

Da jurisdição de família como instrumento de efetividade da função social do direito

Jones Figueirêdo Alves. Desembargador Presidente do TJPE. Membro da Comissão Especial de elaboração do novo Código Civil Brasileiro. Ex-Diretor do Centro de Estudos Judiciários do TJPE (1999/2004).

Sumário: Introdução. 1 Hipoteca judiciária. 2 Arrolamento cautelar de bens. 3 Aluguel de bem comum. 4 Bem imóvel indivisível. 5 Alimentos ao pai desertor. 6 Dever alimentar e união estável. 7 Bem de Família. Conclusão.

Introdução

A função social do direito deve ser compreendida como princípio absoluto da ordem jurídica. Dentro desta perspectiva, o exercício do poder de jurisdição tem o seu núcleo de juridicidade, válido e eficaz, fundado na visão mais justa da solução do caso, onde se explica a responsabilidade do julgador em proferir uma resposta jurisdicional capaz e construtiva de realizar a justiça.

Na seara do direito das famílias, e, ainda, no direito sucessório, esse conduto mais se aperfeiçoa quando o julgador se coloca diante de litígios que trespassam o âmbito estritamente legal, para o enfrentamento da resolução da lide e, notadamente, o de resolver pessoas, em sua dignificação, no complexo embate dos interesses em conflito.

No ponto, a construção jurisprudencial tem servido a demonstrar o amplo espectro de situações, pelas quais o direito de família exorta a família na sua contemporaneidade, onde os papéis de gênero estão interimplicados e a configuração da estrutura familiar recebe novos influxos. É essa nova expressividade que orienta o ideário do direito familiar, no plano de sua concretização.

No visto de tal relevância, cumpre alinhar alguns pontos paradigmas que averbam a jurisdição, no seu papel indutor e finalístico de promover a dignidade dos atores da família-instituição, em seus variados modelos, ponderando-se, daí, os instrumentos normativos (premissas fundantes) em seu sentido social mais acendrado.

Em descortino, vale, portanto, invocar algumas questões a seguir elencadas, emblemáticas do tema aqui sublinhado:

1 Hipoteca Judiciária

Pouco empregada, na prática forense, a hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do Código de Processo Civil, tem a finalidade de garantir o cumprimento das decisões judiciais. A norma dispõe que a sentença que condenar alguém no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição, no registro imobiliário, será ordenada pelo juiz.

Isso significa assegurar a plena aplicação da sentença, mediante prévia garantia a uma eventual execução, com a hipoteca sobre bens do devedor.

Diferente da penhora - onde a execução ocorre por dívida vencida e o devedor nomeia os bens, com ordem de preferência - a hipoteca é benefício legal em favor do vencedor em ação condenatória, servindo de garantia ao adimplemento da obrigação. A hipoteca independe de pedido do credor; deve ter sua inscrição determinada pelo juiz, por mero despacho, com registro junto à matrícula de bem imóvel do devedor. Não exige, sequer, qualquer procedimento, inclusive o da especialização do art. 1.205 do CPC, reservado apenas à hipoteca legal.

De origem francesa, e introduzida no direito processual brasileiro por inspiração do art. 676 do Código de Processo Civil português, a hipoteca judiciária tem por pressuposto a existência de uma sentença condenatória; valendo considerar que a imposição do gravame judicial é imediata, ainda que pendente recurso com efeito suspensivo (RT 596/99).

Assim, a hipoteca judiciária, que se produz fundada pela condenação e surge como efeito imediato e anexo da própria sentença condenatória, assume nos processos de família, importante mecanismo garantidor do julgado.

Recolha-se um exemplo: aquele obrigado a prestar alimentos terá parcela de seu patrimônio imobiliário afetado pela hipoteca, certo que necessário gravá-lo no alcance de garantir o cumprimento efetivo da obrigação. A hipoteca devidamente inscrita assegura, em seu fim específico, uma futura e eventual penhora, como eficaz garantia da execução da obrigação alimentar acaso insatisfeita. Trata-se, portanto, de instrumento preventivo de salvaguarda aos interesses do credor, posto à sua disposição.

De fato. A sentença constitui, por efeito acessório do seu título, a hipoteca judiciária; a tanto bastando a condenação pecuniária ou à entrega de coisa. E a produção da hipoteca, que dela decorre, representa uma realização prática e útil de garantia ao direito de quem aguarda, em tempo certo, seja a obrigação naturalmente cumprida.

Bem de ver, então, cuidar-se a inscrição da hipoteca judiciária, nos processos de família, de providência almejada para a sentença obter em sua eficácia, comando de melhor operosidade. Neste sentido, é inegável que o instituto reclama ser melhor aproveitado, cumprindo à jurisdição de família a diligência da efetividade da norma.

2 Arrolamento cautelar de bens

O instituto do arrolamento cautelar de bens, quando há comunhão, universal ou parcial dos bens integrantes do acervo patrimonial do casal, a ensejar uma posterior partilha, tem se revelado cabível e oportuno, como medida conservativa de direitos diante dos processos de separação judicial, de divórcio direto ou de dissolução de união estável.

Arrolam-se os bens para sua conservação, como estabelece o art. 856 do Código de Processo Civil, sempre que haja fundado receio de extravio ou de dissipação dos bens (art. 855), caso em que presente sério risco aos direitos do arrolante opera-se o depósito dos mesmos (art. 859).

Trata-se, portanto, de medida estritamente conservativa, prevenindo o risco de dano pelo depósito, no sentido de salvaguardar o direito de meação do cônjuge ou do companheiro, procedendo-se ao depois a divisão equânime dos bens. Como incidente ao processo litigioso, ou antecedente à demanda, o arrolamento toma em rol de descrição os bens existentes, para cuidar da segurança de sua partilha, revelando-se providência urgente de incolumidade patrimonial. Nesse sentido, o art. 855 do nosso Código de Processo Civil, segue o modelo português, quando o art. 421 do CPC lusitano estabelece: "Havendo fundado receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos, pode requerer-se o arrolamento deles".

A doutrina, fortalecida pelo valioso estudo do processualista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tem indicado que para a medida de cautela, mostra-se suficiente a situação de risco, de insegurança, de ameaça objetiva, como se deduz da amplitude do art. 801, IV do Código de Processo Civil, incidente em todos os tipos de tutela cautelar. E a tanto, "extravio e dissipação encontram-se, pois, no art. 855 em sentido larguíssimo, compreendendo destruição, ocultação, desaparecimento, alteração, depreciação, desperdício, deterioração e todas as outras hipóteses de risco, efetivo ou virtual, que a vida em sua riqueza oferece".

Diante de tais latitudes, a jurisprudência tem se firmado a emprestar devida relevância à cautelar do arrolamento de bens. Em julgado do TJRS, o Relator, Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, definiu que muito embora não existam evidências de que o cônjuge esteja dilapidando o patrimônio do casal, há que se reconhecer que, havendo ruptura dos laços afetivos, bem como beligerância entre as partes, configura-se o fundado risco de dano, na medida em que possa aquele, a qualquer momento e com facilidade, movimentar numerários existentes em contas correntes e de investimentos em seu nome. Com efeito, confirmou o bloqueio parcial dos valores disponíveis nas contas, com a indisponibilidade provisória da metade dos numerários, até que se apure o verdadeiro montante a ser partilhado entre o casal. (TJRS Sétima Câmara Cível, Ag. Instr. n 70013628250, j. em 15.03.2206).

Com efeito, a utilidade da providência de tal julgamento, faz demonstrar que a tutela jurídica específica do arrolamento dos bens, bastando a potencialidade do dano, serve de solução adequada à realização satisfativa do direito de meação do cônjuge, muitas vezes ameaçado em sua integralidade.

3 Aluguel de bem comum

Não é legítimo buscar o cônjuge que desertou do teto conjugal eximindo-se, "*sponte sua*", da posse direta do bem, arbitramento de alugueres referente a imóvel residencial ocupado pelo consorte, porquanto tal conduta reclama a aplicação do princípio do "*venire contra factum proprium*" (princípio de proibição ao comportamento contraditório). Mais ainda porque "o patrimônio comum subsiste enquanto não operada a partilha", de modo que "o uso exclusivo, por um dos cônjuges, de imóvel comum do

qual tem a posse não dá ao outro cônjuge o direito de exigir a parte que corresponderia à metade da renda de um presumido aluguel, porquanto esse uso, por princípio de direito de família, ele faz ex próprio jure" (STJ - RESp. n 3.710-RS). Na mesma linha, entenda-se pela aplicação do referido princípio, quando dificultada a partilha, por recalitrância ou embaraços do cônjuge à liquidação da comunhão dos bens.

Tem sido acreditado que o fato de um dos cônjuges deter a posse exclusiva de bem comum, sendo este o imóvel residencial do casal, opera ao outro, cônjuge coproprietário, o direito à indenização correspondente ao não uso da propriedade comum. A assertiva primária é a de a fruição exclusiva do bem ocorrer a único benefício do cônjuge ocupante enquanto o outro cônjuge, não desfrutando do bem, faria jus à metade da renda de um presumido aluguel, a título de fruição remuneratória, de caráter indenizatório.

O uso do imóvel comum por apenas um dos cônjuges, como geratriz de suposto retributivo devido ao outro cônjuge, ganha relevo e merece uma adequada problematização, quando impende reconhecer se tratar referido bem da moradia conjugal, não destinada à renda ou locação, consistindo o seu uso um exercício regular do direito à habitação familiar, enquanto não resolvida a sociedade conjugal, tudo sob a égide da mancomunhão, comunhão de mãos juntas, inerente ao direito de família. Em casos que tais, consiste saber se o não uso por um dos cônjuges, que desertou do teto conjugal, eximindo-se voluntariamente da posse direta do bem, reclama, de algum modo, ser ele indenizado pela fruição exclusiva do bem comum exercida pelo cônjuge que permaneceu no imóvel. E, em contraponto, saber também quando o discutido direito do cônjuge à indenização terá seu implemento e oportunidade, diante da permanência do imóvel na posse exclusiva do outro.

Cuida-se assaz relevante a análise do suposto direito ao locativo, diante do imóvel não partilhado, na posse de um dos cônjuges, em prestígio, sobremodo, de uma ética de convivência, que deve, a rigor, ser preservada durante a pendência do processo de separação judicial. Bem por isso vale deixar, de logo, assente que o cônjuge que se afasta, imotivadamente, do lar conjugal e, para além disso, dificulta a partilha dos bens, não poderá reclamar indenização pela fruição exclusiva de bem imóvel residencial pelo outro.

4 Bem imóvel indivisível

A 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais rejeitou o recurso de um comerciante, da cidade de Passos, que pretendia a penhora da residência de uma funcionária pública para pagamento de dívida de seu marido. Os desembargadores Roberto Borges de Oliveira (relator), Alberto Aluizio Pacheco de Andrade e Evangelina Castilho Duarte decidiram que, mesmo possuindo apenas metade do imóvel, a mulher detinha legitimidade para a defesa do bem de família como um todo, que, por sua natureza, é indivisível.

O relator destacou em seu voto que "a Lei nº 8.009/90 merece interpretação ampliada, conferindo proteção não apenas ao "imóvel do casal", mas à entidade familiar, protegendo e conferindo legitimidade a todos aqueles que residam no imóvel e que sejam integrantes da entidade familiar para se insurgir contra a sua penhora".

A questão assume relevância em face do que dispõe o artigo 1.664 do Código Civil, a saber que os bens da comunhão respondem pela obrigação (objeto de execução judicial ou extrajudicial), uma vez contraída pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família. Lado outro, a doutrina tem sustentado, também, que se a dívida não tiver sido assumida em favor da família, cumprirá ao cônjuge prejudicado apenas a defesa de sua metade ideal. Enquanto isso, a Lei n. 8.009/90 assegura a impenhorabilidade do imóvel residencial da família.

Insta ponderar, daí, acerca do verdadeiro alcance do parágrafo 3º do art. 1.046 do Código de Processo Civil ao equiparar o cônjuge a terceiro, quando defenda a posse de bens de sua meação. No caso de bem de família, não se pode restringir a discussão da não incidência da penhora apenas sobre a meação do cônjuge, cabendo-lhe defender o bem de família por inteiro, insuscetível de penhorabilidade. Neste sentido, recente decisão do STJ deixou assente que "inobstante afastada pela instância ordinária, com decisão preclusa, a aplicação da Lei nº 8.009/90 à penhora havida nos autos da execução movida ao cônjuge varão, tem-se que a questão pode ser reavivada em embargos de terceiro opostos pela esposa do devedor, que não integrava aquele processo". (STJ - 4ª Turma, AgRg no REsp 480506 / RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 26.02.2007 p. 594). O julgado considerou a proteção atingir a inteireza do bem, ainda que derivada apenas da meação da esposa, a fim de evitar a frustração do escopo da Lei nº 8.009/90, que é o de impedir o desaparecimento material do lar que abriga a família do devedor. De fato. A impenhorabilidade do bem de família, oponível na forma da lei, é consectário do direito social à moradia.

Mas não é só isso. Atualmente, na execução, sendo a dívida pessoal de um dos cônjuges em regime de comunhão de bens, os bens indivisíveis, de propriedade comum, podem ser levados à hasta pública, reservando-se ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido.

No caso em comento, todavia, cuido que diante de bem imóvel comum e indivisível de devedor casado, e em não se tratando de dívida em favor da família, não deveria a garantia incidir sobre esses, mesmo que reduzida ao limite da meação do devedor, como determina o art. 3º da Lei 4.121/62. Afinal, isso implica na perda da disponibilidade da propriedade comum por aquele cônjuge não devedor, reduzido o seu direito à mera recepção do valor econômico da meação.

Nessa diretiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a apelação em embargos de terceiros (Apelação 282.241.5) opostos por cônjuge em execução de sentença proferida em ação contra o outro cônjuge. A sentença reformada havia decidido que os bens penhorados seriam levados, oportunamente, por inteiro, à hasta pública, cabendo ao embargante o levantamento da metade do preço alcançado. O Tribunal entendeu, entretanto, que a meação deve ser preservada quanto aos próprios bens, por não haver indícios de enriquecimento do cônjuge com o valor objeto da execução, e que *a realização de leilão com o conseqüente levantamento da metade do preço alcançado, pelo embargante, não protege sua meação, uma vez que o bem saíria de seu domínio.* (g.n.)

Essa decisão paradigma tem consonância com a função social da ordem jurídica. Afinal, a preservação da meação do cônjuge, não subsumida, apenas, a uma

representação econômica, condiz com o próprio direito de propriedade do cônjuge coproprietário, que estaria sacrificado, porque despojado restaria do domínio da coisa em si mesma.

5 Alimentos ao pai desertor

O pai que abandona os filhos, material e afetivamente, desde a tenra idade, poderá, ao depois, reclamar deles alimentos, quando idoso e incapacitado para sua subsistência?

Eis a questão que remete a uma leitura temperada do art. 1.694 do Código Civil, pelo qual os alimentos são devidos pelos parentes, uns aos outros, em face da lei e da relação de consangüinidade.

O dever alimentar de sustento, fundado no parentesco, tem escopo legal na solidariedade familiar, que nutre as relações familiares; é devido quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu próprio trabalho, a própria manutenção, e aquele de quem se reclama pode cumpri-lo, sem desfalque do necessário ao seu sustento (art. 1.695, CC); e é considerado recíproco entre pais e filhos (art. 1.696, CC).

A questão, colocada para reflexão doutrinária, refere-se à situação fática de o pai, reclamante de alimentos, haver em tempos primevos renunciado à família, abandonando mulher e filhos. Adiante, solicitante de alimentos, apresenta-se sem a legitimidade, pelo menos moral, de postulá-los perante os filhos.

O novo Código Civil busca resolver o problema, dispondo no parágrafo único do art. 1.708 que, "com relação ao credor, cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor".

Nesse ser assim, a extinção da obrigação de prestar alimentos, pelos filhos devedores, decorrente de procedimento indigno do pai credor, haverá de ser decretada pelo juiz, no caso concreto, observadas as circunstâncias da indigitada indignidade. De ver que a cessação do dever alimentar, pelo devedor, decorre de ofensa à sua integridade física e psíquica, de atos que o atinjam em sua honra e boa fama ou, ainda, de atos arrolados no art. 1.814, do Código Civil, aplicável por analogia, cometidos pelo credor.

A norma limitadora do direito implica em outras hipóteses, uma delas exatamente, com abrangência, a questão do abandono material e afetivo do pai, potencial credor futuro de alimentos (alimentando), em relação aos filhos (eventuais alimentantes), então menores e hipossuficientes. A causa genérica do procedimento indigno, inspirada no direito estrangeiro, tem, na hipótese, amplo espectro.

O não atendimento da obrigação alimentar por quem, podendo, voluntariamente assim agiu, desertando do dever de prestar alimentos, "suficiente à caracterização do crime de abandono" (TJRS, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marcelo Bandeira, j. em 27.07.06), constitui causa, também bastante, para aquele, em postura de desamparo cometido aos filhos, perder o direito de reclamá-los em seu próprio favor.

Nesse sentido, recolha-se acórdão paradigma: "Alimentos. Solidariedade familiar. Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento." (TJRS, 7ª Câmara Cível, Ap. Cível 70013502331, Relatora Desa. Maria Berenice Dias, j. em 15.02.06. Na mesma linha: TJRS, Ap. Cível nº 70019179894, de 09.05.07).

Mais precisamente: tendo o pai "falhado em relação aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como deixando de prestar-lhes atenção e afeto, não pode, agora, invocar a solidariedade familiar em seu benefício. Desarrazoado que venha buscar dos filhos o que lhes negou a vida inteira."

A solidariedade familiar é uma via de mão dupla. De fato, à falta de um agir de boa-fé do pai desertor, o comportamento egoístico daquele que, tendo condições, abandonou os familiares, não lhe autoriza pretender alimentos, "com fundamento, justamente, no dever de solidariedade que deixou de observar". Sustente-se, sempre, pela necessidade de a Justiça manter coerência com os ditames da ética, como proclamou o julgamento gaúcho.

6 Dever alimentar e união estável

O dever de alimentar não está condicionado ao reconhecimento judicial prévio da união estável.

Esta entidade familiar, reconhecida na Constituição Federal (art. 226, § 3º), no Código Civil e nas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96, pode ensejar, assim como no casamento, o dever de prestar alimentos ao ex-companheiro que se encontre em situação de necessidade, pelo que é, portanto, descabido, condicionar o processo onde se buscam alimentos provisionais à prévia e cabal demonstração da relação convivencial (STJ -4ª Turma, REsp. n. 186.013-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 17.02.04). Isto porque a Lei n. 5.478/68, pelo seu artigo 2º, autoriza o pedido não só pela prova do parentesco, mas também pela obrigação de prestar alimentos.

O tema é recorrente, a deduzir afinidade entre os pedidos de reconhecimento e dissolução da união estável e o de alimentos, provisórios ou definitivos. Pacífica a jurisprudência no sentido da admissibilidade da cumulação dos pedidos, em um único processo, na correta exegese do art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil, que deverá seguir pelo rito ordinário, esclarecendo-se que, na hipótese, a questão dos alimentos provisionais deve ser, inicialmente, apreciada pelo juiz. (TJRJ, 12ª Câmara Cível, AI n. 2007.002.14256, Rel. Des. Werson Rego, em 14.06.07).

De saída, é significativo observar possível a cumulação da ação de dissolução da união estável com a de alimentos, por aplicação do art. 7º da Lei n. 9.278/96 combinado com o art. 4º da Lei n. 5.478/68. A fixação de verba alimentar em juízo de cognição sumária ou prefacial está fundada, em pleito de natureza cautelar, cujo atendimento reclama o exercício do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC).

Assim, em sede da ação de dissolução de união estável, "nenhum problema representa para o juízo o pedido de fixação de alimentos provisionais, diante da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, na presença de seus pressupostos, fato que deve ser analisado pelo juiz, à luz dos elementos de prova que lhe forem apresentados" (TJRJ - 12ª Câmara Cível, AI n. 2007.002.14256).

Pois bem. Nesse sentir, entenda-se que os pedidos são cumuláveis, porque conciliáveis entre si, sendo certo que o pedido de alimentos é pedido acessório ao de dissolução da união estável (pedido principal), podendo aquele ser deferido, de plano, diante de prova satisfatória (RJTJRS 136/139).

Recolha-se o julgado seguinte:

“União estável e alimentos provisórios - "(...) Se a Constituição Federal prevê tratamento igualitário para a família legalizada e a decorrente de união estável, não se apresenta razão para que em ação de dissolução de união estável seu autor não possa solicitar pensão provisória para si e para os filhos". (TJSP - 10ª Câmara de Direito Privado, AI n. 295.058-4/7, Relator Desembargador Maurício Vidigal; ac. unânime, de 25.11.2003).

De tal sentir, o princípio da razoável duração do processo colima permitir a cumulação dos pedidos, pontificando o dever alimentar em face da união estável existente, por imperativo da regra do art. 1.694 do Código Civil.

7 Bem de Família

Uma nova leitura está sendo feita sobre o bem de família, em prestígio da instituição, a partir de cada de um de seus membros. O imóvel considerado bem de família é impenhorável, mesmo que o executado não more nele. O entendimento é da Segunda Turma do Superior Tribuna de Justiça. (RESP 377.901). O Min. Peçanha Martins confirmou interpretação da Lei nº 8.009/90 que considera a sua finalidade social. Para ele, a lei não está dirigida a um número de pessoas, mas à pessoa, em segurança de um teto, pouco importando seja solteira, casada ou viúva.

Lado outro, a impenhorabilidade do bem de família visa resguardar não somente o casal, mas a própria entidade familiar. Após a separação, cada cônjuge passa a constituir uma nova entidade familiar, merecendo a proteção jurídica da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Nesse sentido, pronunciou-se a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em julgamento, o relator, Ministro Luiz Fux, definiu que a impenhorabilidade do bem de família visa resguardar não somente o casal, mas a própria unidade familiar. No caso da separação dos cônjuges, a entidade familiar, para efeitos de impenhorabilidade de bem, não se extingue, ao contrário, surge uma duplicidade da entidade composta pelo ex-marido e a ex-mulher com os respectivos parentes.

Conclusão

Os subsídios antes abordados são capítulos que, embora não sistematizados, bem caracterizam a novela da família, tendo como questão de fundo a efetividade da função social do direito. Os regramentos normativos do direito de família devem ser contextualizados, dentro da essência do fenômeno jurídico, segundo uma visão harmônica dos avanços desse direito, no significante de compreensão à luz de uma nova realidade familiar. O juiz operador do direito de famílias haverá, por certo, de exercitar a jurisdição, como fomento da dignificação da organização familiar, em todos os seus aspectos e atores nela envolvidos.