POR UMA ADEQUAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Uma análise a partir do olhas dos direitos reais: da legislação à jurisprudência

Simone Tassinari Cardoso[1]

RESUMO

O Direito Civil brasileiro passou pelo processo de constitucionalização, a partir do qual, toda a ordem jurídica passa a ser guiada pelos valores constitucionais. O direito real de habitação é instituto jurídico de direito civil e teve origem na codificação de 1916. Integrou o Código Civil de 2002, todavia, a disciplina jurídica não abrange a totalidade das dúvidas acerca deste instituto. Por esta razão, carece de explicação o objeto do direito, a titularidade, sua extensão no tempo, das frações dominiais e, principalmente, a necessidade de ponderação em face das dificuldades dos casos concretos. Para a pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, em que através da pesquisa exploratória. Parte-se da disciplina normativa para a incidência pragmática através da análise de jurisprudência Como resultados obtidos, verifica-se a grande dificuldade dos operadores do direito em tratar sob os prismas do direito de família, sucessório e das coisas em matizes contemporâneas. De fato, o intérprete do direito real de habitação deve realizar uma interpretação integradora, harmonizadora e capaz de dar conta da melhor concretização dos valores constitucionais.

Palavras-chave: direito civil, direitos reais; direito real de habitação; proteção à família; direito à moradia; constitucionalização.

RESUMEN

El Derecho Civil brasileño pasó por el proceso de constitucionalización, en que toda la ley se basará en los valores constitucionales. El derecho real de habitación se originó en la codificación de 1916. Se incorporó al Código Civil de 2002, sin embargo, la disciplina jurídica no cubre todas las preguntas sobre él. Por esta razón, carece de explicación del objeto, la propiedad, su extensión en el tiempo, poderes reales y, especialmente, la necesidad de un equilibrio frente a las dificultades de los casos. Para el estudio, se utilizó el método hipotético-deductivo, y la investigación exploratoria descriptiva. Comienza por la ley y luego analiza la jurisprudencia. En suma, existe una gran dificultad para hacer frente a la aplicación del derecho real de habitación de conformidad con el derecho de familia, la herencia y los derechos reales hoy. De hecho, el intérprete del derecho real a la habitación debe hacer una interpretación integradora, armonizadora y capaz de hacer frente a la mejor consecución de los valores constitucionales.

Palabras clave: derecho civil, derechos reales; derecho real de habitación, protección de la familia, el derecho a la vivienda; constitucionalización.

1.- INTRODUÇÃO

O direito real de habitação ocupa o cenário jurídico brasileiro desde o Código Civil de 1916. Previsto como direito real, pode ser constituído por ato de vontade ou por determinação legal. Este artigo pretende tratar da modalidade imposta pela lei, tem origem no direito sucessório, mas deve receber tutela específica de direito das coisas, ramo ao qual pertence, por força do rol apresentado no Código. O instituto em questão está previsto na atual

[1] Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Professora de Direito Civil – Direito das Coisas e Parte Geral na PUCRS, professora de Direito das Coisas na AJURIS. Mediadora e Diretora do IBDFAM – RS. Advogada.

codificação nos artigos 1.225 e 1.831. Trata-se de um verdadeiro direito real (com parcelas de domínio) concedido após a morte do cônjuge ou companheiro que concede ao sobrevivente, a fração dominial de habitação/moradia sobre o imóvel utilizado para residência, no momento da morte.

A disciplina normativa do direito real de habitação modificou-se com relação ao tratamento jurídico da anterior codificação, o que acaba trazendo divergências doutrinárias e jurisprudenciais no momento da aplicação do instituto. Há dúvidas sobre os requisitos essenciais, sobre a modalidade de tutela, exigindo-se ou não que o objeto seja único residencial. Não há consenso sobre a possibilidade ou não de existência do direito quando o cônjuge ou companheiro sobrevivente já tem imóvel em seu nome.

Em regra, a doutrina e a jurisprudência costumam enfrentar o tema sob o viés do direito sucessório, mas o que se pretende neste estudo é analisar sob a perspectiva exigida pelo direito contemporâneo, a saber, apresentar uma leitura, a parir do direito das coisas, da constitucionalização e repersonalização do direito civil e a partir da incidência normativa constitucional dos direitos fundamentais, também nas relações privadas.

Este procedimento implica na necessidade de ponderação normativa e axiológica, utilizando-se as duas densidades vinculantes: regras e princípios, a fim de encontrar a solução mais adequada ao *telos* constitucional.

2.- CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Historicamente, verifica-se que este direito não fora concedido na origem da Codificação de 1916, tendo sido acrescentado pelo Estatuto da Mulher Casada,[2] no ano de 1.962, ou seja, somente 40 (quarenta) anos após a promulgação da Codificação.

O Estatuto acrescentou o parágrafo segundo ao dispositivo, que estendia ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens, enquanto vivesse, sem prejuízo de participação na herança, o direito real de habitação. Ressalte-se que este somente seria deferido com relação ao imóvel destinado à residência da família, se aquele fosse o único bem daquela natureza a inventariar e duraria somente enquanto permanecesse o estado de viuvez.[3]

---

[2] Lei 4.121 de 27.8.1962.

[3] Art. 1.611. Á falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977).

§ 1o O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

§ 2o Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente

Originariamente, deveriam ser reunidas 7 (sete) características relevantes para a concessão do direito. Destinado ao cônjuge(1), casado sob o regime de comunhão universal de bens(2), enquanto vivesse (3), e permanecesse viúvo (4), sem prejuízo da quota parte da herança (5), desde de que o imóvel se destinasse à residência para a família (6) e somente se o bem fosse o único daquela natureza a inventariar(7).

A primeira exigência – ser casado legalmente - apresenta completa coerência com a concepção essencialmente matrimonializada concedida pelo Direito de família à época,[4] pois todas as demais formas de grupamentos sociais foram consideradas fatos sociais alheios ao Direito[5] – tratadas nominalmente por concubinato.

A concessão do direito real de habitação aos cônjuges sobreviventes casados sobre o regime da comunhão universal de bens procurou atingir a maioria dos casamentos, pois este regime era o regime supletivo à época, tendo sido alterado somente em 1977, com a Lei do Divórcio.

O Estatuto da Mulher Casada trouxe alterações significativas para o universo feminino, pois retira a necessidade de autorização marital para exercício de profissão, reconhece a colaboração feminina na sociedade conjugal, podendo requisitar a guarda dos filhos em caso de separação. Longe de apresentar-se com características de igualdade, apenas concedeu alguns direitos às mulheres.

Neste contexto, a alteração legislativa que concede o direito real de habitação nasce originariamente, destinada às mulheres. Embora isso não seja declarado na legislação, é fato

---

ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).
§ 3o Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2o ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.050, de 14.11.2000).

[4] O artigo 163 da Constituição Federal de 1964 exemplifica a unicidade do reconhecimento jurídico familiar: "Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado." E, assim, sob a vigência do Código Civil de 1916, reconheceu-se como única forma familiar juridicamente considerada a família matrimonializada, heterossexual, monogâmica, patriarcal, e com objetivo precípuo de procriação. (CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**, p. 59-68, também FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**, p. 51-68 e LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**, p. 1-16). que assim dispunha sobre família.

[5] "O casamento, regulamentação social do instinto de reprodução, varia, como todas as instituições sociais, com os povos e com os tempos. Mas é preciso distinguirem-se a união legal (casamento no sentido jurídico) e a forma atual, sociológica, da regulamentação do instinto de perpetuação da espécie, da férrea necessitas. Socialmente, a união tolerada não é apenas a união legalizada. As estatísticas são eloqüentes quanto a esse ponto. O casamento não partiu de forma única; nem tende, tão pouco, a isso. A família pode originar-se de quaisquer uniões sexuais, mas nem sempre as pessoas oriundas de relações não legais constituirão família, na acepção jurídica, isto é, grupo de parentes entre os quais existam relações de direito. Juridicamente, isto é, sob o ponto de vista legal, técnico, o casamento é a proteção, pelo direito das uniões efetuadas conforme certas normas e formalidades fixadas nos Códigos Civis. Nesse sentido – como a fonte mais importante da família legal – é que o matrimônio deve ser tratado pelos juristas técnicos; e cabe aos sociólogos o estudo das uniões atuais e suas várias formas, como ao jurista-filósofo a comparação do fato natural ou social com o fato jurídico do casamento." (MIRANDA, Pontes . **Tratado de Direito Privado**, p.199)

que a exigência da permanência do direito somente enquanto durasse o estado de viuvez coaduna-se com uma certa noção de "se casou novamente, já tem outro responsável por si, e por isso, não necessita ser preservado tal direito."

Não se olvide que a lógica de submissão feminina ao masculino provinha de uma tradicional concepção social:

> Do ponto de vista do objeto, a aquisição de acordo com esse princípio apresenta três tipos: um homem adquire uma mulher; um casal adquire filhos e uma família adquire criados. Tudo o que é adquirido desta maneira é também inalienável e o direito dos possuidores desses objetos é o mais pessoal dos direitos.[6]

Assim, ao estender o direito somente enquanto durasse o estado de viuvez, procurava assegurar que o novo núcleo familiar não faria uso do bem destinado ao antigo casamento. Ou seja, se a família legítima originária cedesse espaço a uma nova, perder-se-ia o direito real de habitação. De fato, se uma mulher entrasse no "campo dominial" de outro homem, perderia do direito real de residir no imóvel.[7]

Ressalte-se que o direito real de habitação foi concedido de forma independente ao direito sucessório e que, deveria ser destinado à residência familiar. Assim, verifica-se que em termos de faculdades dominiais, tem-se um uso restrito à residência/habitação. Desta forma, não seria permitido ceder gratuita ou onerosamente a terceiros, ou mesmo retirar proveitos ou frutos.

Por fim, a última característica significativa da origem deste direito era "ser o único daquela natureza a inventariar." Com relação ao apontamento da natureza do bem, pode-se identificar duas possibilidades. A primeira que considera a natureza imobiliária do bem e a segunda que considera a natureza residencial.

A nós parece que a legislação exigia ser o único bem imóvel a inventariar e que este fosse destinado à residência do casal. Assim, se eventualmente, fosse o único bem imóvel a inventariar, ou os cônjuges, no momento da morte, residissem mediante contrato de locação em imóvel pertencente a terceiro, não haveria falar em direito real de habitação.

Essa realidade permaneceu a mesma até a viragem metodológica promovida pela Constituição Federal de 1988, com a admissão de outras formas familiares, além da família

---

[6] KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**, p.121.

[7] É fato que a Codificação não fez referência ao gênero feminino ou masculino para a concessão deste direito, mas, tendo se originado no Estatuto da Mulher Casada, que teve flagrante intenção de proteção feminina – ainda que tímida – bem como ao analisar o que de fato foi levado aos tribunais na época, constata-se que, efetivamente, na maioria das vezes, teve por destinatário a mulher.

matrimonializada. [8] Todavia, a realidade de tutela do direito real de habitação permaneceu sendo a mesma – ou seja – embasada no art. 1.611 do CC.[9]

Paulatinamente, a ordem jurídica tratou de regulamentar as novas modalidades familiares, tendo expedido duas leis para tratar da União Estável (Lei n. 8.971/94 e 9.287/96) Nesta última, concedeu também aos companheiros o direito real de habitação através do artigo 7º, parágrafo único:

> Art. 7° (...) Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Verifica-se que, além de ter estendido aos companheiros o direito, também deixou de exigir que fosse o único bem desta natureza a inventariar.

Assim, para os cônjuges, a tutela do direito real de habitação passou a ser realizada pelo artigo 1.611 do Código Civil de 1916 e para os companheiros, na forma do art. 7º, parágrafo único da Lei 9.287/96.

A "nova" legislação civil entrou em vigor em 2003 e não conferiu tal direito aos companheiros. E, considerando que teve por objetivo tratar da União Estável exclusivamente, derrogando disposições em contrário, implicaria em deixar de conceder aos companheiros tal direito. Todavia, suprimir tal direito importaria em evidente retrocesso em matéria de proteção.

Este retrocesso foi identificado ainda na fase de projeto da codificação e fora alvo de severas críticas, antes mesmo da promulgação da lei, como foi apontado por Luiz Edson Fachin e Carlos Pianoviski em parecer sobre o projeto de código:

> A união estável é, pois, família, que, como tal, não constitui, necessariamente, a entidade meio para o casamento, per se, não raro uma opção dos conviventes. Essa opção, todavia, por força do art. 226, § 8º, da Constituição Federal – em que se atribui ao Estado o dever de assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram – não pode implicar a ausência de direitos por parte dos conviventes – mesmo porque, muitas vezes constitui a única alternativa para a constituição da família, especialmente, entre as camadas menos favorecidas da sociedade. Assim, os direitos constantes da regulamentação oferecida pelo estatuto dos conviventes decorrem de determinação constitucional, não sendo possível sua pura e simples supressão. Entre os direitos previstos na Lei 9.278/96, está o direito real de habitação, na hipótese de falecimento de um dos conviventes. Este direito, conforme Rainer Czaikovski, 'surge porque a família existiu, e o imóvel foi utilizado como seu abrigo' (União livre. Curitiba: Juruá, 1999, p. 175).Trata-se, pois, de mecanismo de proteção aos

---

[8] Sobre a mudança de paradigma nas relações familiares, vide BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **O pluralismo no Direito de Família brasileiro**: realidade social e reinvenção da família, p. 255-278.

[9] São exemplos desta realidade as decisões do Superior Tribunal de Justina nos seguintes processos Resp 74729/SP, Resp 107273/PR, Resp 234276/RJ e Resp 282716/SP.

> membros da família, atendendo aos disposto no art. 226, §8º , da Constituição Federal. Sua supressão constituiria ofensa à ordem constitucional. Ocorre que o Projeto de Código Civil não prevê esse direito ao companheiro sobrevivente.(...) Tal supressão se mostra, todavia, mais grave, quando se percebe que, na entidade familiar matrimonializada, está previsto o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente, conforme se depreende do art. 1.831.[10]

Mesmo com as críticas, o texto publicado não contemplou tal direito, acarretando divisão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. De fato, a doutrina e a jurisprudência pareceram dividir-se em dois grupos bem distintos. De um lado, defensores da possibilidade jurídica de direito real ao companheiro sobrevivente, seja pela aplicabilidade do art. art. 7º, parágrafo único da Lei 9.287/96, mesmo após o Código, ou pela aplicação do dispositivo de n. 1.831 do CC, por analogia[11], de outro, não faltaram vozes a indicar a supressão deste direito pela "nova" codificação. Este último foi o entendimento exarado pelo Desembargador Vito Guglielmi, da 6ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento 990.10.415627-0,

> (...) meu voto, permissa vênia (*sic)* da douta maioria, dava provimento ao presente recurso de agravo de instrumento, também para afastar o reconhecimento do direito real de habitação à companheira. Isso porque, como tive oportunidade de anotar no julgamento do agravo de instrumento nº 530.197-4/2-00 da Comarca de Piracicaba, o direito real de habitação se defere, nos termos do artigo 1831 do Código Civil, apenas ao cônjuge sobrevivente e não ao companheiro. Registre-se que, se o quisesse, teria o legislador do Código Civil de 2002, ao regular inteiramente a matéria relativa à união estável, ab-rogando a Lei nº 9.278/96, previsto tal direito ao companheiro, como o fez em relação ao restante da disciplina sucessória. Havendo silenciado, forçoso afastar-se a possibilidade de se estender objetivamente tal direito. Lembre-se, na esteira do que tive a oportunidade de anotar no julgamento da Apelação Cível nº 229.662.4/5-00 da Comarca de Araçatuba, que com o advento do novo código civil, o companheiro passou a ser considerado sucessor do outro, prevalecendo a regra do artigo 1790 desse diploma, ao revés do singelo direito real de habitação da Lei 9.278/96. Mais. Nem se diga que a equiparação da união estável ao casamento prevista como objetivo programático no caput do artigo 6º da Constituição Federal implique na aplicação direta das normas próprias de um dos institutos ao outro, medida que não apenas os tornaria indistinguíveis,

---

[10] FACHIN, Luiz Edson e RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, p. 251.

[11] Vide decisão do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0702.07.400961-5/001, do TJMG, cuja relatoria é da Desembargadora Maria Elsa, em decisão unânime, onde aponta: "COMPANHEIRISMO. EXTENSÃO. O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do CC 1.831, informado pelo art. 6º caput da CF/88".Destarte, confirmo a concessão da medida de antecipação de tutela, tendo, a agravante o direito de continuar no imóvel para fins de moradia até que se julgue o mérito do pedido de reconhecimento de união estável. (Publicado em 21.01.2009, disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BEE1FBA28943F165590C338A30E76F96.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.07.400961-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar, acesso em 15.08.13, às 11h13min).

> como contrariaria o próprio alcance das disposições que regulam a matéria. Ao recurso, portanto, se acolhe, também para afastar o reconhecimento do direito real de habitação à companheira. (*sic)*[12]

Todavia, para além de questões sobre aplicabilidade ou não deste direito à união estável, existem outras situações que decorrem do próprio direito de habitação. Dentre elas está o tratamento jurídico que os direitos reais limitados tem enquanto instrumentalizadores de domínio restrito ou limitado, a aplicabilidade às situações jurídicas anteriores à codificação de 2002, e a necessária relativização frente à situações tratadas com preponderância axiológica pela Constituição Federal (CF).

3.- DA AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL E DA TUTELA VIA DIREITO REAL

A viragem paradigmática promovida pela Constituição Federal, com seus valores, bem como a necessidade de questionamento sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, acabam por exigir que sejam delineados os contornos dos institutos civis tradicionais.

O direito real de habitação legalmente estabelecido também merece reflexão frente aos valores constitucionais. Além disso, por pertencer à classe dos direitos reais limitados – ou direito real sobre coisa alheia, encontra no desdobramento dominial e na relação com o titular do direito proprietário seu nó górdio.

Outra questão significativa refere-se ao questionamento acerca dos limites gerados pelo direito intertemporal com aplicabilidade do Código de 1916, Lei 9.287/96 ou Código de 2002 às várias situações fáticas merecem questionamento.

A reflexão deste texto parte da premissa do reconhecimento da vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, característica que, embora com um espectro amplo e matizes, vem sendo reconhecida pela doutrina contemporânea.[13] Muitos autores referem-se à existência de um Direito Civil-constitucional. E, Anderson Schreiber reconhece como fundamentos deste "direito" a natureza normativa da constituição, a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico, a interpretação com fins aplicativos, a despatrimonialização e a necessidade de funcionalização dos institutos. [14]

---

[12] Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4874002&vlCaptcha=eaEQE, acesso em 15.08.13, às 11h02min.

[13] Veja-se, como exemplo, as obras SARLET, Ingo (org) **Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do Direito – Os Direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008; CANARIS, Claus-Wilheim. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Coimbra: Almedina, 2003, dentre outros.

[14] SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**, p. 5-24.

Portanto, para além da discussão sobre a eficácia mediata ou indireta, ou da eficácia imediata ou direta, prefere-se utilizar a construção de Melina Fachin e Umberto Paulini, que constroem a noção de modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, através da eficácia da constituição, da mediação do legislador, da mediada pelo magistrado, perante os poderes privados e o espaço de liberdade dos indivíduos.[15] Ou seja, há necessidade da vinculação jurídica dos particulares aos direitos fundamentais constitucionais.

Em se tratando de direito real de habitação, também se reconhece a necessidade de densificação do direito à partir da ótica constitucional. Tem-se que este direito encontra estreita vinculação com a cláusula geral de proteção da família disciplinada no art. 226 CF.

Uma segunda característica, que em certa medida decorre da primeira, é o reconhecimento jurídico da pluralidade de formação familiar. Em maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal esclareceu uma das importantes questões referentes ao Direito de Família pátrio. Ao reconhecer a possibilidade jurídica da União Homoafetiva, dirimiu uma das maiores controvérsias doutrinárias acerca da formação familiar, a possibilidade da pluralidade de formas, destacada no art. 226 CF, a partir de sua lista exemplificativa. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que reconheceu a possibilidade de tratamento igualitário entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas, admitindo outras formas familiares que não somente aquelas previstas no rol do artigo 226 CF.[16] No julgamento, foram destacados os princípios da dignidade da pessoa humana,[17] da liberdade, da igualdade e o livre desenvolvimento da personalidade.

Esta decisão abre espaço para a tutela de outras formas familiares que não apenas as que estejam listadas no artigo 226 CF. No tema específico surgem questionamentos, se, em nome do princípio da igualdade, o direito real de habitação deveria, ou não ser deferido, também aos outros moldes familiares.

---

[15] FACHIN, Melina e PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil**, p. 195-229.

[16] Embora muitos autores fizessem referência à exemplificatividade deste rol, a exemplo de Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino e Maria Cláudia Crespo Brauner, o pensamento codificador de 2002 andou em sentido contrário, afirmando a existência de uma hierarquia entre as formas lá indicadas e ainda, a taxatividade do art. 226 CF. Sobre isso, leia-se o posicionamento de Miguel Reale nos textos Cônjuges e Companheiros (Disponível em http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm, 27.03.2004, acesso em 09.09.2013, às 6h42min) e O Direito de Família no Projeto de Código Civil à frente da Constituição de 1988. (Disponível em http://jus.com.br/artigos/511/o-direito-de-familia-no-projeto-de-codigo-civil, março 2000, acesso em 09.09.2013, às 6h45min)

[17] Leia-se, por oportuno, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, especialmente, o capítulo "A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema constitucional", p. 194 – 216.

O Brasil constitui-se em um Estado Socioambiental e Democrático de Direito.[18] Nesta perspectiva, todos os demais direitos fundamentais necessitam estar conectados com a exigência constitucional que deve conduzir o *telos* normativo de todo tecido do Ordenamento Jurídico. Em termos de direito real de habitação, cumpre destacar, além dos princípios já citados, proteção constitucional à propriedade privada (art. 5º, XXII CF) que deve atender a sua função social (art. 5º, XXXIII CF)

Esta exigência de funcionalização abarca a integralidade dos direitos reais, pois construídos a partir da densidade dominial complexa, que abrange o direito de uso, gozo e disposição dos bens. Segundo Pietro Barcelona, a singularidade e diversidade do proprietário e do princípio do regime de utilização de determinados bens pode, portanto, ser explicada dentro do sistema, devido ao papel específico desempenhado pelo imóvel.[19]

A criação legal do Instituto jurídico do direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente teve por objetivo proteger moradia da família. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo particular, que como outros direitos reais de gozo ou fruição, deve conviver com o direito de propriedade.

Cumpre salientar que o direito à moradia foi inserido no rol normativo constitucional, na categoria dos direitos fundamentais sociais em 2000, através da Emenda Constitucional 26. Todavia, no plano internacional, já fora reconhecida como direito humano desde a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948.[20]

Na pirâmide de necessidades humanas essenciais, a necessidade de moradia vem logo em seguida das necessidades fisiológicas, sendo bem jurídico essencial para a natureza humana.[21] Em igual sentido, em investigação sobre bem estar, sempre é possível encontrar indicativos sobre a necessidade humana de moradia.[22] Em 2010 o Tribunal Constitucional Alemão fixou alguns parâmetros acerca do que pode ser considerado mínimo existencial para

---

[18] Sobre o tema, vide SARLET, Ingo. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[19] "Unicità del principio proprietario e diversità del re-gime d'uso di certi beni possono dunque spiegarsi all'interno del sistema in considerazione dello specifico ruólo svolto dalla proprietá immobiliare." BARCELLONA, Pietro. ***Diritto privato e sicietà moderna.*** Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 279.

[20] Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

[21] MASLOW, Abraham. ***The Farther Reaches of Human Nature***. NY: Viking, 1971.

[22] NUSBAUM, Martha e SEM, Amatya. (comps.) ***La calidad de vida.*** México: FCE, 1996.

uma vida humana e incluiu o direito à moradia adequada com suas necessidades, tais como energia elétrica e gás como tal. [23]

Embora criado como direito subjetivo para proteção da residência da família, que à época era tratada como instituição, inegável reconhecer, na contemporaneidade, a estreita vinculação da proteção humana, através de um dos bens que lhe é fundamental, que é a moradia. Por reconhecimento valorativo do sistema,[24] o direito real de habitação acaba por caracterizar-se como uma proteção familiar e individual, destinada ao(a) parceiro(a) sobrevivente, a fim de que os proprietários do bem, não lhes deixem sem ter onde residir.

Sabe-se que o direito de propriedade tem tanta proteção jurídica quanto o direito real de habitação. Não há falar em hierarquia entre eles. Se isso é verdade, então, por que se tolera a intervenção estatal, através da lei que determina restrição de um direito em benefício de outro?

Na realidade, há duas esferas individuais protegidas, uma correspondente ao direito de propriedade e outra ao direito real de habitação. Em alguma medida a tutela específica de uma delas, implica, necessariamente, em restrição da outra. Assim, se há proteção da esfera titular de habitação, automaticamente, ficam restritas as parcelas referentes à titularidade proprietária. Isso ocorre com a integralidade dos direitos reais limitados.

O direito real de habitação, como o próprio nome já identifica, pertence ao ramo dos direitos reais. Decorrente da disciplina normativa, - especificamente de um artigo situado na parte destinada ao direito sucessório - encontra seu termo inicial com o falecimento de cônjuge ou companheiro, deixando parceiro sobrevivente que reside no imóvel do casal.

Pode-se identificar em um único instituto jurídico a necessidade de enfrentamento de sua natureza real, de sua origem na proteção familiar, de seu termo inicial, morte e de seu fundamento no direito à moradia. Isso sem referir às várias nuances e matizes que decorrem dos distintos direitos fundamentais envolvido.

Embora se pudesse enfrentar o tema sob a ótica do direito sucessório, ou do direito de família, como habitualmente é realizado pela doutrina pátria, opta-se por trabalhar mais especificamente com sua natureza de direito real. A necessidade desta reflexão origina-se da

---

[23] BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010, Absatz-Nr. (1- 220), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109en.html, Frei für den nicht gewerblichen Gebrauch. Kommerzielle Nutzung nur mit Zustimmung des Gerichts. "1.The fundamental right to the guarantee of a subsistence minimum that is in line with human dignity from Article 1.1 of the Basic Law (Grundgesetz – GG) in conjunction with the principle of the social welfare state contained in Article 20.1 of the Basic Law ensures to each person in need of assistance the material prerequisites which are indispensable for his or her physical existence and for a minimum of participation in social, cultural and political life." Disponível em http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109en.html, acesso em 11.09.13, às 8h59min.

[24] CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**, p. 35-46.

dificuldade que o direito das famílias e das sucessões apresentam, sozinhos, em trabalhar com as matizes significativas de tutela.[25]

Em tutela de direitos reais, sendo o domínio uno e composto de frações dominiais, que - para além das demais existentes - podem ser resumidas em *ius utendi, fruendi e disponendi (ou abutenti).* E mais, sendo o proprietário (titular da propriedade) aquele que recebe do ordenamento as parcelas integrais (regra do artigo 1.228 Código Civil). E ainda, sendo o direito real de habitação o direito que tem o titular de usar o bem, com destinação específica para moradia. Tem-se que o seu titular recebe da lei, pelo princípio da elasticidade dos direitos reais, a parcela do *ius fruendi,* limitada pela destinação. Pode usar o bem, desde que o faça para moradia, sem tirar frutos ou proveitos econômicos, sendo vedados, para ele, os atos de alienação. [26]

A titularidade proprietária singular de domínio consolidado assegura ao seu titular as parcelas de uso, gozo e fruição do bem, de acordo com a função socioambiental. Caracteriza a parcela de disposição a possibilidade de alienação do bem, bem como gravar de ônus reais. Pertence á faculdade de fruição a extração dos frutos civis e produtos do bem, podendo extrair proveito econômico da coisa. Com relação à parcela de uso, importa em beneficiar-se imediatamente do bem, podendo fazer uso somente dos frutos naturais, extraindo do bem o fim ao qual se destina.

Ao referir-se ao direito de habitação, a doutrina é farta ao afirmar que se constitui em direito personalíssimo, ou seja, assegura ao titular a possibilidade de uso restrito, servindo, exclusivamente, para moradia sua ou de sua família. Neste caso não é permitida a cessão gratuita ou onerosa a terceiros, tampouco se pode ultrapassar esta destinação dominial vinculada somente à habitação. É vedada a fruição e a disposição do bem.

Por ser direito real limitado, incidindo sobre bem de titularidade proprietária distinta do habitador, deve com ele compartilhar o domínio – através do princípio da elasticidade -, salvo se a fração concedida pela natureza do bem for impeditiva do exercício do titular.

---

[25] Desde a constatação da superação do paradigma cartesiano da disciplinarização, é necessário utilizar instrumentais dacomplexidade para enfrentamentos das questões. Sobre o tema, vide MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

[26] Esta definição não se refere somente ao sistema jurídico brasileiro. Na Argentina, segundo GATTI e ALTERINI "Si (el derecho de uso) se refiere a una casa, y a La utilidad de morar en ella, se llama en este Código, derecho de habitación; con estos términos la segunda parte del artículo 2948 del Código Civil define el derecho real de habitación. La habitación es el derecho a la utilidad de morar en una 'casa' (uso sin alteración de la substancia), limitada a las necesidades del habitador y de su familia. El objeto de la habitación lo constituye una 'casa', u objetos análogos (piso, departamento, etc)" (***El derecho real – elementos para una teoría general*.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p.98-99.)

Habitualmente, toda a restrição dominial imposta pelos direitos limitados, implica em limitação do domínio do titular proprietário. É assim no usufruto e na concessão real de uso, em quaisquer das suas modalidades. Assim, sobre o bem incidem duas titularidades simultâneas, uma vinculada à propriedade e outra ao direito limitado a que se atribui.

Como exemplo, toma-se o usufruto. Habitualmente concedido por ato de vontade, restringe parcela dominial do titular proprietário, concedendo ao titular do usufruto a fruição e a utilização do bem. Permanece o titular proprietário – agora nominado de nu-proprietário com a faculdade de disposição.

Embora o proprietário de em que haja instituído usufruto de outrem permaneça com a parcela dominial de disposição, esta fica restrita e condicionada a ser exercida em conformidade com o usufruto instituído.

> De fato, razão assiste aos recorrentes quando afirmam possuir usufruto do imóvel em questão. Entretanto, conforme se denota da leitura da matrícula do bem, houve, tão-somente, a penhora sobre a nua-propriedade do executado, quer dizer, a constrição não recaiu sobre a parte a que têm direito os embargantes. Desse modo, passível de penhora, alienação ou adjudicação o imóvel, objeto dos presentes embargos, resguardado o direito dos usufrutuários. Saliente-se que os usufrutuários não detêm a propriedade do bem, mas, apenas, o direito de uso e gozo, verdadeiro direito real sobre coisa alheia.
>
> Logo, o que se denota é ausência de propriedade do bem pelos usufrutuários, de forma que não seria lógico conceder-lhes a o direito de opor restrição sobre o direito de crédito sobre a propriedade. [27]

Um segundo exemplo que pode ser trabalhado é o direito real de uso, também se caracteriza por instituir-se sobre bem alheio, configurado apenas na faculdade de utilização, sem possibilidade de fruição. Aliás, o que caracteriza causa de extinção do instituto, conforme se verifica na decisão que segue, que, em que pese trate de contrato administrativo, utiliza a definição de uso do instituto real.

> EMENTA: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. LOCAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIRO. INFRAÇÃO CONTRATUAL. CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DO NEGÓCIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE TÍTULO PARA OCUPAÇÃO. OFENSA POSSESSÓRIA CARACTERIZADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. Estando demonstrada a locação do imóvel objeto de contrato de concessão de direito real de uso, a evidenciar a infração contratual verificada, que ocasionou o cancelamento administrativo do negócio jurídico entabulado, resta nítido o esbulho perpetrado pela ré, que está a ocupar o bem sem que

[27] Este fragmento pertence ao voto de Umberto Guaspari Sudbrack, relator do processo a seguir ementado: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL GRAVADO COM USUFRUTO. PENHORA. A penhora realizada no imóvel, objeto deste feito, recaiu sobre a nua-propriedade do executado e não sobre os direitos de usufruto dos embargantes. Desse modo, passível de penhora, alienação ou adjudicação o imóvel, resguardado o direito de uso e gozo dos usufrutuários. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70051147296, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 11/04/2013).

> possua título que a tanto lhe autorize. (Apelação Cível Nº 70010640209, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 16/02/2005).

Assim, a primeira característica especial a ser aprofundada no que tange ao direito real de habitação do cônjuge ou companheiro sobrevivente diz respeito às titularidades. O direito real de habitação, o sopesamento da situação de necessidade de maior proteção já foi realizado pela lei. Ou seja, na disputa entre o direito proprietário e o do habitante, a propriedade cede espaço à habitação, por entender a ordem jurídica que a finalidade de proteção do lar e da moradia que até então foi daquela família, tem maior valor do que a dos proprietários, que, eventualmente, receberiam o bem por herança.

Todavia, esta prioridade - tal qual todo e qualquer direito - não é e nem pode ser absoluta. Na medida em que desapareça a necessidade de proteção, a situação fática deve ser novamente sopesada, a fim de que o *telos* normativo e axiológico constitucional seja preservado.

Em outras palavras, a restrição imposta pelo direito real de habitação ao direito de propriedade somente se justifica se houver motivo significativo para a proteção e quando este motivo não encontre igual densidade de necessidade protetiva do outro lado. Portanto, somente *prima facie*, se pode afirmar a primazia do direito real de habitação, será necessária uma avaliação tópica capaz de conduzir ao resultado mais adequado em termos de coerência axiológica constitucional.

No sopesamento valorativo, não se pode afirmar que em todas as vezes o direito real de habitação será vitorioso frente ao direito de propriedade. Para aprofundar esta questão, será necessário enfrentar algumas considerações acerca da titularidade, do objeto e da natureza jurídica do diretito real de habitação.

4.- DA TUTELA LEGISLATIVA E DELINEAMENTO DO OBJETO SISTEMATICAMENTE

A legislação atual encontra três fundamentos para a concessão do direito real de habitação:

> I. Para as sucessões abertas, em regime de conjugalidade, sob a égide do antigo Código Civil: Art.1.611 § 2º CC1916 Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962);
>
> II. Para sucessões abertas em Uniões Estáveis nos períodos entre 13.05.1996 e 11.01.2003: Art. 7°, parágrafo único da Lei

9.278/96:Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

III. Para as sucessões abertas, em regime de conjugalidade, sob a égide do Código Civil de 2002: Art. 1.831. CC2002: Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar**.**

Em resumo, o seguinte quadro pode caracterizar da melhor forma a tutela jurídica atual do instituto.

Quadro do panorama legislativo atual do direito real de habitação.

	Casamento – Código de 1916	Casamento Código 2002	União Estável – Lei 9.278/96
Critério referente ao regime de bens	**Somente Comunhão Universal**	Todos os regimes	Todos os regimes
Cumulatividade com o direito hereditário	Cumulável com a herança	Cumulável com a herança	**Silencia**
Ser único bem a inventariar	Necessário ser único bem desta natureza a inventariar	Necessário ser único bem desta natureza a inventariar	**Silencia**
Termo final Constituição de nova família	Termo final Constituição de nova família	**Silencia**	Termo final Constituição de nova família
Termo final Morte do titular	Termo final Morte do titular	Termo final Morte do titular	Termo final Morte do titular

(Grifo de destaque para trabalho no texto.)

Da tutela legislativa atual surgem os seguintes pontos a serem discutidos: a titularidade, o objeto e a natureza jurídica e o espectro de proteção do direito real de habitação.

4.1.- Da titularidade do direito : cônjuge ou companheiro

O primeiro problema a ser tratado refere-se ao tratamento desigual, no que tange à exigência do regime de bens para abertura da sucessão realizada sob a égide do Código de 1916, criando uma desigualdade que beneficia o companheiro em qualquer regime de bens, mas restringe o cônjuge somente ao regime da comunhão universal.

Com relação a isso já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Resp 821660, em 14.06.2011, ao afirmar que

> Uma interpretação que melhor ampara os valores espelhados na Constituição Federal é aquela segundo a qual o artigo 7º da Lei n. 9.278/96 teria derrogado, a partir de sua entrada em vigor, o § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a neutralizar o posicionamento restritivo contido na expressão 'casados sob o regime da comunhão universal de bens'.
> Em outras palavras é de se admitir que a Constituição Federal (art. 226, §3º) ao exortar o legislador a criar de uma moldura normativa pautada pela

> isonomia entre a união estável e o casamento, exortou também o intérprete da norma e o juiz a concluírem pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito de habitação.[28]

Considerando que o tratamento igualitário entre as formas familiares é valor pertencente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, consoante já manifestado no item inicial.

A legislação pátria identifica como possíveis titulares do direito real de habitação o cônjuge ou companheiro que residia no bem objeto do direito.

À primeira vista, não haveria qualquer dificuldade com a definição de cônjuge ou companheiro, pois se considera cônjuge aquele passou pelas formalidades especiais do casamento.[29] Já com relação ao companheiro, faz referência aos que vivem em União Estável.[30] Uma família formada a partir de instituto jurídico próprio e outra fática com reconhecimento jurídico. ´

Ocorre que a legislação de 1916 concedia tutela deste direito somente ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens. Somente em 2003, com a codificação atual é que o legislador retirou a exigência de regime de bens na concessão do direito subjetivo.

Em 1996, a segunda lei que disciplinou a união estável não exigiu qualquer regime de bens para a obtenção do direito. Ou seja, diferente do cônjuge, que naquele ano necessitaria ser casado sob o regime da comunhão universal de bens para fazer uso do direito real de habitação, o companheiro teria o direito, independente do regime escolhido.

Esta situação acabou gerando desigualdade de tratamento entre a união estável e o casamento, de forma a conceder mais direitos à situação fática com tutela jurídica, do que aquela em que se exigem formalidades.

Esta desigualdade foi superada pelo Superior Tribunal de Justiça em 14.06.2011, ao julgar caso em que um casal – casado sob o regime da separação de bens – em 28.06.89, tendo o varão falecido em 18.06.1999.

A legislação aplicável ao caso concreto seria o Código de 1916, já que tanto as núpcias quanto o falecimento se deu sob a vigência deste. A esta situação jurídica não se poderia aplicar retroativamente os efeitos do art. 1.831 da Nova Codificação. Portanto, pela

---

[28] Resp 821660/DF, Julgado em 14.06.2011, relator Ministro Sidnei Beneti.

[29] Art. 1.525 CC e seguintes do Código Civil, também com relação ao casamento homoafetivo recentemente reconhecido pelo CNJ através de sua Resolução 175 de 14.05.2013.

[30] Art. 1273 CC, inclusive com a interpretação inclusiva da família homoafetiva, originada na decisão da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF.

literalidade da lei, não seria possível deferir o direito real de habitação à cônjuge casada sob o regime da separação de bens.

O que o Superior Tribunal de Justiça fez foi reconhecer a derrogação parcial do parágrafo segundo do art. 1.611 do CC1916 pelos motivos que seguem.

Em primeiro lugar, considerou que a lei n. 9.278/96 havia concedido o direito ao companheiro, independente do regime de bens e que a Constituição Federal, através do parágrafo segundo do art. 226, incumbiu o legislador de criar uma "moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento", de modo a "equiparar a situação jurídica do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi reconhecido pelo Código Civil de 2002." (Resp 81166/DF)

Em seu voto, o relator Sidnei Beneti afirmar que

> A restrição contida no Código antigo era alvo de severas críticas, sobretudo a partir de 1977, quando o regime legal de bens no casamento deixou de ser o da comunhão universal para ser o da comunhão parcial, por criar situações de injustiça social. (...) Possivelmente, em razão dessas críticas, o legislador de 2002 houve por bem abandonar a posição mais restritiva, conferindo o direito real de habitação ao cônjuge supérstite casado sob qualquer regime de bens (art. 1831). Antes do Código Civil de 2002, porém, a Lei n. 9.278/96, já havia conferido direito equivalente ás pessoas ligadas pela união estável. [31]

Assim, verifica-se que tanto cônjuge quanto companheiro recebem da ordem jurídica o direito real de habitação, desde que reúnam as demais características do instituto.

Todavia, não são somente as famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável as tuteladas pelo direito. O legislador do Código Civil de 2002 entendeu por bem ressuscitar a família concubinária, que estava afastada da ordem jurídica desde a Constituição de 1988, com o advento da União Estável.

Entendeu o legislador que as relações entre homem e mulher com impedimentos para o matrimônio constituem-se em concubinato.[32] Logo, se um dos companheiros tiver

---

[31] Trecho do voto do Ministro na decisão do Resp 81166/DF.

[32] Art. 1.727.CC: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato." A exemplo da decisão que segue: "Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS Á CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO CASADO. IMPEDIMENTO PARA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. O reconhecimento da união estável depende de prova plena e convincente de que o relacionamento se assemelha, em tudo e perante todos, ao casamento. A existência de relação amorosa entre as partes, sem os requisitos exigidos pela lei, não se caracteriza como união estável. Ausência de prova da coabitação, continuidade, publicidade e objetivo de constituir família, ônus que incumbia à autora. Ademais, o fato de um dos companheiros estar casado, não tendo sido comprovada a separação de fato, constitui impedimento para o reconhecimento da união estável, cujo instituto tem natureza monogâmica. No caso dos autos um concubinato, verdadeira sociedade de fato que somente admite o eventual recebimento de verba financeira a título de colaboração com o patrimônio comum dos concubinos. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA

impedimento matrimonial, salvo se já estiver separado de fato, ou judicialmente[33] estará submetido a regime jurídico diverso da união estável. [34] Embora este texto não tenha por objetivo questionar a validade destes dispositivos frente aos valores constitucionais - o que bem poderia ser realizado – importa referir que sim, houve uma retomada do legislador codificador de uma entidade familiar que, em princípio já havia sido extinta com a Carta Magna.

E, em tendo sido admitida na ordem jurídica brasileira tal modelo familiar, resta saber se incide ou não direito real de habitação na hipótese do concubinato?

À primeira vista, dada a literalidade expressa nos dispositivos codificadores, seria vedado conceder este direito aos concubinos. Todavia, questiona-se se no caso dos então nominados "concubinos", se um dos dois falecer e tiver filhos, provando-se o esforço comum do falecido – somente para atender à Súmula 380 – não assistiria direito de habitação ao concubino sobre a residência que servia ao casal?

Uma leitura constitucionalmente coerente conduz ao pensamento de que, mesmo que se admitisse a existência da família concubinária, com limitações e entraves e sem os mesmos direitos referentes à união estável[35], ainda sim, na hipótese acima descrita, haveria possibilidade de, por analogia, estender direito real de habitação também ao concubino sobrevivente.

Se o *telos* normativo busca preservar a moradia familiar, entende-se que também o concubino que esteja nesta situação deveria ter deferido o direito em seu favor.

4.2.- Objeto: bem imóvel destinado à residência

A questão do objeto apresenta-se como complementar à titularidade, pois há exigência legal de que o bem tenha natureza imóvel seja destinado à residência da família.

Ocorre que, esta exigência legislativa diz repeito ao imóvel que sirva de residência, não indicando maiores informações sobre a necessidade estar o imóvel destinado à residência no momento da abertura da sucessão.

(Apelação Cível Nº 70046050431, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013)."

[33] Art. 1.723 § 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

[34] Isso se aplica com relação ao regime de bens, por exemplo, pois entre os concubinos não há a presunção do regime da comunhão parcial de bens, no silêncio das partes. Isso leva a concluir que, talvez, para estes, ainda esteja vigente a antiga súmula 380 do STF, que implica na comprovação do esforço comum, a fim de partilhar os bens de uma sociedade de fato.

[35] O que não caracteriza o pensamento deste texto, uma vez que se defende a necessidade protetiva da igual dignidade no seio das famílias.

No Direito Italiano "para este efeito, é necessário ter presente além do fato de uma vida realmente aconteceu em uma casa com as relações jurídicas que legitimam a utilização (antiga propriedade do falecido ou comum)":

> *Il criterio a cui chiaramente si e ispirati il legislatore e stato quello di evitare che gli altri successori nei beni dell'asse si avvalgano della loro posizione di eredi o legatari pe potere estromettere il coniuge sopravvivente dalla casa che era adibita a residenza familiare. Per questa finalita, si deve aver presente piu il fatto di una vita realmente svolta in una casa con i rapporti giuridici che legittimano il godimento (precedente proprieta del de cuius o comune).*[36]

Resta saber se este direito assiste em função da existência de uma vida que se desenvolveu no imóvel, ou se existe uma exigência temporal significativa definida pelo fato de estar sendo o bem usado para moradia no momento da abertura da sucessão. Em 2007 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu em agravo de instrumento não conceder o direito real de habitação a viúva que não residia no imóvel.

> Ementa: Sucessões. Inventário. Direito Real de Habitação. Viúva Meeira. Imóvel Inventariado. Direito personalíssimo, tendo como destinação específica servir de moradia. Hipótese não configurada, imóvel não ocupado como residência pela viúva. Direito de habitação indeferido, decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70020573002/ Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos/ Julgado em 30.08.2007)

No recurso, a viúva afirmou que o bem estava depreciado e desocupado. Por esta razão, estava fora do imóvel. Este foi o fundamento da decisão de indeferimento (*sic)* do direito à habitação.

Ainda, com relação ao objeto do direito real de habitação, cabe referir que o dispositivo legal da nova codificação, exige que, além de servir de residência à família, seja o único desta natureza a inventariar.

Como se sabe, o artigo 1.831 CC disciplina a relação jurídica de conjugalidade. Já com relação à União estável, tem-se duas possibilidades: ou se reconhece que o art. 7º da Lei 9.278/96 ainda é vigente, ou se aplica analogicamente, o dispositivo da codificação atual.

---

[36] Em tradução livre: "O critério no qual claramente se inspira o legislativo e o Estado para evitar que os outros sucessores na propriedade ao fazer uso de sua posição como herdeiros ou legatários, por exemplo, façam uso do poder expulsar o cônjuge sobrevivo da casa que foi usada como residência familiar. Para este efeito, é necessário ter presente, além do fato de uma vida realmente aconteceu em uma casa, às relações jurídicas que legitimam a fruição (antiga propriedade do falecido ou compartilhada)" TRABUCCHI, Alberto. ***Instituzioni di direitto civile***, p. 468.

Ocorre que, os efeitos jurídicos desta aplicação são distintos. Se o entendimento for construído no sentido da aplicação analógica, vige a exigência de ser o bem único de natureza residencial a inventariar. Todavia, se a norma aplicável for a do referido art. 7º, dispensa-se tal exigência. Ou seja, mesmo que haja na mesma circunscrição outro bem a ser inventariado, que também possa ser destinado à residência familiar, ainda sim, sobrexiste o referido direito.

O silêncio normativo relacionado aos companheiros, não pode restringir-lhes direito, salvo, se houver em questão outro direito, com densidade de maior concretização axiológica a ser ponderado.

Em maio de 2013, a Oitava Câmara do TJRS, acaba por conceder direito real de habitação à companheira, mesmo na existência de outros bens de mesma natureza a serem inventariados.

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBRE O IMÓVEL ONDE RESIDIU COM O AUTOR DA HERANÇA. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SEJA O ÚNICO DE NATUREZA RESIDENCIAL A INVENTARIAR. 1. Sendo incontroversa a existência da união estável, o direito real de habitação da companheira sobrevivente sobre o imóvel onde residiu com o autor da herança é de ser reconhecido, pois se trata de uma garantia legal que lhe foi alcançada pelo parágrafo único do art. 7º da Lei n.º 9.278/96. 2. Para que se conceda ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito real de habitação não se exige que o bem seja de propriedade única e exclusiva do autor da herança, também não interessando a data de aquisição de tal bem - que pode ser inclusive anterior ao início do relacionamento. Igualmente, não se exige que seja o único de natureza residencial a inventariar, bastando que o imóvel tenha sido destinado à residência da família. Precedente do STJ (REsp 1.220.838/PR). DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70052278280, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/05/2013).

O julgado do Tribunal Estadual sustenta-se em outro do STJ - Resp 1.220.838/PR - também de relatoria do Ministro Relator Sidnei Beneti, que afirma que o "fato de haver outros bens residenciais no Espólio, ainda não partilhados, não resulta exclusão do direito real de habitação".

No voto o Ministro relator, além de reconhecer o direito ao companheiro, mesmo com a existência de outros bens a inventariar, acaba fazê-lo, também ao cônjuge.

> (...) Do fato de haver outros bens residenciais no Espólio, ainda não partilhados, não resulta exclusão do direito de habitação, quer relativamente ao cônjuge (CC/2002, art. 1831), quer ao convivente em união estável (Lei 9278/96, art. 7º -- que não se revogou pelo novo Cód. Civil).[37]

[37] Trecho do voto do relator Ministro Sidnei Beneti no julgamento do Resp 1.220.838/PR.

Assim, em manifestação incidental para decidir se o companheiro teria ou não direito à habitação, quando houvesse outros bens de mesma natureza a inventariar, acaba por dispensar este requisito também ao cônjuge, contrariando a parte final do dispositivo 1.831 do CC.

Ocorre que, a questão do objeto do direito real de habitação não se encerra em saber se este é o único ou não da mesma natureza a ser partilhado. Pode ocorrer, entretanto, que, embora sendo o único da natureza a ser partilhado, o titular do direito já seja proprietário de outro bem de natureza residencial.

A legislação em nenhum momento disciplina esta circunstância. Esta peculiaridade encontra melhor solução ao trabalhar-se com mais cautela a natureza jurídica do direito em questão.

4.3.-.- Natureza jurídica: direito real sobre coisa alheia

A natureza jurídica do direito real de habitação é, sem dúvidas, a de direito real. Embora para Pontes de Miranda,

> O direito (real) de habitação é servidão pessoal limitada, que recai sobre todo ou parte de imóvel. O proprietário pode, ao constituí-lo, reservar-se o direito de também habitar no prédio, ou em parte dele. Só há gravame de todo o prédio, no primeiro caso; no segundo, só parte real é gravada. O proprietário tem a faculdade de reservar para outra pessoa, ou a futuro proprietário, o direito de também habitar, ou estabelecer que, à sua morte, ou a outro acontecimento, o direito de habitação passe a ser só de parte.) [38]

Parece mais apropriada, dada a complexidade das relações contemporâneas, afirmar sua natureza de direito real sobre coisa alheia. Ou seja, direito real limitado, instituído pela vontade - na modalidade de ato ou negócio jurídico – ou decorrente da lei. Especificamente, o direito real de habitação do cônjuge ou companheiro sobrevivente, decorre da lei.

Ricardo Aronne, partindo da premissa da separação entre propriedade e domínio e, "respectivamente, da autonomia entre os vínculos reais e os regimes de titularidades que os instrumentalizam, decorrentes da nova contextualização axiológica do ordenamento, apreensível pela perspectiva principiológica," (2001, p. 1-2) relaciona os direitos reais com a lógica de funcionalização imposta e exigida da matiz proprietária.

> Essa modificação do sistema, pela positivação da função social, não alcança exclusivamente a propriedade, como também todos os denominados direitos reais, pois todos esses estão, de certo modo, enfeixados pela propriedade enquanto regime de titularidade básico.

[38] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, **Tratado de Direito Privado,** p. 443.

> (...) Os direitos reais são elementos que compõem o domínio, na medida das possibilidades que cada bem comporte. O domínio não se identifica à propriedade (um dos regimes de titularidade capaz de instrumentalizá-lo) e sim ao conjunto de faculdades que o bem concede ao sujeito.(...) Tais direitos, cujo conjunto se denomina domínio, são classicamente divididos em três; *jus utendi*, referente à possibilidade de uso do bem; *jus fruendi*, atinente à possibilidade de fruição do mesmo; *jus disponendi*, relativo à disposição sobre o bem.[39]

Especificamente, com relação ao direito real de habitação, pode-se afirmar que caracteriza a titularidade do habitante, que recebe, pelo princípio da elasticidade, a faculdade real de uso limitado do bem que permanece sobre propriedade (integral ou parcial) de outrem. Afirma-se ser um direito limitado, pois em sua extensão, envolve apenas a utilidade, restrita à moradia sua e de sua família. Não alberga o direito à fruição, tampouco à disposição.

O *telos* normativo tem estreita vinculação com a preservação do direito à moradia, especificamente. Talvez este último seja o efetivo fundamento do direito.

No âmbito internacional, Itália[40], Argentina[41] e Perú[42] também se reconhece este direito, com algumas peculiaridades.

A relação entre o direito real de habitação e o direito à moradia acaba por apresentar a finalidade do direito em questão. Isso significa dizer que a não utilidade do bem para a finalidade destinada ou a existência de outro bem no patrimônio do titular capaz de assegurar a moradia, implica, necessariamente, no impedimento do direito de habitação. Lembre-se que se trata de restrição legislativa na esfera de outro direito fundamental, a propriedade.

---

[39] ARONNE, Ricardo,

[40] "*Anche per Y abitazione (art. 1022 C.c.). che consiste nel solo diritto di abitare direttamente la casa o l'appartamento che ne é oggetto, la legge fissa il limite di godimcnto che viene riconosciuto alia sola persona del titolare e ai membri della sua famiglia. Le norme di disciplina sonó comuni all'uso e, quindi, all'usu-frutto (artt. 1023-1026 C.c*)." (Francesco Caringella, Miriam Giorgio, ***Studi di diritto civile***, Volume 2 – Proprietá e Diritti Reali. Giuffrè Editore, 2007, p. 91)

[41] Em 27 de setembro de 1974, A Lei 20798 incorporou ao Código Civil argentino o artigo 3573 bis: *"Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como limite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con ovación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias*".

[42] No Peru, o artigo que disciplina a matéria é o *"Articulo 731º.- Derecho de habitacion vitalicia del conyuge supérstite: Cuando el conyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legitima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitacion en que existio el hogar conyugal, dicho conyuge podra optar por el derecho de habitacion en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legitima y gananciales."*

Para facilitar a reflexão deste artigo, pode-se tomar, como exemplo, três situações, que além de questionáveis em termos de proteção, vão acarretar, necessariamente, titularidade proprietária – ao menos em parte – distinta da titularidade do direito de habitação.

I. Pertencer o bem, exclusivamente, ao *de cujus;*
II. Pertencer o bem ao casal;
III. Pertencer o bem em condomínio/co-propriedade com terceiros.

Estas situações ainda podem ser desdobradas em outras:

a) Cônjuges com filhos somente seus;
b) Companheiro com filhos somente seus;
c) Cônjuge com filhos da relação anterior;
d) Companheiro com filhos da relação anterior;
e) Cônjuge com filhos em ambas as relações;
f) Companheiro com filhos em ambas as relações;
g) Cônjuge com filhos seus e bem de propriedade exclusiva de terceiros;
h) Companheiro com filhos seus e bem de propriedade exclusiva de terceiros;
i) Cônjuge com filhos seus e bem em condomínio com terceiros;
j) Companheiro com filhos seus e bem em condomínio com terceiros;

No que tange aos itens I e II a jurisprudência tem reconhecido a concessão do direito real de habitação. Todavia, no tocante ao item III, há divergência significativa, uma vez que pode importar em restrição exagerada no direito proprietário de terceiro, que pode não ter nenhuma relação com a família do(a) *de cujus.*

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao afirmar que sobrexiste o direito ainda que o bem pertença aos filhos somente do(a) falecido(a), a exemplo da decisão que segue:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. IMÓVEL QUE NÃO É EXCLUSIVAMENTE DO AUTOR DA HERANÇA. RECUSA DOS HERDEIROS, FILHOS APENAS DO FALECIDO, AO DIRIETO REAL DE HABITAÇÃO DA COMPANHEIRA. PRECEDENTES DO STJ . 1. Tanto o art. 1.831 do Código Civil como o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96 (que regulamentou a união estável e continua em vigor, no ponto) contém requisitos objetivos bem claros para a concessão do direito real de habitação, isto é, que o imóvel a ser gravado tenha sido aquele destinado à residência da família e que seja o único daquela natureza a inventariar (no caso, o art. 1.831 do CCB). 2. Em nenhuma destas duas normas legais há exigência ou ressalva quanto a ser o bem sobre o qual recairá o direito real de habitação de propriedade única e exclusiva do autor da herança. Os termos da legislação bem atendem a finalidade protetiva desta figura jurídica,

> assegurando o pleno direito de moradia no imóvel em que a cônjuge ou companheira habitava com o "de cujus". NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70047245014, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 19/04/2012). -grifo da transcrição.

O entendimento acima vem sendo o exposto explicitamente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, de forma que mesmo em face de filhos exclusivos do de cujus, ainda sim haverá direito real de habitação. [43]

Através desta decisão, considerando-se a situação mais gravosa envolvendo filiação, restam esclarecidas as hipóteses constantes nas letras de "a" até "f". Resta perquirir se há substância de direito suficiente para fazer ceder a propriedade de terceiros – que muitas vezes – não apresentam sequer vinculação familiar.

As hipóteses de "g" a "j" implicam em condomínio ou propriedade exclusiva de terceiros. Com relação a isso, a jurisprudência tem sido majoritária no sentido de que não se pode impor o ônus de restrição das faculdades dominiais proprietárias, quando há condomínio.

Esta é a situação que dá suporte fático ao julgamento do recurso que segue, onde se verifica a impossibilidade de habitação quando há condomínio de terceiros sobre o bem.

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOBRE IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO EXERCÍCIO PLENO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. Não se reconhece o direito real de habitação a imóvel que não seja de propriedade exclusiva do ex-companheiro, sob pena de ofensa ao princípio do exercício pleno de propriedade. Existindo condomínio entre o de cujus e sua ex-mulher, que detém 1/3 do imóvel habitado pelos companheiros que viviam em união estável, não há como ser reconhecido o direito previsto no art. 7º, parágrafo único, da Lei n.º 9.278/96. Concessão de prazo para desocupação do imóvel. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70028872695, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009).

Da mesma forma, outras decisões tem seguido no mesmo sentido.[44] Algumas motivações teóricas indicadas pela jurisprudência estão alinhadas à vedação de exercício pleno da

---

[43] Em precedente recente o STJ posiciona-se claramente acerca da possibilidade do direito real de habitação, mesmo quando o bem tenha titularidade proprietária de filhos exclusivos do(a) falecida, conforme decisão que segue: "DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DO DE CUJOS. 1.- O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos. 2.- Recurso Especial improvido. (STJ – REsp nº 1.134.387 – SP – 3ª Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 29.05.2013)"

[44] Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Só é viável conceder direito real de habitação quando o imóvel é de propriedade exclusiva do autor da herança. No caso, embora o casal residisse no imóvel, este pertence também, em condomínio, aos irmãos do de cujus, que nem sequer são parte no feito. POR

propriedade.[45] Salvo melhor juízo, este não pode ser o fundamento de decidir para priorizar a propriedade. Sem sendo assim, todas as hipóteses elencadas nas letras "a" até "f" teriam o mesmo argumento a ser sustentado. Ocorre que, não é a propriedade o elemento distintivo, mas sim, o fato da oponibilidade ou não da restrição proprietária pelo direito real de habitação.

Com relação à sucessão do *de cujus*, há legitimidade de imposição restritiva, pelo simples fato de que o bem a ele pertenceu e foi sede de sua família.

Impor a terceiro, que, por muitas vezes, bem sequer tinha vinculação familiar com o(a) falecido(a) uma consequência fora de sua esfera de titularidade, não parece correto. Quem herda bem familiar recebe, juntamente com sua propriedade, o ônus restritivo de domínio consistente em suportar que os mais íntimos do falecido – ainda que por hipótese, porque lá residiam - tenham assegurado o seu direito de moradia, terceiros, não!

A residência familiar quando herdada já contempla uma propriedade limitada pelo direito de habitação. É o caso da decisão do TJRJ sobre o tema:

> APELACAO - DES. JOSE CARLOS VARANDA - Julgamento: 06/08/2008 - DECIMA CAMARA CIVEL. TJRJ. Extinção de Condomínio. Bem imóvel pertencente a 3 co-proprietários, sendo um deles falecido. Direito potestativo dos condôminos de promover a extinção da indivisão. Inexistência de direito real de habitação argüido pela viúva e herdeira do 3º condômino, que não pode ser oponível a terceiros. Sentença que se prestigia. Recurso improvido. (0062498-57.2005.8.19.0001 (2008.001.18983).

Embora a jurisprudência tenha sido tendente a entender pela impossibilidade de direito real de habitação oponível contra terceiros, esta posição não é unânime, sendo necessário identificar pontos de vista contrários a isso, como no caso do voto vencido na Apelação Cível n. 70017449216, do TJRS, de autoria da Desembargadora, à época, Maria Berenice Dias:

> Contudo, embora o bem não seja de propriedade exclusiva do companheiro falecido, mostra-se viável a concessão do direito real de habitação à apelante, sob pena de deixá-la ao desamparo, devendo ser considerado o fato de o casal ter permanecido na posse exclusiva do bem durante os nove anos de relacionamento, mesmo após o óbito do pai do extinto. O direito real de

---

MAIORIA, VENCIDA A RELATORA, NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70017449216, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/12/2006).

[45] Como é o caso do principal argumento desta decisão: "Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOBRE IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO EXERCÍCIO PLENO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. Não se reconhece o direito real de habitação a imóvel que não seja de propriedade exclusiva do ex-companheiro, sob pena de ofensa ao princípio do exercício pleno de propriedade. Existindo condomínio entre o de cujus e sua ex-mulher, que detém 1/3 do imóvel habitado pelos companheiros que viviam em união estável, não há como ser reconhecido o direito previsto no art. 7º, parágrafo único, da Lei n.º 9.278/96. Concessão de prazo para desocupação do imóvel. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70028872695, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009)."

> habitação tem por fundamento os princípios da solidariedade e da assistência, a fim de não deixar desamparado o companheiro supérstite, e, na atualidade, deve ser visto à luz da ordem jurídica instaurada pelo Código Civil.

Salvo melhor juízo, talvez, se a necessidade protetiva estava vinculada à solidariedade e assistência, o melhor instituto a ser usado não é a habitação, mas sim a posse. A posse, além de ter tutela distinta das titularidades, constitui-se em direito autônomo e tem tutela específica de direito material para tanto.[46]

4.4.- O silêncio legislativo e a necessidade de ponderação *in* concreto

Em julgamento recente a ministra Nancy Andrighy pontua a necessidade de questionamentos específicos no tocante à necessidade de uma avaliação mais atenta às situações fáticas especiais que necessitam de tutela do direito real de habitação ou da propriedade. Há necessidade de interpretação integrativa e harmonizadora. Segundo a ministra

> "é necessário ponderar sobre a prevalência de um dos dois institutos, ou, ainda, buscar uma interpretação sistemática que não acabe por esvaziar totalmente um deles, em detrimento do outro".[47]

Na legislação atual – independente de tratar do cônjuge ou do companheiro – existem alguns silêncios eloquentes no que tange a exigência de ser o bem o único da natureza a inventariar e acerca da possibilidade de permanecer no bem, mesmo constituindo outra família. Ainda, existem outras situações referentes à ponderação de bens e direitos que merecem atenção.

A questão referente a não exigência de ser o único bem desta natureza a ser inventariado relaciona-se com o objeto e já foi enfrentada no item 3.2. Resta, então, enfrentar a questão do tempo de duração do direito real de habitação.

Tradicionalmente, o direito real de habitação é vitalício e personalíssimo, acompanhando seu titular enquanto viver.

Na disciplina do Código de 1916 o limite temporal estava na morte ou na formação de nova família. O bem do(a) falecido(a) que servia de moradia para o grupamento familiar originário não poderia implicar na restrição injusta dos direitos proprietários,[48] uma vez que já

---

[46] Art. 1.210 CC. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

[47] Voto da ministra no Resp. 1.134.387 – SP.

[48] Sobre o tema da apropriação e sua eficácia real no direito alemão,v ide:WILTZ, Claude. **Droit prive allemand,** Paris: Litec, p. 465.

havia nova família, portanto, a presunção de necessidade de milita em favor do supérstite desaparece.

A literalidade da lei não exige a perda do direito de habitação com a nova formação familiar. Isso pode implicar em ponderação equivocada das vicissitudes dos casos concretos. Imagine-se uma nova companheira/esposa de um pai falecido, que deixa o único bem aos filhos (da primeira união).

Sem dúvidas, o sobrevivente tem direito real de habitação. E esta norma se justifica pela proteção da família – art. 226 da CF, do direito à moradia – art. 6º da CF- em detrimento do direito proprietário dos filhos, que recebem por herança o bem com a restrição imposta pela legislação.

Ocorre que, se o sistema não impuser o limite temporal no "estado de viuvez," pode que o sobrevivente leve para residir consigo seu novo cônjuge ou companheiro no imóvel gravado com direito real de habitação. Então, ter-se-á um bem, que pode ter sido adquirido antes da união, de propriedade dos filhos do casamento anterior servindo para moradia da nova família do cônjuge ou companheiro do pai.

Trata-se, *data maxima venia*, de restrição injusta ao direito proprietário, uma vez que a legitimidade familiar que origina a proteção normativa, desaparece com a nova formação familiar. Assim, sob pena de inversão da lógica protetiva do sistema, há necessidade de ponderação axiológica, principiológica e de regramento, no caso concreto.

Outra situação questionável diz respeito às necessidades vitais que possam fazer frente à necessidade de moradia do sobrevivente.

Com relação a isso, imagine-se um caso em que haja disputa das necessidades de moradia do supérstite e do proprietário do bem. Se a literalidade normativa for sobreposta, pode-se levar à conclusão absurda de que alguém plenamente capaz, com idade economicamente ativa e inclusive, com outro bem de sua titularidade, tenha direito real de habitação oponível contra proprietário que, pode não ter onde morar, ou constituir-se em pessoa idosa, incapaz, e ainda com deficiência.

Novamente, preservados os entendimentos em contrário, uma situação desta natureza conduz, necessariamente, à relativização do direito real de habitação (de essência protetiva), para privilegiar o direito proprietário que no caso concreto, necessita maior proteção.

Mais uma vez, com relação a este tema, também necessária utilização da ponderação in concreto para encontrar a solução mais adequada ao caso concreto.

Negar a existência de matizes significativas que emanam do caso em si, significa apoiar-se em uma literalidade impossível nos dias de hoje.

Sabe-se que o Direito não tem condições de apreender o real e tampouco deve ter esta pretensão. Conscientes desta limitação do objeto de estudo, cabe ao intérprete o papel de implicar os valores de forma a dar privilégio aos que tiverem maior necessidade de proteção.

5.- NOTAS CONCLUSIVAS

A teoria contemporânea do Direito Civil acaba por exigir do intérprete maiores esforços do que outrora. Com relação ao direito real de habitação, maior ainda deve ser a atenção, pois a legislação atual não contempla as hipóteses de tutela que outrora já disciplinou.

Tradicionalmente criado para proteger a instituição familiar, o direito real de habitação foi concebido para assegurar a moradia do cônjuge, casado sob o regime da comunhão de bens, enquanto vivesse, ou durasse a viuvez, sob o bem que servisse de residência familiar, desde que fosse o único desta natureza a ser inventariado.

A legislação contemporânea acabou por não contemplar a integralidade destes requisitos, sendo silente em muitos aspectos, o que gera uma infindável quantidade de interpretações sobre o tema.

Pode-se encontrar no direito real de habitação dificuldades quanto à aplicabilidade frente ao companheiro, ou mesmo frente aos concubinos, uma vez que o conceito de família foi ampliado pelo Direito pátrio. Há, sem dúvidas, necessidade de ampliação da aplicação deste instituto. Todavia, esta ampliação não pode ser desmedida, sob pena de aniquilar quaisquer poderes proprietários sobre o bem, tornando o direito de propriedade vazio.

A finalidade do instituto está estritamente relacionada ao direito à proteção da família (art. 226 CF) e o direito moradia (art. 6º CF), logo, qualquer reflexão técnica sobre o tema deve considerar este *telos*.

Uma das consequências desta necessidade implica em reconhecer o direito apenas com relação ao bem imóvel destinado à residência, desde que este tenha servido à moradia da família. Por esta mesma razão, em eventual hipótese de existência de outro bem de natureza residencial sob a titularidade do pretendente ao direito, deve-se impedir a constituição do direito real de habitação.

Outra circunstância importante, diz respeito à natureza de direito real limitado deste direito, implicando, necessariamente, em restrição das faculdades dominiais proprietárias sob o bem. Em virtude disso, tem-se uma colisão de direitos, que merece ser resolvida tecnicamente, a partir das normas de interpretação, integração e sopesamento, com a finalidade de assegurar a máxima proteção possível aos dois. Sendo assim, somente pode-se

reconhecer direito real de habitação oponível à sucessão. Não há falar em direito real de habitação oponível a terceiro. Ou seja, imóveis condominiais com terceiros não podem estar submetidos à habitação, sob pena de restrição injusta a direito.

Cabe destacar que em eventual colisão de direitos fundamentais, com densidade axiológica e teleológica colidentes, há de se encontrar, a partir da ponderação, uma melhor resposta ao caso concreto. Não há como assegurar a primazia eterna do direito real de habitação. Para isso, basta identificar a presença de vulneráveis sem garantia de direito à moradia e de um(a) supérstite plenamente capaz. Nesta situação específica, haveria justificação sistemática na preponderância do direito proprietário.

Em suma, novamente se reafirma a necessidade de aplicação contemporânea do direito civil à luz dos valores constitucionais. Reconhece-se que é impossível assegurar *prima facie* qual norma deve ser aplicada em qual caso concreto. Além disso, é necessário enfrentamento técnico do direito real de habitação a partir das áreas a que ele tem vinculação, - família, sucessões e direitos reais devem ser utilizados como norte interpretativo. Ou seja, deve-se reconhecer um Direito de Família, Sucessões e das Coisas constitucionalizado e repersonalizado, a fim de assegurar, em concreto, respostas com critério de correção satisfatório na ordem jurídica.

6.- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLORIO, Enrico. ***El ordenameniento jurídico em el prisma de la declaracion judicial.*** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-america, 1958.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLONA, ***Pietro. Diritto privato e sicietà moderna***. Napoli: Jovene Editore, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas.** Brasília: Senado Federal, 2003.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do contrato parental à socioafetividade. *In* **Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FACHIN, Luiz Edson e RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. IV – out-dez 2000. p. 243 – 263.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Melina e PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil, *In* TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edosn. **Diálogos sobre direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-229.

CANARIS, Claus-Wilheim. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Coimbra: Almedina, 2003.

CARINGELLA , Francesco e GIORGIO, Miriam , ***Studi di diritto civile***, Volume 2 – Proprietá e Diritti Reali. Giuffrè Editore, 2007, p. 91.

CORDEIRO, Menezez. **Da modernização do Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2004.

GATTI, Edmundo e ALTERINI, Jorge H. ***El derecho real – elementos para una teoría general.*** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

KANT. Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

MASLOW, Abraham H. ***The Farther Reaches of Human Nature*** NY: Viking, 1971.

MIRANDA, Pontes . **Tratado de Direito Privado**, 3ª Ed. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editora Bolsoi, 1971.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOLFESSIS, Nicolas. ***Le conseil constitucionnel et Le droit prive*.** Paris: E.J.A, 1997.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

NASCIMENTO, Tupinambá. **Direitos reais limitados.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NUSBAUM, Martha e SEN, Amatya. (comps.) ***La calidad de vida***. México: FCE, 1996.

PAGANI, Adelina Elaine. **O direito de propriedade e o direito à moradia.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2002. Tomo XIX.

RAISER, Ludwig. ***Il Compito del diritto privato.*** Milano: Gifrrè, 1990.

SANHUDO, João Paulo Veiga. **A repersonalização da posse no direito brasileiro.** Sapucaia do Sul: Notadez, 2011.

SARLET, Ingo (org) **Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais e o direito privado.** São Paulo: Malheiros, 2008.

TRABUCCHI, Alberto. ***Instituzioni di Diritto Civile***. Padova: CEDAM, 1992.

WITZ, Claude. ***Droit prive allemand*.** Paris: Litec, 1992.