVA, Jacilene Vieira. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade*. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/77>. Acesso: 15 de jan.2013.

²⁴¹ CORTIANO, Eroulths Júnior. *O Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 187.

²⁴² "É nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para subsistência do doador."

²⁴³ "Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento."

ser afastada por ato de disposição de vontade, independe do interesse do doador, prevalecendo neste aspecto o interesse do legislador.

Mesmo no Código Civil de 1916, que por sua essência era patrimonialista, pois a pessoa ficava em segundo plano, era possível perceber, dois fatos interessantes, a visão de valorização da pessoa em detrimento do patrimônio e a limitação das vontades do doador, mesmo que pactuada contratualmente²⁴⁴:

A nulidade da doação universal dos bens sem reserva de usufruto insere-se no quadro de normas que, a despeito do caráter acentuadamente patrimonialista da doutrina civilista consubstancia no Código Civil de 1916, já tutelavam, de algum modo, topicamente, direitos fundamentais da pessoa. Em razão do direito civil clássico fornecer a estrutura e a legitimação para o modelo liberal, fundado nos princípios da propriedade privada, da autonomia privada e do liberalismo formal, essas normas de caráter humanitário permanecem ofuscadas, podendo renascer, reconstruídas dialeticamente, na tensão contemporânea entre o “mundo da vida” e a realidade excludente do mercado globalizante²⁴⁵.

A preocupação do legislador ao restringir a doação universal, vislumbra a proteção da pessoa, pois não se encontra centrada na manutenção do patrimônio e, sim, na sobrevivência do titular da doação, nesta perspectiva, embora não constante no texto legal, a doação da totalidade do patrimônio, porém limitada pelo direito real de usufruto destes bens, cumpre uma finalidade: sobrevivência do doador.²⁴⁶ Segue Luiz Edson Fachin: “A garantia de subsistência do doador pode ser veiculada por diversas formas: diretamente, mais enfática, com nulidade, indiretamente, menos imperativa, com o mecanismo da reserva facultativa de bens para si”²⁴⁷.

Estriba-se neste mesmo interesse de proteção da pessoa, o artigo 557, inciso IV²⁴⁸ do Código Civil de 2002, quando determina a possibilidade de revogação da doação, com reserva de exclusividade por parte do doador, quando o donatário se recusar à prestação de alimentos, que teria dever e possibilidade de prestar. Neste contexto há uma proteção à subsistência do doador e como consequência a pessoa humana sobrevive com dignidade²⁴⁹.

²⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 102.

²⁴⁵ Idem. p. 100.

²⁴⁶ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Considerações sobre a reserva de usufruto em doação universal*. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 9, n. 1-2. p. 153- 163. 1980. p. 155, 156.

²⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p.100.

²⁴⁸ BRASIL, Código Civil 2002. Artigo 557: “Podem ser revogadas por ingratidão as doações: **IV** - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.”

²⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 101.

Seguindo a análise dos institutos jurídicos parte-se para a impenhorabilidade do bem de família e do módulo rural, que também fundamentam a tese do patrimônio mínimo. O primeiro tem origem na edição do *Homestead Expedition Act*, de 26/01/1938, no Texas, tendo como objeto, inicialmente, a pequena propriedade familiar, agrícola e residencial²⁵⁰.

Homestead significa local do lar, tinha por objetivo de proteção da família, preocupação em garantir o mínimo de sobrevivência, contra a depressão econômica ocorrida nos Estados Unidos, pela desenfreada especulação financiada por bancos europeus. Neste marco histórico é possível perceber o conteúdo social do instituto²⁵¹.

Já no cenário nacional, o atual Código Civil tratou da matéria nos artigos 1711 a 1722²⁵², deslocando o bem de família da parte geral, na qual se encontrava

²⁵⁰ RITONDO, Domingos Pietrangelo. *Bem de Família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.19.

²⁵¹ Idem. p.19.

²⁵² BRASIL, Código Civil 2002. **Parte Especial - Livro IV - Do Direito de Família - Título II - Do Direito Patrimonial - Subtítulo IV - Do Bem de Família Art. 1.711.** Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. **Parágrafo único.** O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Art. 1.713. Os valores mobiliários, destinados aos fins previstos no artigo antecedente, não poderão exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição.

§ 1º Deverão os valores mobiliários ser devidamente individualizados no instrumento de instituição do bem de família. § 2º Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família deverá constar dos respectivos livros de registro. § 3º O instituidor poderá determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários, caso em que a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito.

Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu Título no Registro de Imóveis.

Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. **Parágrafo único.** No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz.

Art. 1.716. A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade.

Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

Art. 1.718. Qualquer forma de liquidação da entidade administradora, a que se refere o § 3º do art. 1.713, não atingirá os valores a ela confiados, ordenando o juiz a sua transferência para outra instituição semelhante, obedecendo-se, no caso de falência, ao disposto sobre pedido de restituição.

no Código Civil de 1916, para a Parte Especial, que trata do direito de família, no título II referente ao direito patrimonial e subtítulo IV do Bem de Família.²⁵³ Segundo observações de Zeno Veloso, no que diz respeito às alterações de localização do bem de família:

Mas poderia ter sido melhor: o verdadeiro sito do bem de família, seu lugar próprio e abrigo lógico e natural são na Parte Especial, mais exatamente no Livro Do Direito de Família, onde o colocou Orlando Gomes, em seu Projeto de Código Civil, de 1965, e onde o situa Couto e Silva, no atual Projeto de Código Civil (arts. 1.711 a 1.722).

O patrimônio afetado pelo bem de família não pode ser separado de imóvel rural ou urbano, pois a afetação tem caráter de proteção, independente se a entidade familiar estiver localizada no centro urbano ou com localização rural, não obstante, a população brasileira tenha concentração urbana na atualidade²⁵⁴.

No tocante ao imóvel rural, acrescenta-se que por força da Constituição, a pequena propriedade rural é impenhorável também quando trabalhada pela família, não respondendo pelos débitos de sua atividade produtiva²⁵⁵.

A afetação deste patrimônio lhe garante a impossibilidade de responder por dívidas contraídas, pelos cônjuges, ou pelos pais ou filhos. Claro que existem exceções a essa regra, a exemplo as dívidas do próprio bem.

A constituição do bem de família pode ser efetivada pelos cônjuges ou conviventes assim como ao divorciado que ficar com a guarda dos filhos. Observa-se que no antigo texto do Código de 1916, esta prerrogativa somente era garantida pela o “chefe de família”, a mulher somente poderia agir se estivesse nesta situação,

Art. 1.719. Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público.

Art. 1.720. Salvo disposição em contrário do ato de instituição, a administração do bem de família compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência. **Parágrafo único.** Com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor.

Art. 1.721. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família. **Parágrafo único.** Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.

Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

²⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família com comentários à Lei 8.009*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 218.

²⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...*, op. cit. p. 41

²⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit. p. 198.

a exemplo, da viúva. Tais prerrogativas não se sustentam em face de uma leitura constitucional que preside o princípio da igualdade no direito de família²⁵⁶.

3.2 A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E O DIREITO À MORADIA

A legislação descreve a possibilidade de resguardar parte do patrimônio familiar, que estaria protegido da responsabilização por dívidas, salvo nas hipóteses previstas em lei.

O bem de família pode ser instituído por ato voluntário, cuja previsão legal está pautada no Código Civil, ou ainda por imposição da lei, independente de eleição, este encontra respaldo na Lei 8.009/90.

3.2.1 O Bem de Família Convencional e o Bem de Família Legal

Por influência do liberalismo e do individualismo modernos, criou-se o bem de família voluntário ou facultativo, que poderia ser instituído por ato de manifestação de vontade, unilateral ou não, e dependendo de registro imobiliário para a validade contra terceiros²⁵⁷.

Como já referido, o Código Civil de 1916 já estabelecia a possibilidade do bem de família voluntário. Com o advento da obrigatoriedade estabelecida pela Lei 8.009/90, algumas alterações ocorreram, sendo sintetizadas por Teresa Negreiros:

Significam que houve uma transição entre o regime que consagra a primazia da autonomia da vontade no antigo regime do Código o bem de família é instituído exclusivamente por ato de vontade do então considerado “chefe de família” – para um outro regime em que esta vinculação não existe. A proteção da família que não mais se assenta na vontade individual, mas se justifica em razão da primazia a ser conferida aos interesses não patrimoniais quando em choque com interesses patrimoniais. É esta mudança de enfoque que motiva os estímulos criados para utilização do instituto, quer através da dispensa de qualquer ato e de qualquer formalidade para sua instituição, quer alargando a outras pessoas a possibilidade de pôr em prática²⁵⁸.

²⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit.p. 36.

²⁵⁷ CREDIE, Ricardo Arcoverde. Bem de família: teoria e prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7,9.

²⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. op. cit. p. 437,438.

O momento histórico e social da época da criação da Lei 8.009/90 e do bem de família Legal, se justificava por se encontrar o país marcado por inflação e cumulação de juros. Este cenário de crise financeira demonstra a preocupação do legislador em proteger os devedores em momento de imprevisibilidade econômica²⁵⁹.

A Lei 8.009/90, portanto anterior ao Código Civil de 2002, instituiu o bem de família obrigatório. Este bem de família Legal, assim como o bem de família Convencional, é um patrimônio afetado, portanto afastado de qualquer dívida civil, comercial, salvo as previsões legais.

O valor do patrimônio afetado pelo bem de família de forma voluntária não poderá ultrapassar o teto de um terço do patrimônio líquido na época de sua instituição. Zeno Veloso, analisando o Projeto Novo Código Civil, em 1995, produziu sérias críticas quanto a este patamar de valores:

Podem os cônjuges, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte do seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, até o limite máximo de mil vezes o maior salário mínimo vigente no País. Se ficar como está, o bem de família só poderá ser utilizado pelos abastados, pelos ricos, pelos que forem donos de muitos prédios, pois, o que for instituído como bem de família não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido. Quem possuir apenas um imóvel não poderá instituí-lo como bem de família. Nem mesmo poderá fazê-lo quem possuir dois, de valores equivalentes. Quem tiver três prédios, não pode instituir o de maior valor. A não ser possua uma fortuna em valores mobiliários. Penso que o bem de família é um instituto de proteção, um meio de se prevenir dos percalços, de um desastre econômico, garantindo-se, na hora da adversidade, um teto e um abrigo para a família. Também os remediados e mesmo os pobres podem e devem ter o direito de utilizar este benefício. Que se estabeleça um valor máximo para o prédio a ser instituído como bem de família, ainda admito, mas prever que o imóvel não deve ultrapassar um terço do patrimônio líquido parece-me sem razão, pelo que, nesta emenda, proponho a supressão de tal exigência²⁶⁰.

Apesar desta crítica, foram mantidos os valores do teto para a constituição e separação do patrimônio com fins de estabelecer o bem de família.

O atual Código Civil, no seu artigo 1.711, prevê que o bem de família, ainda sob o aspecto de voluntariedade pode ser instituído por um terceiro em prol do grupo familiar do qual não participe²⁶¹.

²⁵⁹ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 183.

²⁶⁰ VELOSO, Zeno *apud* AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família com comentários à Lei 8.009. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 136.

²⁶¹ CREDIE, Ricardo Arcoverde.op.cit. p. 7,9.

No que diz respeito às formalidades para o estabelecimento do bem de família, Teresa Negreiros tece críticas que se justificam:

No Código Civil de 2002, porém, observa-se, sob este ponto de vista, uma involução, na medida em que, à semelhança do Código Civil de 1916, o novo Código exige declaração de vontade e a sua formalização por meio de escritura pública ou testamento (no caso de terceiro, doação ou testamento) levado ao Registro Público, além de tornar o bem inalienável²⁶².

O bem de família constituído voluntariamente continua existindo, porém agora com categoria subsidiária, pois a lei 8.009/90 estabelece o bem de família obrigatório.

Se os cônjuges ou companheiros forem proprietários de mais de um imóvel com utilização residencial devem definir qual deles desejam instituir como bem de família, não feita à opção, somente o de menor valor estará resguardado²⁶³.

A legislação permite interpretação inclusiva, pois trata de família ou entidades familiares, portanto ajustada com atual momento vivido pelo direito de família.

Outro fato importante é a possibilidade de ter a proteção aos bens móveis, pois é possível, na situação em que o devedor não possuir bem imóvel, se alcance a proteção dos bens móveis que guarnecem a residência alugada, conforme o artigo 2º, parágrafo único²⁶⁴ da Lei 8.009/90²⁶⁵.

Além disto, também são impenhoráveis todos os equipamentos como arados tratores especiais e seus acessórios, em um imóvel rural, assim como no imóvel urbano todos os demais instrumentos necessários e úteis ao exercício de qualquer profissão²⁶⁶.

Muitas dúvidas sobre a manutenção ou não legislação que estabelece a obrigatoriedade do bem de família ocorreram e ocorrem a partir do Código de 2002.

²⁶² NEGREIROS, Teresa. op.cit. p. 438.

²⁶³ CREDIE, Ricardo Arcoverde. Op. cit. p. 9 - 14.

²⁶⁴ BRASIL, Lei 8.009/90. Artigo 2º: "Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. **Parágrafo único** - No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo."

²⁶⁵ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. op.cit. p. 186.

²⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. op.cit. p. 198.

Porém, vêm sendo sanadas pela jurisprudência²⁶⁷, ainda segundo Ana Marta Cattani de Azevedo Barros Zilveti:

Melhor seria, sem dúvida, unificar ambos os tipos de bem de família, sob uma única regulamentação, já que trata do mesmo instituto. **A redação do CC, no entanto, é anterior à Lei 8.009/90, e devido ao logo tempo de tramitação no Congresso Nacional acabou por “envelhecer”, sem que fossem discutidas importantes questões como essa.**

De qualquer maneira, está longe de ser inútil o bem de família convencional. Todo aquele que desejar o bem residencial, mas que possuir mais de um imóvel deverá fazer instituição do bem de família nos termos do CC, sob pena, de ser punido como bem de família o de menor valor (§ único do art. 5º da Lei 8.009/90). Além disso, a Lei 8.009/90 excepciona da proteção os adornos suntuosos (art. 2º), enquanto o CC oferece a possibilidade de proteção do ... *prédio residencial urbano ou rural, com as pertencas e acessórios ...*, sem qualquer ressalvas (art. 1712). Em uma primeira leitura, portanto, as obras de arte e os adornos suntuosos que servirem de embelezamento do imóvel poderão ser protegidos de exceção de dívidas desde que feita à instituição do bem de família por escritura pública, discriminando todas as *pertencas* do referido imóvel²⁶⁸. (grifos não constantes no original)

Na tentativa de clarear aspectos obscuros da lei Álvaro Villaça Azevedo descreve:

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª Seção, sendo Relator o Min. Waldemar Zveiter, julgou, em 9.2.1994, por votação unânime, que a impenhorabilidade da lei sob estudo ‘compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, mas não abrange outras áreas da extensa edificação, quando esta é passível de desmembramento sem prejuízo da parte residencial’²⁶⁹.

Há que se observar também que aquele que adquire imóvel mais valioso para transferir a residência da família, com objetivo deliberado de fraudar credores, agindo, portanto de má fé, não terá este benefício estendido à proteção da impenhorabilidade do bem de família²⁷⁰.

O direito à moradia é a manutenção de um espaço físico no qual o indivíduo pode manter a sua privacidade e, no caso específico do bem de família, é a garantia

²⁶⁷ Jurisprudência tratando sobre o assunto pode ser encontradas em: DAVID, Fernando Lopez. *A impenhorabilidade do bem de família nos tribunais*. São Paulo: Iglu, 1999 e BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Impenhorabilidade do bem de família vista pelos tribunais*. Bauru: Edipro, 1993. Já jurisprudência mais recente e levando em consideração já o atual Código Civil se encontram disponível em site dos tribunais estaduais, STJ.

²⁶⁸ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. op.cit. p. 191,192.

²⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. op.cit. p. 198.

²⁷⁰ ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. op.cit. p. 187.

de que aqueles que lhes são caros, demais membros da entidade familiar, também estarão alcançados pela proteção de um teto, que no caso brasileiro, foi conquistado a duras custas.

Ana Paula Barcelos esclarece: “[...] ninguém tem dúvida de que uma pessoa que mora sob uma marquise ou uma ponte é um desamparado que necessita de abrigo. Ninguém questionará que esta questão é indigna e, *a fortiori*, que a dignidade deste indivíduo está sendo violada”²⁷¹.

Em tempo ainda, convém manifestar que o bem de família se ajusta a uma leitura que se empreende a luz dos valores constitucionais, delineando um caráter inclusivo, portanto admitindo no espaço familiar toda e qualquer entidade em que os seus membros encontram a busca do bem estar pessoal e coletivo. Lembrando sempre que a promoção da dignidade da pessoa humana e do afeto é laço que unem as pessoas.

Não é a lei que deve determinar o modo de constituição da família, embora o artigo 226 da Constituição Federal descreva algumas entidades familiares, elas não se esgotam nestas formas de constituição, sendo a família uma instituição social que nasce espontaneamente²⁷².

Se o *caput* artigo primeiro da Lei 8.009/90, dispõe que “o imóvel residencial próprio do casal, **ou da entidade familiar**, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida [...]”, (grifo não constante no original) deixa desde já claro que o objetivo é proteger as entidades familiares de maneira inclusiva e sob o aspecto de abertura do texto legal que se encontra permeado pelos princípios constitucionais.

Neste íterim não poderia deixar de se admitir a entidade familiar formada por uma única pessoa. Pois, segundo Nelson Rosenthal, “Mais de 20% dos domicílios brasileiros são formados por *singles*”²⁷³, que por sua escolha vive de forma individual, ou no caso do viúvo ou viúva, que pelos percalços da ordem natural da vida ficaram sozinho, optando após por assim continuar. Portanto esta é a sua família, afinal como já dito anteriormente, não cabe à lei o papel de criar unidades familiares, protegida pela autonomia da privada, sendo o papel da lei a sua manutenção e garantia do livre desenvolvimento.

²⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos direitos dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen, 2005. p. 355.

²⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit. p. 191.

²⁷³ ROSENVALD, Nelson. op.cit. p. 380.

A dignidade da pessoa humana tem um viés de respeito à autonomia privada, logo não é possível que se tenha tal essência sem o respeito ao princípio da igualdade. Deste modo, esta igualdade deve ser além de formal também substancial ou material, respeitando o homem real, com sonhos com desejos, com suas desigualdades.

A proteção do bem de família, seja voluntária seja legal é a concretização de um patrimônio mínimo familiar, garantido por meio de um mínimo existencial.

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk descrevem, “A proteção constitucional assegurada à família na pessoa de cada um de seus membros, o direito a uma existência digna, bem como a preocupação com a igualdade, em sua dimensão substancial, levaram a edição da Lei 8.009/90”²⁷⁴.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos assevera:

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 do seu estado civil²⁷⁵.

Sob a luz destas informações é que os tribunais têm decidido pela impenhorabilidade do bem de família do devedor solteiro²⁷⁶. Tais decisões, ao

²⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson; e RUSYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Um projeto ao código Civil na contramão da constituição*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, nº 4. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. p. 243 – 263, p. 260.

²⁷⁵ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Impenhorabilidade do Bem de Família: e as novas entidades familiares*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 141

²⁷⁶ **PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. OCUPAÇÃO UNICAMENTE PELO PRÓPRIO DEVEDOR. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DADA PELA LEI N. 8.009/90.** I. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (EREsp n. 182.223/SP, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como "entidade familiar", para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei n. 8.009/90, **a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado**. II. Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para afastar a penhora. (STJ – 4ª T., REsp nº 759.962/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 18.09.2006, p. 328) (grifos não constantes no original)

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NÃO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição

mesmo tempo em que preservam a autonomia privada, reconhecem um patrimônio mínimo familiar.

Desta análise é possível perceber a afetação de parte do patrimônio no objetivo precípua de proteção da pessoa humana a uma vida digna.

3.2.2 A Tutela do Direito Fundamental à Moradia e o Bem de Família

O bem de família, embora tenha caráter patrimonial, não pode ser afastado de seu caráter pessoal, sendo assim, configura-se como uma relação patrimonial de interesse existencial, em face da proteção da pessoa humana²⁷⁷.

A obrigatoriedade do bem de família determinou ao Estado um dever de proteção verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade, em uma relação em que a parte mais vulnerável, neste caso economicamente, passa ter uma proteção estatal, com objetivo de proteção e promoção da dignidade humana dos membros da entidade familiar, a partir da proteção do patrimônio da família²⁷⁸.

de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. 2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que **consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família**. 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. **Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta**, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido. **RECURSO ESPECIAL Nº 950.663 – SC (2007/0106323-9), v.u, RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 10.04.2012.** (grifos não constantes no original)

²⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. *Direito patrimonial da família no projeto do código civil brasileiro e no direito português*. Revista de Informação Legislativa:, Brasília: Senado Federa, n. 62, abr./jun., 1979. p. 138-144.

²⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Família: entre o público e o privado. Problematizando espacialidade à Luz da fenomenologia paraliática*. In. Revista de Direito das Famílias e Sucessões. n.23. Ago/set. Instituto Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Magister Editora, 2011. p. 11.

A moradia, cada vez mais, é o espaço de promoção do bem estar pessoal local, no qual a pessoa encontra refúgio, delineando-se como um espaço de afeto dos membros da comunidade familiar.

Afastar do indivíduo o seu direito a uma moradia é afastar o Direito da vida, não somente no seu sentido de existência, mas também na promoção da existência digna, é local, neste novo contexto familiar, em que encontra abrigo entre os seus.

Nesta contextualização, o bem de família serve ao propósito, pois se está protegido do alcance das dívidas não podendo ser penhorado para responder as dívidas, salvo as contraídas em favor do imóvel e outras exceções legais, ao Estado não se impõe o dever de promover com políticas públicas que estimulem a moradia. Não obstante este seja o seu dever para com aqueles que não a possuem, há a proteção legal da manutenção dessa moradia para o centro da atividade familiar.

Ana Alice De Carli tratando sobre esta questão assevera:

[...] o direito à moradia enfeixa mais do que um direito social, posto ser pressuposto para realização de vários outros valores, tais como: a vida, a segurança, a saúde (física e mental), o trabalho, a educação, o pleno desenvolvimento e a cidadania, além de construir um dos corolários da dignidade humana, esta como norma propulsora de todos os sistemas sociais (normativo, econômico, social).

[...] a moradia, embora seja comumente alçada ao patamar de direito social, na verdade, consubstancia atributo essencial da personalidade, pois é o lócus doméstico em que as pessoas desenvolvem o seu caráter, dão os seus primeiros passos ao processo de crescimento espiritual, físico e intelectual. Enfim, é, primeiramente, no espaço lar, concretizado num teto com paredes, portas, janelas e banheiro, que o indivíduo se sente protegido e seguro para iniciar o aprendizado da vida em relação. Em síntese, a capacidade de enfrentar o “mundo da vida” com segurança, autoconfiança e dignidade pressupõe a existência de uma moradia com qualidade²⁷⁹.

Ao se analisar o bem de família, deve ser feita sua contextualização, não só como a releitura da família feita anteriormente, local de promoção do afeto e entre ajuda, mas também no seu caráter patrimonial, direcionado à instrumentalidade do bem estar daquele que é o centro de todo o ordenamento jurídico, o homem-indivíduo, seja no seu caráter individual seja no caráter social.

O bem de família gera várias dúvidas que somente podem ser respondida na análise do caso concreto, pois é fato que os direitos fundamentais podem entrar em rota de colisão, determinando análise do poder judiciário. Para tal as respostas

²⁷⁹ DE CARLI, Ana Alice. op. cit.. p. 11,12.

somente podem ser dadas após sopesar e ponderar quais direitos fundamentais serão protegidos.

Um destes casos emblemáticos é o bem de família do fiador e a sua impenhorabilidade. A polêmica acerca do assunto, divide-se em duas correntes de interpretação: entendem alguns que o bem protegido traria um desequilíbrio maior ao direito à moradia, pois poderia afetar o mercado de locação e outros entendem que o direito à moradia do fiador foi desrespeitado em nome da proteção do mercado econômico. Visando superar esta discussão o STF decidiu:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. **A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação**, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (STF, RE nº407688, Pleno, j. 08.02.06). (grifo não constante no original)

A decisão do Supremo Tribunal Federal acolheu a penhora do bem de família do fiador, entendendo o órgão julgador que o fiador conhece a possibilidade da penhora e pactua pela fiança, logo não poderá alegar em seu favor o direito à moradia.

Outro argumento utilizado foi que o mercado imobiliário precisa da segurança jurídica da penhora, a falta desta segurança determinaria instabilidade econômica e o déficit de moradia iria aumentar, pois os locadores não iriam mais alugar seus imóveis.

O segmento que entende pela impenhorabilidade argumenta que o direito à moradia do fiador foi desrespeitado em favor do mercado econômico.

Além disto, o princípio garantidor da igualdade também foi ferido, pois se existe a possibilidade de resguardar parte do patrimônio para o devedor, por conseguinte este também se estenderia ao fiador, pois nem mesmo é o principal devedor.

Seguindo a interpretação de Sumaya Saady Morhy Pereira, em situações conflitantes entre questões meramente patrimoniais e existências deverão prevalecer as existências e, em especial, se estas forem ligadas a família, logo neste raciocínio não há deixar de reconhecer a questão existencial do direito à moradia do

fiador, que em nome do equilíbrio econômico do mercado imobiliário está sendo afetado e desrespeitado na sua dignidade²⁸⁰.

Ao operador do direito recaí o dever e a missão de reconstruir o sistema jurídico, logo qualquer leitura que desconsidere estas premissas, está à margem personalização e despatrimonialização do Direito Civil²⁸¹.

O direito de propriedade tem um conteúdo limitado pela justiça social e o direito à moradia digna ao mesmo tempo abrange os direitos individuais e sociais.²⁸²

Seguindo esta interpretação o bem de família, pode não ser o suficiente, uma vez que sozinho talvez não satisfaça todas as necessidades, para uma vida digna do indivíduo e da entidade familiar, porém é imprescindível, para que esta se alcance. Não é possível tratar da dignidade humana se não houver a proteção deste patrimônio, por isso mesmo um patrimônio afetado, dos interesses dos credores.

Esta abordagem não tem por interesse macular a segurança jurídica dos credores, tanto é que por diversas vezes se deixou claro que os direitos creditícios devem ser preservados, quando houver má fé do devedor.

Seguindo os preceitos de Luiz Edson Fachin, quando esclarece: “[...] não há, pois, defesa da ilegitimidade do crédito em si. Cogita-se tão-somente, do esclarecimento de limites à pretensão creditícia e não a sua impugnação ontológica.”

É neste sentido que o bem de família deve ser preservado, como uma patrimonialidade mantida para a entidade familiar, com objetivos de preservar a pessoa humana, em todos os seus aspectos, individual ou coletiva, em busca da promoção de um indivíduo digno no seio de seu espaço familiar.

Para alcançar estes interesses, somente é possível com uma moradia digna, e nada mais digno do que aquela moradia que foi eleita em um ato de externalização da vontade humana quando da aquisição, logo este é centro da proteção do bem de família.

Uma vez já adquirido este patrimônio familiar, deve ser preservado no âmbito familiar a fim de que a família tenha o mínimo existencial resguardado.

²⁸⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. 106.

²⁸¹ NEGREIROS, Teresa. Op.cit. p. 56, 57.

²⁸² LIRA, Ricardo Pereira. *O uso social da terra, sugestões à constituinte*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-16. 1986.

3.3 A USUCAPIÃO FAMILIAR E A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Instituto relativamente novo no âmbito da legislação civil admite vários questionamentos que somente poderão ser sanados na medida em que o instituto se revista de aplicabilidade. Porém é importante, que além de promover o direito fundamental à garante-se o patrimônio mínimo familiar, instrumentalizado pela eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

3.3.1 O Advento da Lei 12.424/11

A utilização do termo Usucapião Familiar também sendo conhecido por usucapião pró-família, ou usucapião por abandono de lar, foi uma inovação criada pela Lei 12.424/11, que alterou o Código Civil Brasileiro, acrescentando o artigo, 1240 A, e com ele nova forma de usucapião. Aqui será adotado, o termo usucapião familiar, pois é em virtude da existência de uma família e do princípio da solidariedade e dignidade, que tal instituto, adquire a sua importância.

A Usucapião Familiar está amparada nos direitos fundamentais e em sua incidência nas relações privadas, sob o enfoque de uma patrimonialidade direcionada à realização da família contemporânea.

O Direito fundamental à moradia, com um caráter de direito fundamental social, reflete na sua efetividade no espaço da entidade familiar, com o objetivo da concretizar o bem estar da família contemporânea centrada no espaço de entre ajuda e de repersonalização de seus membros.

Ao longo desse trabalho fica evidenciados os novos princípios direcionados ao Direito de Família. A partir da releitura dos princípios já existentes passou-se à concepção de família como espaço de desenvolvimento da personalidade humana e de respeito da dignidade da pessoa nas unidades familiares.

O Direito fundamental à moradia é um direito fundamental social, que alcança efetividade no espaço da família, com objetivo o da concretizar o bem estar da família contemporânea, centrada no espaço de repersonalização de seus membros.

Deve-se observar ainda, que além de entender a moradia como direito fundamental, se faz necessário o estudo sobre a possibilidade da aplicação do

direito fundamental à moradia nas relações entre particulares, esse é um assunto instigante a partir do momento que os direitos fundamentais podem ser percebidos como instrumento de humanização do direito civil.

A usucapião familiar é centrada na tutela familiar como uma das formas de efetivação dos princípios constitucionais de Direito de Família, a exemplo, afetividade e o espaço de interações de seus membros, com objetivo de realização das relações familiares, gerando efeitos mesmo após o rompimento de uma relação conjugal, mas com foco na relação familiar e no melhor interesse dos indivíduos, que compõem essa nova entidade familiar.

Pretende-se empreender uma análise crítica destas hipóteses, observando em que e como colaboram as novas concepções familiares, de tal modo a alcançar um efeito contrário ao da ideia de família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada.

Muitas são as incertezas que cercam este instituto jurídico, incertezas que causam divergências nas discussões civilistas, mas que vão sendo ajustadas na medida em que o instituto se reveste de aplicabilidade na jurisprudência, em face de novas diretrizes interpretativas. Tal interpretação ampara-se em um conceito amplo e absorvente de família, que aponta para uma concepção eudemonista²⁸³.

3.3.1 Requisitos da Usucapião Familiar

O texto do artigo 1240-A do Código Civil Brasileiro tem a seguinte redação:

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Este tipo de usucapião tem como pressupostos: i. posse mansa, ininterrupta e pacífica, sendo este pressuposto de todos os tipos de usucapião; ii. Imóvel urbano; iii. extensão de duzentos e cinquenta metros quadrados; iv. necessidade de não

²⁸³ Enunciado 500 da V da Jornada de Direito Civil; A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.

possuir outro imóvel, seja ele urbano ou rural; v. somente utilizar do instituto uma única vez; vi. exercício de propriedade em comum dos cônjuges ou companheiros; vii. tempo de dois anos e viii. abandono do lar.

Muitos são aspectos que devem ser abordados destes dados, pois refletem em pontos favoráveis e desfavoráveis, que serão aqui analisados.

O instituto da usucapião familiar se assemelha em muito a usucapião urbana ou *pro morare* estabelecida pelo artigo 183 da Constituição Federal²⁸⁴, tendo como diferencial o prazo menor, uma vez que a usucapião constitucional exige prazo de cinco anos.

Quando a usucapião familiar exige que se aplique apenas a imóveis urbanos, primeiro é possível perceber um interesse de moradia, pois tem origem em políticas públicas de incentivo a moradia²⁸⁵, assim como também é possível perceber um afastamento do instituto do interesse de distribuição de terras, que tem por objetivo a reforma agrária, possível de perceber na Usucapião Constitucional Rural ou *pró labore*²⁸⁶.

Ainda sobre este aspecto, pode-se entender a exigência de que um imóvel seja exclusivamente urbano, como uma ofensa ao princípio da isonomia. Eis que a localização do domicílio da pessoa não é motivo para tratamento diferenciado, nem mesmo poderia justificar o tratamento diferenciado em virtude dos fatores econômicos. É nas zonas rurais que, muitas vezes, se encontram em maiores índices de pessoas com baixa escolaridade e renda, fatores importantes e que refletem diretamente no direito à moradia²⁸⁷.

²⁸⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Artigo 183: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

²⁸⁵ Lei 12.424/11 esta lei é resultado de políticas governamentais de fomento a moradia.

²⁸⁶ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Artigo 191: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade

Parágrafo único - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

²⁸⁷ SANTOS, Luciana Santos. *Uma nova afronta à carta constitucional*. Anais do IBDFAM, Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Luciana.pdf Acesso 12 de fevereiro de 2012

A necessidade de que o imóvel pertença em conjunto aos ex-cônjuges ou ex-companheiros (as)²⁸⁸, leva à incidência dos regimes de casamentos. Uma análise mais desavisada poderia conduzir a uma interpretação segundo a qual somente se aplicaria a situações em que os cônjuges estavam sob a égide de um dos regimes em que exista a possibilidade de dividir a propriedade do imóvel, portanto, nos casos de comunhão dos bens.

Poderia ser aplicado na comunhão parcial de bens, em que o imóvel é adquirido após a união, comunicando-se, ou na participação final dos aquestos, em que também se comunicam os bens que restaram ao término da relação, incidindo a usucapião familiar. Já na situação do ex-cônjuge, casado sob o regime de separação total de bens, os bens havidos antes ou depois da constância do casamento não se comunicariam, tornando clara a impossibilidade de usucapião familiar, visto que os bens não estão em comunhão.

Contudo, há a situação de uma união formada por separação total de bens, em que um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros não tem o imóvel em seu nome, e prova-se a participação na aquisição do bem, indagando-se se bem adquirido em condomínio pode ser usucapido. Jose Fernando Simão responde esta pergunta:

O imóvel pode pertencer ao casal em condomínio ou comunhão. Se o casal for casado pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não há comunhão, mas sim condomínio e o bem poderá ser usucapido. Também, se o marido ou a mulher, companheiro ou companheira, cujo regime seja o da comunhão parcial de bens compra um imóvel após o casamento ou início da união, este bem será comum (comunhão do aquesto) e poderá ser usucapido por um deles. Ainda, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, os bens anteriores e posteriores ao casamento, adquiridos a qualquer título, são considerados comuns e, portanto, podem ser usucapidos nesta nova modalidade. Em suma: havendo comunhão ou simples condomínio entre cônjuges e companheiros a usucapião familiar pode ocorrer²⁸⁹.

Na Usucapião Familiar, há necessidade do exercício de propriedade em comum sobre o imóvel a ser usucapido, sendo que o ex-cônjuge ou ex-companheiro, que poderá perder o imóvel, sofre a punição pelo abandono da sociedade conjugal.

²⁸⁸ Conforme decisão do STF independe se a união seja formada por pessoas de mesmo ou de diferentes sexos, portanto uniões homo ou heterossexuais, uma vez que em ambas existe a entidade familiar.

²⁸⁹ SIMÃO, Jose Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/598/>, Acesso em 13 de fevereiro de 2012.

Há nisto a ligação ou a relação jurídica que une ou uniu o usucapiente e usucapido, que é a relação familiar.

Embora o objetivo do legislador seja a necessidade de manter o domicílio do imóvel a ser usucapido, ao se afastar essa interpretação, considera-se a outra parte como alguém que tenha se afastado do imóvel, e por isso “abandonou o lar”, o mais correto seria usar os termos “abandono do imóvel”. Certo é que o texto legal permite uma interpretação dúbia, dando margem a discussões.

O termo “Abandono de Lar” é impreciso, pois não há como construí-lo como um conceito fechado, devendo ser apreciado no sopesamento do caso concreto. Muitas vezes, a saída ou “abandono do lar”, ocorre em situações de violência doméstica, apenas para citar uma das várias possibilidades que resultam na saída do cônjuge ou companheiro do imóvel que divide com seu consorte.

A partir da Emenda Constitucional nº 66 de 2010²⁹⁰, que teria decretado o fim da separação judicial,²⁹¹ estaria superada a discussão sobre o abandono do lar, pois além de todas as dificuldades para a produção de provas do fato, ainda colocam-se em colisão com a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à privacidade do casal. Atenta-se contra o princípio da reserva, que garante o direito à intimidade da comunhão de vida. Outrossim, revela-se ultrapassado indagar quem é culpado pelo desamor, restando fixar a impossibilidade da vida conjugal na ruptura da vida em comum.

Sob este aspecto é possível traçar críticas do comportamento interventivo do legislador em assuntos que estariam protegidos pela autonomia privada externa da família, aspectos estes garantidos pela liberdade da família como uma comunidade

²⁹⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Alterado pela EC-000.066-2010)”

²⁹¹ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “[...] a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitante desapareceu a dissolução da sociedade conjugal, que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita, até a data da nova redação do § 6º, art. 226 da Constituição. Portanto, não sobreviverá qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com o novo texto constitucional, que apenas admitirá a dissolução do vínculo conjugal.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito...* op. cit. p. 426). Contudo, Regina Beatriz Tavares da Silva não compartilha da extinção da separação judicial no direito brasileiro, atentando para a manutenção do instituto pela necessidade de decretação do fim do casamento com discussão da culpa ou para pessoas que por questões religiosas não aceitam o divórcio. (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73 e sgs)

intermediária, em relação ao Estado, tais aspectos dizem respeito única e exclusivamente aos interesses dos membros da entidade familiar²⁹².

A intervenção Estatal no espaço familiar, somente se justificaria na medida em que estiver imbuída de interesse preventivo do caráter funcional da família, se a família tem como função precípua de respeito, promoção da pessoa humana, o Estado somente estaria legitimado a intervir se fosse para preservar estas funções familiares, sendo assim o desamor, a culpa e outros tantos fatos que em outras épocas significaram agora são substituídos por promoção do indivíduo-pessoa²⁹³.

A V Jornada de Direito Civil assevera a necessidade de se observar com cautela a expressão abandono do lar, visto que sua contextualização deveria levar em consideração também um abandono não só físico como afetivo e até mesmo econômico, pois na entidade familiar deve se entender que tais obrigações são comuns ao casal, portanto, a expressão abandono de lar é muito mais ampla do que um afastamento físico do indivíduo²⁹⁴.

Retomar tal discussão poderia revelar um retrocesso²⁹⁵, uma vez que o atual Direito de Família vem buscando uma família democrática²⁹⁶, pautada no livre desenvolvimento da personalidade de seus componentes. Talvez o termo mais

²⁹² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. op. cit. p. 112.

²⁹³ Idem. p. 112.

²⁹⁴ Enunciado 499 da V Jornada de Direito Civil: A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

²⁹⁵ O Retrocesso tem sido entendido como um princípio constitucional, este princípio teria maior desenvolvimento em países como Alemanha, Itália e Portugal, no Brasil ele tem sido abordado por autores como; Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Luiz Edson Fachin, Juarez Freitas, Suzana de Toledo Barros, Patrícia do Couto Villela Abbud Martins e José Vicente dos Santos Mendonça, destacando-se as contribuições de Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli. Tal princípio estaria implicitamente absorvido na Constituição que reconhece que alguns direitos, previstos no seu corpo, estão protegidos pela impossibilidade de serem removidos por emenda constitucional, constituindo cláusula pétrea.

²⁹⁶ A passagem da família protegida em si mesma, à família instrumento, isto é, aquela que propicia um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membros, suscitou, indiscutivelmente, uma forte individualização e, em consequência, uma maior liberdade, ensejando, em contra partida, o confronto de duas forças claramente paradoxais: de um lado a autonomia e a possibilidade de crescimento individual e, de outro, imprescindibilidade de compartilhamento de projetos em comum. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família...*, op. cit. p. 619)

correto fosse “abandono do imóvel”, o que deixaria desde já claro a intenção do legislador e não geraria esta celeuma.

Outro fato que necessita de um tratamento preliminar é a necessidade de divórcio, para entendimento das expressões ex-casal ou ex-cônjuges, sendo que o fator determinante é a situação fática, independente de decisão judicial²⁹⁷.

Não obstante as incertezas e dúvidas, acima traçadas, a doutrina brasileira vem se pronunciando sobre o tema²⁹⁸.

3.3.2 A Usucapião Familiar como incidência do Direito Fundamental à Moradia nas Relações de Família

Na análise da legislação é possível perceber que o texto faz referência a: “utilizando-o para sua moradia ou de sua família”. Neste sentido surge novo questionamento, poderia o ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), usucapir sem necessariamente residir no imóvel? O texto legal permite a possibilidade dessa interpretação, pois utiliza o termo “ou” e não “e”²⁹⁹.

Mas independente destes vários pontos controverso do instituto, não se pode perder de vista o direito à moradia como principal aspecto a ser protegido pela nova modalidade de usucapião. Se este direito fundamental encontra incidência nas relações familiares, evidencia-se uma alteração na tutela patrimonial da família. Esta, pensada em sua clássica concepção, inclinava o legislador a tutelar a propriedade da família. Para tanto, o Estado interferiria nas relações mais íntimas do casal, interditando o reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento, o que poderia significar uma dissipação do patrimônio familiar.

Na medida em que a família passa a existir para o indivíduo, trazendo para o primeiro plano o livre desenvolvimento da pessoa, busca-se tutelar seus direitos fundamentais. Desponta a moradia como o centro de uma tutela informada pela eficácia horizontal deste direito. No âmbito da amplitude da impenhorabilidade do

²⁹⁷ Enunciado 501 da V Jornada de Direito Civil; As expressões “ex-cônjuge” e “ex-companheiro”, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.

²⁹⁸ Quanto a Jurisprudência, por ser um instituto que ainda não tem efetividade, por ser necessário o decurso de prazo de dois anos exigidos pelo legislador não há muitos ainda julgados referente à aplicabilidade.

²⁹⁹ Enunciado 502 da V Jornada de Direito Civil; O conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código.

bem de família, a tutela da moradia significou um alargamento do conceito de família, abarcando o devedor solteiro, ao suscitar uma família unipessoal. Agora, a tutela patrimonial da entidade familiar encontra amparo na moradia, delineando-se uma nova modalidade de usucapião.

Trata-se de uma tutela patrimonial da família ancorada em direitos fundamentais das pessoas que a compõem. Para tanto, o direito à moradia encerra sua eficácia nas relações familiares, tecendo um espaço privilegiado de realização daqueles direitos.

3.4 O PATRIMÔNIO NA FAMÍLIA

A entidade familiar é o espaço que o indivíduo encontra para sua realização, ao mesmo tempo da forma individual e social; é *lócus* de preservação do indivíduo, dando a ele elementos mínimos para encontrar uma vida digna.

Não é possível tratar de dignidade familiar sem um espaço resguardado à moradia do indivíduo, a moradia é o espaço em que a entidade familiar se efetiva e se realiza; naquele local se encontra a comunidade de afeto e de entre ajuda.

É nesta pequena unidade social que as pessoas se encontram e desenvolvem o seu bem estar, seja ele individual, seja ele no melhor interesse da criança, seja ele na igualdade de seus membros, seja no respeito aos interesses de seus, seja ele no livre desenvolvimento da personalidade.

Na medida em que se reconhece a evolução do patrimônio e a sua função, é necessário, perceber que existem bens que devem compor um patrimônio mínimo, resguardando ao interesse existencial do indivíduo, bens cuja patrimonialidade está revestida de imunidade em face da ação dos credores, gerais ou especiais. Estes bens estão salvaguardados, e por isso, afetados por uma imunidade creditícia por ser necessária a funcionalização da dignidade humana.

Voltando à tese de Luiz Edson Fachin, o patrimônio mínimo cumpre a função primordial de dotar a pessoa humana mensurado em parâmetros de uma vida digna do qual não pode e não deve ser expropriada ou desapossada, por isso mesmo, a imunidade jurídica, que seria inata ao ser humano e superior inclusive aos interesses dos credores. Lembrando ainda, que este patrimônio mínimo não se encontra

atrelado a um único bem, mas sim a todos os que são necessários a uma vida digna e segura³⁰⁰.

Teresa Negreiros, tratando da classificação dos bens para o direito contratual, propõe uma classificação que determina uma dimensão civil-constitucional objetivando a concretização de um patrimônio mínimo com características existenciais centrada na dignidade da pessoa humana, e preocupando-se com relações que ao mesmo tempo respeitem a autonomia privada, porém com conotação mais humana e equilibrada e menos individualista³⁰¹.

A alteração do paradigma, passagem de uma legislação de um Estado de Direito Liberal para um Estado Social de Direito, afetam também o patrimônio, que foi relido pela despatrimonialização do direito civil. Porém o que se deseja não é o afastamento do conteúdo patrimonial do Direito Civil, mas que uma tutela qualitativamente diversa lhe seja dada com amparo nos valores existenciais. Neste sentido Carmem Lucia Silveira Ramos:

Essa despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial do direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando a sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade humana (e meio ambiente) e distribuir riquezas com maior justiça.³⁰²

A pessoa, enquanto ser dotado de dignidade, forma o núcleo essencial da Constituição, como consequência, há a necessidade de enfrentar as normas que estabelecem a função social da propriedade de forma direta. Estas devem ser lidas como complementares e instrumentalizadoras da proteção da pessoa humana³⁰³.

É por meio da tutela de um patrimônio mínimo que se permite visualizar a expiação da desigualdade, ajustando a lógica do Direito à razoabilidade daqueles que no mundo do ter, mais necessidade tem e menos tem³⁰⁴.

Este patrimônio, como já afirmado anteriormente, não deve ser o mínimo referente ao menor número, assim como o máximo não deve ser entendido como a maior unidade, portanto não sob um aspecto de ordem quantitativa e, sim, sob o

³⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 278-289.

³⁰¹ NEGREIROS, Teresa. op. cit. p. 49.

³⁰² RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteira*. In. FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensamentos fundamentais do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

³⁰³ CORTIANO, Eroulths Júnior. op. cit. p. 183-190.

³⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, op. cit. p. 278.

aspecto de ordem qualitativa, por isso mesmo, no alcance de uma proteção que ao mesmo tempo satisfaça a realização individual e também as necessidades de ordem familiar.

Portanto, o que se pretende aqui não é mensurar o quanto seria necessário para a satisfação do patrimônio mínimo³⁰⁵, mas sim estabelecer que não é possível a existência humana digna sem a garantia de uma patrimonialidade existencial.

A família é imprescindível à pessoa humana, e para esta unidade familiar e para os seus membros que a compõem são primordiais o patrimônio mínimo familiar, que somente será concretizado por um esforço conjunto dos operadores do direito neste sentido.

Este patrimônio mínimo perpassa por questões que abrangem direitos sociais, tais como os garantidos constitucionalmente, saúde, lazer, educação e como não poderia deixar de ser o direito à moradia.

O direito à moradia não se concretiza sem a preservação de um espaço para que este indivíduo-homem, centro do ordenamento jurídico, como afirmado anteriormente, na órbita do qual gravitam todos os demais institutos do direito, possa estabelecer o seu “lar”.

Segundo Nelson Rosenvald:

No direito, a qualificação de qualquer fato não se relaciona com a sua origem, mas com o destino que se imprime a ele. O nome (de uma pessoa ou bem) não é o que parece (um dado), mas o que merece (um construído), em razão da finalidade que lhe deseja atribuir. A legitimação do bem jurídico se relaciona à forma pelo qual será empregado, ao porvir.

Não há como negar que o bem de família é, por excelência, o modelo jurídico em que o legislador cuidou de valorizar o elemento funcional da especial destinação a que é reservado. Trata-se de uma qualificação voltada aos interesses essenciais a que presta serventia, passando ao largo do significado do patrimonial originário³⁰⁶.

Nesse novo perfil de família não mais como instituição, porém cumprindo a sua funcionalização de instrumento de promoção da personalidade de seus

³⁰⁵ Nelson Rosenvald informa que, “Assim, o mínimo existencial é algo quantitativa e qualitativamente superior ao mínimo vital. Este se identifica com postura estatal ativa de manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano. É necessário para preservar a vida. Trata-se do *bolsa família*. Porém, o ser humano possui demandas que não são compartilhadas pelas outras formas de vida na natureza. Nossa existência não se resume a processos mecânicos, haja vista a racionalidade e a liberdade que nos impelem à felicidade. O homem aspira ir além da mera sobrevivência e criar sentido para o mundo. O ser humano necessita de vida digna.” (ROSENVALD, Nelson, op. cit. p. 376.)

³⁰⁶ ROSENVALD, Nelson, op. cit. p. 378.

membros, as pessoas desenvolvem vínculos afetivos com vistas a sua realização no plano existencial. Não há como negar que esta família eudemonista se encontra voltada a um desenvolvimento do indivíduo e a tutela do patrimônio mínimo familiar é indispensável para que estes objetivos sejam alcançados³⁰⁷.

Ora, a tutela do patrimônio mínimo familiar determina não semente a promoção estatal deste patrimônio mínimo, mas também a efetivação do direito à moradia. Neste sentido, segue Nelson Rosenvald:

Lembre-se ainda que os direitos sociais são dotados de dimensões positivas e negativas. A esfera positiva demanda prestações estatais jurídicas e materiais, como a garantia do acesso irrestrito à moradia. A dimensão negativa (ou defensiva) impede agressões à esfera de liberdade e a outros bens jurídicos fundamentais, através de exigência de um dever de abstenção de comportamentos que possam ofender o bem jurídico tutelado. No caso do direito à moradia, o direito de defesa consagraria a impenhorabilidade do bem de moradia, como forma de preservação de um abrigo. Sendo certo que os direitos sociais se vinculam ao art. 5º, § 1º, da Constituição, a impenhorabilidade do patrimônio de moradia é mandamento dotado de plena eficácia e blindado contra qualquer retrocesso social, apenas sofrendo ponderações legislativas do art. 3º, da Lei 8.009/90³⁰⁸.

O legislador brasileiro embora não deixe clara a possibilidade da existência de um patrimônio mínimo, é possível percebê-lo em várias situações descritas pelo legislador, tornado-se forçoso concluir a necessidade de um reconhecimento da tutela do patrimônio mínimo familiar.

O bem de família seria um destes meios dos quais poderia ser arguida a possibilidade de um patrimônio mínimo familiar, posto que se encontre a salvo da penhora creditícia.

Também estribado no patrimônio mínimo familiar, estariam os bens que por ato voluntário são inalienáveis, os bens móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência, vestuários e pertences desde que não sejam de elevado valor, instrumentos de trabalhos necessários ao exercício de qualquer profissão.

O mesmo viés de patrimonialidade existencial está permeando a usucapião familiar. Pois, aqueles que faziam parte de uma família, que agora não se mantém em sua formação original, mantêm, contudo, as nuances de garantias mútuas.

³⁰⁷ ROSENVALD, Nelson, op. cit. p. 380.

³⁰⁸ *Ibidem*. p. 380,381

Aquele que se manteve no imóvel, provavelmente por maiores necessidades, adquire o bem na sua integralidade.

Não há como se negar os aspectos de direito fundamental social deste instituto, pois é concretizador do patrimônio mínimo familiar por meio do direito social à moradia, e quanto à sua essencialidade, resta evidente quando o legislador afasta a possibilidade de ser utilizado além de uma única vez.

Veja que o interesse em se garantir o patrimônio mínimo familiar não é fator capaz de abalar as estruturas da segurança jurídica dos direitos creditícios, mas sim, dirigir-se para a construção de um patrimônio mínimo da família que assegure a humanização e dignidade das pessoas que se encontram no seio familiar e nela se realizam.

É inegável o papel da família no desenvolvimento dos direitos da personalidade do indivíduo, pois é característica inerente ao ser humano sua dependência de outras pessoas que o acolham desde o seu nascimento, até à sua velhice. É no espaço familiar que esta proteção é estendida, logo aqui esta a se tratar de uma patrimonialidade existencial ao ser humano, necessária para uma vida digna.

E neste contexto, nada mais correto do que invocar o direito fundamental do homem cidadão, que se preocupa com seus pares, não somente por estes estarem ligados por laços sanguíneos, mas pelo seu aspecto humano, portanto o patrimônio mínimo familiar, mesmo quando garantido em face das relações privados é o exercício da concretização do direito fundamental do homem solidário.

CONCLUSÃO

A família atual tem contornos totalmente diferenciados daquela codificada sob os moldes do Código Civil de 1916. A família codificada era transpessoal, matrimonializada, hierarquizada, desigual e transpessoal, somente era aceito como família aquela que se ajustava a moldura codificada.

O privatismo doméstico era percebido na valorização do círculo familiar e não pelas pessoas que compõe a família, sendo visível o poder masculino, como chefe da sociedade conjugal. É possível identificar de forma clara estes caracteres quando se analisa a indissociabilidade da entidade familiar. A impossibilidade de ruptura da família matrimonializada demonstra o interesse do Estado na preservação da entidade familiar e não dos interesses dos indivíduos que a compõem.

A família contemporânea tem compromisso com o bem estar e a felicidade de seus membros, por isso mesmo, aspectos extramente relevantes deixaram de fazer parte de seu rol de interesse, a exemplo, centro de produção e manutenção de patrimônio.

A família não se apresenta mais de forma única e sim sob as mais diversas formações, porém o que mantém a sua unidade que é o interesse pela valorização da pessoa humana dos membros da família.

Neste sentido os direitos fundamentais exercem um papel de extrema importância, pois foram responsáveis por construir sob novas bases, institutos jurídicos já formatados, propiciando uma transformação dos alicerces que ensejaram a passagem do fundamento de tutela do patrimônio para a pessoa humana, logo se traçaram novos rumos às entidades familiares.

Princípios como o da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, solidariedade e afetividade, passaram a refletir os seus raios no espaço familiar, alterando papéis que estavam preestabelecidos. Com isto se reorganiza os papéis e as funções de todos os membros da família.

O espaço familiar está permeado pela a coexistência de direitos fundamentais, tais como, Igualdade substancial, liberdade, respeito mútuo, solidariedade, afeto e a dignidade de cada um dos membros componentes da entidade familiar, que é única em seu aspecto individual e solidário.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o marco para superação da ideologia individualista, pois o homem é visto como um ser em constantes relações

sociais, não um ser isolado. Para tanto é titular de direitos fundamentais, e as relações privadas também devem estar pautadas no respeito aos direitos fundamentais.

O objetivo principal da família, delineados pela manutenção e aquisição de patrimônio, foram afetado de forma irreversível, já que o centro de todo ordenamento jurídico é a pessoa humana, como um fim em si mesmo e sob uma visão Kantiana, respeitada por sua condição de humanidade e não por sua capacidade de possuir.

Outros institutos também foram afetados e relidos, construindo novos direcionamentos. A partir da alteração de vértice do ordenamento jurídico o patrimônio familiar passa a ser entendido, um patrimônio, sem o qual não seria possível buscar a concretização da dignidade da pessoa humana, seja no contexto individual, seja no contexto social familiar.

É possível perceber a passagem da família patrimonializada para a tutela do patrimônio da família centrada nos direitos fundamentais, uma viagem em que o ponto de partida e de chegada se alteram da família para o patrimônio e do patrimônio para a família.

Os direitos fundamentais exercem papel especial para releitura da família e do patrimônio, possibilitando superar o modelo apregoado pelo Estado de Direito Liberal, de meras normas programáticas para uma eficácia, sejam sob a exigência direta do Estado ou de forma indireta por meio da aplicabilidade destes direitos nas relações interprivadas.

Somente após o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais, pode-se admitir a possibilidade de uma reserva patrimonial para a família com objetivos de manter e promover a dignidade humana das pessoas componentes deste núcleo familiar.

O patrimônio, não sendo um fim em si mesmo, determina a possibilidade de parte ser afetado e afastado de sua tradicional função econômica e de resguardar a segurança de relações creditícias, possibilitando uma visão emancipatória, nessa visão o patrimônio pode ser afetado por um dever de manutenção à vida digna, sendo esta parcela o patrimônio mínimo familiar.

O direito fundamental à moradia possibilita vislumbrar a sua eficácia por meio de um patrimônio mínimo familiar.

O direito à moradia é a manutenção de um espaço físico no qual o indivíduo pode manter a sua privacidade, garantindo que os demais membros da entidade familiar, também estarão alcançados pela proteção de um teto.

Na medida em que se reconhece a evolução do patrimônio e a sua função, é necessário, perceber que existem bens que devem compor um patrimônio mínimo, resguardando o interesse existencial do indivíduo, bens cuja patrimonialidade está revestida de imunidade em face da ação dos credores, gerais ou especiais. Estes bens estão salvaguardados, e por isso, afetados por uma imunidade creditícia por serem necessários à funcionalização da dignidade humana.

O legislador brasileiro embora não deixe claro a possibilidade da existência de um patrimônio mínimo, é possível percebê-lo em várias situações descritas pela legislação, tornado-se forçoso concluir pela necessidade do reconhecimento da tutela do patrimônio mínimo familiar.

O bem de família, que pode ser constituído voluntariamente ou ainda sob a determinação legal. É composto ao mesmo tempo por bens móveis, alcançados pela impenhorabilidade os bens que guarnecem a residência, assim como os instrumentos de trabalho, mas também pelo imóvel adquirido pela família, que no caso brasileiro a maior parte conquistada a custa de muitos sacrifícios, tem toda conotação de patrimônio mínimo familiar.

O Estado passa a ter um dever de proteção, verificado na potencialidade lesiva a constituição da personalidade, em uma relação em que a parte mais vulnerável, neste caso economicamente, passa ter uma proteção estatal, com objetivo de proteção e promoção da dignidade humana dos membros da entidade familiar, a partir da proteção do patrimônio comum.

É o reconhecimento de um patrimônio com caráter existencial, pois é de extrema importância para dignidade dos membros da unidade familiar. Não é possível tratar de dignidade sem que as pessoas tenham um espaço no qual possam realizar seus direitos fundamentais.

Por isso mesmo, o bem de família está resguardado de dívidas, compondo a parcela mínima de patrimônio existencial, que é o patrimônio mínimo familiar, mesmo que seja por meio da eficácia dos direitos fundamentais entre privados, pois que se concretiza no exercício do direito fundamental à moradia do devedor em face do credor.

Neste aspecto, embora não haja a necessidade políticas públicas para a manutenção do bem de família, é necessária a ação interventiva do Estado no sentido de humanizar as relações de cunho meramente patrimonial, mantendo o bem de família com o devedor em nome da dignidade humana e a caminho de um patrimônio mínimo familiar.

O mesmo viés de patrimonialidade existencial está presente na usucapião familiar, pois aqueles que compõem uma família, que agora não se mantém na formação original, s mantém as nuance de garantias mútuas, pois aquele que se manteve no imóvel, provavelmente por maiores necessidades, adquire o bem na integralidade.

Não há como se negar os aspectos de direito fundamental social deste instituto, pois é concretizador do patrimônio mínimo familiar por meio do direito social à moradia, e quanto a sua existencialidade resta evidente quando o legislador afasta a possibilidade de ser utilizado mais de uma vez.

A família é imprescindível no desenvolvimento dos direitos da personalidade do indivíduo, pois é característica inerente ao ser humano sua dependência de outras pessoas que o acolham desde o seu nascimento, até à sua velhice. É no espaço familiar que esta proteção é estendida, logo aqui está a se tratar de uma patrimonialidade existencial ao ser humano, necessária para uma vida digna.

No bem de família o particular afetado pela garantia deste patrimônio mínimo familiar, é o credor, pessoa distante do círculo familiar, mas que como participante de uma sociedade solidária, em que todos têm interesse e dever de promover o bem estar de todos, justifica a proteção do patrimônio mínimo familiar.

Já no caso da usucapião familiar, os laços são mais justos, pois os que são afetados formavam antes um casal, por isso mesmo já há o compromisso de auxílio mútuo, e a perda desta parcela do imóvel pelo requerente ex-cônjuge ou ex-companheiro(a) justifica-se, pois protege a moradia daquele que se utilizou do imóvel em favor da entidade familiar, resultante do afastamento do ex-casal.

O patrimônio mínimo familiar está intimamente ligado a nova leitura dos institutos de Direito Civil, pois está cumprindo o propósito de valorização do ser humano, ao mesmo tempo que se traduz nos deveres do homem solidário, que não somente preocupa-se consigo mesmo mas também pode e deve participar de ações de concretude do bem estar coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ANDRADE, Jose Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família com comentários à Lei 8.009*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos direitos dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Impenhorabilidade do bem de família vista pelos tribunais*. Bauru: Edipro, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de dez. de 2012.
- BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Considerações sobre a reserva de usufruto em doação universal*. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 9, n. 1-2. p. 153- 163. 1980.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva da Intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugal idade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- CORTIANO, Eroulths Júnior. *O Discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *Direito patrimonial da família no projeto do código civil brasileiro e no direito português*. Revista de Informação Legislativa:, Brasília: Senado Federa, n. 62, abr./jun., 1979. p. 138-144.

CREIDIE, Ricardo Arcoverde. Bem de família: teoria e prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVID, Fernando Lopez. *A impenhorabilidade do bem de família nos tribunais*. São Paulo: Iglu, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____, Ronald. Juízes políticos e democracia. O Estado de São Paulo. Espaço Aberto, abr. 1997.

ENGLES. A origem da família, propriedade privada e do estado. Trad. Abgnar Bastos. Rio de Janeiro: Ed. Calvino, 1944.

FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade humana (no direito civil). In TORRES, Ricardo lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (Org.). TORRES, Silvia Faber (Sup.). *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier, 2011.

_____, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro Renovar, 2006.

_____, Luiz Edson. *Família: entre o público e o privado. Problematizando espacialidade à Luz da fenomenologia paralítica*. In. Revista de Direito das Famílias e Sucessões. n.23. Ago/set. Instituto Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Magister Editora, 2011.

FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constitucionalização, Direitos fundamentais e direito privado*. 3 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder, formação do patronato político Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERREIRA, Vale. Os movimentos da do direito e da mulher casada. Rio de Janeiro: Revista Forense. vol. 211, n. 745/747, 1965.

FIDALGO, Rosalice Pinheiro, CAVALHEIRO, Joelma Isamáris. Entre o “nó” e o “ninho”: notas sobre a usucapião familiar em face ao direito fundamental à moradia.

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac796a52db3f16bb>. Acesso 26 de jan de 2013.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 6. ed. rev. atual. ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Orlando. *O novo direito de família*. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

_____, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRIMBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar Jorge Zahar Editor, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Casamento e Regime Bens*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4095/casamento-e-regime-de-bens>. Acesso: 12 de dez. de 2012.

_____, Giselda Maria Fernandes Moraes. *A incessante travessia dos tempos e a renovação de paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. In: Eliane Ferreira Bastos e Maria Berenice Dias (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KRETZ, Andrieta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

LIRA, Ricardo Pereira. *O uso social da terra, sugestões à constituinte*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado. Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-16. 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 3., Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*, 2001. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em: 17 de ago. de 2012.

_____, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>. Acesso em 02 de jan. de 2013.

_____, Paulo Luiz Netto. *Princípio da afetividade*. In: TORRES, Ricardo lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi, GALDINO, Flavio (Org.). TORRES, Silvia Faber (Sup.). *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier, 2011.

NACIONES UNIDAS. *Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU HABITAT)*. Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. Disponível em: <<http://www.un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html>>. Acesso em: 13 de dez. de 2012.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk, FERST, Marklea da Cunha. A reconfiguração do papel da mulher nas relações familiares à luz da Constituição Federal. In: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, CONRADO, Marcelo. (Coord.) *Direito Privado e Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

_____, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e homossexualidade*. Revista Crítica Jurídica. Curitiba: UniBrasil, 2005.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: Luiz Edson Fachin. (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e a dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. PINTO, Laura Anísia Moreira de Sousa. *Patrimônio mínimo e princípio da dignidade humana - uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/05_1499.pdf. Acesso: 12 de jan. de 2013.

MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. *Archives de Philosophie du Droit*, 131, 1975.

MORAES, Maria Celina Bodin, KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito Civil-constitucional – casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Maria Celina Bodin de. A família Democrática. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família e a dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. p. 613 – 640. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Busca legis.cj.ufsc.br. Disponível em: WWW.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf. Acesso em 02 de jan. de 2013.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A Família na evolução do direito brasileiro. In: Teixeira, Salvio de Figueredo (Coord.). *Direitos de Família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1983.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2009.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução do direito civil constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental na relação jurídica entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: Eliane Ferreira Bastos e Maria Berenice Dias (coord.). *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos Fundamentais nas Relações Familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2007.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteira*. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensamentos fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RANGEL, Helano Márcio Vieira, SILVA, Jacilene Vieira. *O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade*. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/77>. Acesso: 15 de jan.2013.

RITONDO, Domingos Pietrangelo. *Bem de Família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

ROSENVALD, Nelson. Do bem de família aos bens existenciais da pessoa humana. In: TEXEIRA, Ana Carolina Brochado, LEITE, Gustavo Pereira. (Coord.), *Manual de direito de família e sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERROT, Michelle, org. *História da vida privada 4: da Revolução Francesa a primeira guerra*. Trad. Denise Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____, Michelle (tradução de Paulo Neves). *O Nó e o Ninho*. In: Reflexões para o futuro. Veja - 25 anos, Editora Abril e Fundação Emílio Odebrecht. 1993. 75-81.

SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais*.

Disponível:http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081112110914373&mode=print. Acesso em 23 de dez. de 2012.

SANTOS, Luciana Santos. *Uma nova afronta à carta constitucional*. Anais do IBDFAN, Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Luciana.pdf> Acesso 12 de fevereiro de 2012.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In. BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: HTTP://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/imprime_conteudo.asp?fidt_conteudo=56993. Acesso em 06 de julho de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto: alegre: Livraria do advogado, 2001.

_____, Ingo Wolfgang: *Direito Fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto conteúdo e possível eficácia*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-dezembro-2009-INGO-SARLET.pdf>. Acesso: 21 de dez. de 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Vergílio Afonso da. *Direitos fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

SIMÃO, Jose Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/598/>, Acesso em 13 de fevereiro de 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Wilson Antônio. *Direitos Fundamentais e as relações entre particulares*. *Revista Ajuris – associação dos juizes do Rio Grande do Sul* -, Porto Alegre: Ano XXXIII – Nº 103, setembro/2006.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, LEITE, Gustavo Pereira (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade. In. TEPEDINO, Gustavo José Mendes, FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Diálogos de Direito Civil*. Vol III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In. *Temas de direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____, Gustavo José Mendes. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Direito de Família Contemporâneo*. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____, Gustavo José Mendes. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil constitucionalizado*. Revista de direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), São Paulo: n. 65, jul/set. 1993.

_____, Maria Celina Bodin Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em 15 de jan.de 2013.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculan a lós particulares lós derechos fundamentales? In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição direitos fundamentais no direito privado*. 3 ed. ver. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A Impenhorabilidade do Bem de Família: e as novas entidades familiares*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WESENDONCK, Tula. *Direito patrimonial de família: disciplina geral dos regimes de bens no código civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

WINIKES, Ralph. CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Reconstrução do direito da personalidade à própria imagem a partir da teoria crítica do direito civil. In: TEPEDINO Gustavo José Mendes, FACHIN Luiz Edson. (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Vol III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

AVAL DO ORIENTADOR

Eu, **Rosalice Fidalgo Pinheiro**, professor(a) orientador(a) do(a) mestrando(a) **Joelma Isamáris Cavalheiro**, autorizo o depósito da dissertação intitulada: “A tutela patrimonial da família centrada nos direitos fundamentais e o patrimônio mínimo”.

Curitiba, 01 de fevereiro de 2013.

Assinatura da Orientadora