

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: Conflito entre o direito real de habitação e o direito à herança, e a possível mitigação no caso concreto por meio do juízo de ponderação.

Gabriela Duarte Pinto

Sumário: 1. Introdução 2. O direito de propriedade e o direito à herança; 3. O direito real de habitação e à moradia; 3.1. Direito real de habitação; 3.2. Direito à moradia; 3.3. Análise Comparativa. 4. Colisão de direitos fundamentais. 5. A Mitigação do direito real de habitação no caso concreto. 6. Conclusão 7. Referências Bibliográficas

RESUMO

O direito real de habitação é instituto jurídico de direito civil, introduzido no Código Civil de 1916 pelo Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121/1962, que exigia inúmeros requisitos para sua concessão e manutenção, quais sejam, (a) fosse casado sob o regime de comunhão universal de bens; (b) enquanto vivesse; (c) e permanecesse viúvo; (d) sem prejuízo da quota da herança, o imóvel deveria se destinar a residência familiar e, por último, (e) fosse o único bem daquela natureza a inventariar. Com o advento do Código Civil de 2002, todavia, foi estendido a todo regime de bens, retirado o termo final e, com a Lei da União Estável, não foi mais necessário que fosse o único bem daquela natureza a inventariar. Questionou-se a extensão de sua aplicação no caso concreto e a necessidade de ponderação para não se esvair o direito à herança do herdeiro. Analisaram-se os direitos envolvidos, direito à herança, direito de propriedade, direito à moradia e o direito real de habitação. Concluiu-se que o intérprete da lei deve, diante do caso concreto, realizar o juízo de ponderação dos direitos fundamentais colidentes para que haja máxima preservação dos valores em conflito, e, conseqüentemente, a maior concretização dos valores constitucionais.

Palavras-chave: Direito Real de Habitação, Direito à Moradia, Direito à Herança, Ponderação, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The real property law is a legal institution of civil law, introduced in the Civil Code of 1916 by Status of Women Married - Law nº 4.121 / 1962, which required numerous requirements for its grant and maintenance, namely, (a) were married under the regime of community property; (b) during his lifetime; (c) and remained widow; (d) subject to the inheritance share, the property should be for the family residence and, finally, (e) were the only asset of this nature to inventory. With the advent of the Civil Code of 2002, however, it was extended to all property regime, removed the final term and with the Domestic Partnership Act, It was no longer needed that it was the only good of that nature to inventory. It was questioned the extent of its application in this case and the need for consideration to not fade the right to inheritance. Analyzed the rights involved, Right to inheritance, Property Rights, Right to living and the Real Property Law. It was concluded that the interpreter of the Law must, before the case, carry out the judgment of balancing the conflicting fundamental Rights so that there is maximum preservation of conflicting values, and hence the greatest achievement of constitutional values.

Keywords: Real Property Law, Living Right, inheritance Right, Weighting, Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade abordar a problemática da colisão do direito real de habitação com o direito à herança no caso concreto e em que medida é possível a mitigação de sua aplicação por meio do juízo de ponderação.

O direito real de habitação é o instituto jurídico de direito civil que estende ao cônjuge supérstite o direito à moradia, independentemente da participação na herança, no imóvel utilizado como residência, desde que seja o único bem a inventariar.

Originou-se na Lei 4.121/1962 – Estatuto da Mulher Casada como forma de proteger o cônjuge sobrevivente e resguardar seu direito fundamental à moradia.

A referida lei trouxe diversas alterações na legislação com o intuito de modificar a perspectiva jurídica da mulher no ordenamento brasileiro, como por exemplo, retirou a necessidade de autorização marital para o exercício de profissão e reconheceu a colaboração feminina na sociedade conjugal.

A norma não mencionava o gênero para a concessão do direito, porém, tendo sido introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada, fica evidente a intenção de proteção da mulher.

Inicialmente, eram exigidos inúmeros requisitos para sua concessão e manutenção. Na redação do §2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, com a redação dada pelo Estatuto da Mulher Casada, pode-se dizer que eram estes os requisitos para a concessão do direito real de habitação: (a) ser casado sob o regime de comunhão universal de bens, (b) pela duração de sua vida e (c) desde que permanecesse viúvo; (d) o imóvel deveria se destinar a residência familiar, e (e) deveria ser o único bem daquela natureza a inventariar.

Posteriormente, regulamentaram-se novas modalidades de família por meio da expedição de duas leis que abordaram a união estável e estenderam aos companheiros o direito real de habitação.

Porém, o Código Civil de 2002 foi silente em muitos aspectos e ampliou a aplicação do instituto para os demais regimes, o que gera diferentes interpretações sobre o tema. Todavia, estas interpretações não podem ser desmedidas, sob pena de aniquilar quaisquer poderes proprietários sobre o bem, tornando o direito de propriedade e de herança vazios.

O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Isto porque, embora o legislador constitucional tenha considerado como direito fundamental o direito à moradia, não se pode obstar o direito à propriedade e herança indiscriminadamente, os quais também têm *status* constitucional.

O primeiro tópico abordará o direito de propriedade e o direito de herança delimitando-se as características de cada um, o caráter de direito fundamental, sob um viés histórico.

O tópico dois trará o instituto central da pesquisa, o direito real de habitação, e o direito à moradia. Será feita uma análise comparativa de ambos, para demonstrar a diferença para a interpretação no caso concreto.

O terceiro tópico irá perpassar a colisão de direitos fundamentais, os modos existentes, e o juízo de ponderação de Alexy na visão de Paulo Gonet para melhor análise dos institutos referidos.

Por fim, o último tópico apresentará algumas considerações, a partir de casos concretos, acerca da mitigação do direito real de habitação em caso de conflito de direitos fundamentais.

Nesse contexto, a pesquisa apresenta-se plenamente passível de ser realizada, uma vez que existem lacunas na legislação e na doutrina acerca do assunto, pretendendo-se demonstrar a possibilidade de relativização do direito real de habitação no caso concreto, por meio do juízo de ponderação.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO À HERANÇA

Os direitos reais, assim designados por Savigny, estudados no direito das coisas, vinculam-se a ideia de relação entre o homem e a coisa. Clovis Beviláqua ensina que os direitos reais são “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”.¹

Afirma Orlando Gomes que o direito das coisas “regula o poder dos homens sobre os bens e os modos de sua utilização econômica”.²

O direito de propriedade está inserido no ramo do direito das coisas. É a primeira manifestação dos direitos reais, é originário e reúne os atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação.³ O Código Civil não conceitua a propriedade, apresenta apenas os poderes do proprietário, conforme preceitua Caio Mário

Fixando a noção em termos analíticos, e mais sucintos, dizemos, como tantos outros, que a *propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reivindicá-la de quem injustamente a detenha*. E ao mesmo tempo nos reportamos ao conceito romano, igualmente analítico: *dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*.⁴

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**, 1º volume. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1956. p. 12.

² GOMES, Orlando. **Direito Reais**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1991. p. 01.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. volume 4. **Direito das coisas**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136 et seq.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume IV. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001. p. 67.

Os referidos atributos da propriedade são o uso que permite servir-se da coisa economicamente, concede ao titular os frutos naturais, pode ser indireto ou direto. O gozo ou fruição é a exploração econômica da coisa. A disposição, material ou jurídica, é a alteração substancial da coisa, percebe-se pela destruição do bem ou abandono. Por fim, a reivindicação é a pretensão de excluir terceiros da interferência inadequada, ou seja, é a exteriorização da seqüela.⁵

A propriedade possui particularidades, quais sejam, o caráter absoluto que refere-se a oponibilidade *erga omnes*, a exclusividade que advém do fato de um direito sobre um bem excluir o de outra pessoa, a plenitude da propriedade e a perpetuidade que resulta do fato de que só irá se extinguir por causa extintiva ou pela própria vontade, não pelo não uso. Orlando Gomes considera ainda a elasticidade, sendo a contração ou distensão do direito de propriedade, durante o seu exercício, ao se adicionar ou retirar poderes.⁶

A noção de propriedade e seus direitos surgem com a escassez dos recursos, o homem passa a se apropriar de bens e terras em busca de segurança. Com o surgimento do Estado passa a ser um direito tutelado. No Brasil, o conceito de propriedade evolui de forma que passou pela apropriação do patrimônio por particulares por meio do usucapião, cartas de sesmarias e posses de terras devolutas. O Código Civil de 1916 sofreu grande influência do Código de Napoleão, sendo de grande valor o individualismo nesse Código.⁷

Assim, como bem sintetizam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, “o significado da propriedade muda de acordo com a mudança que se verifica nos propósitos que a sociedade (ou suas classes dominantes) tenha perante a instituição”.⁸

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. volume 4. **Direito das coisas**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136 et seq.

⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Tomo 1º. 3. Ed. Rio de Janeiro. São Paulo. Editora Forense. 1969

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 11. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. passim.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 11. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 262

A Constituição Federal de 1988 é erigida sob o prisma dos direitos fundamentais⁹, pois com o capitalismo desenfreado e a ideologia liberal, houve um grande estímulo ao acesso à propriedade. O desequilíbrio econômico do século XX afeta a noção de propriedade

Neste contexto, o conceito de função social da propriedade é criado pela constituição alemã de *Weimar*, 1919.

Sem dúvida, embora a propriedade móvel continue a ter sua relevância, a questão da propriedade imóvel, a moradia e o uso adequado da terra passam a ser a grande, senão a maior questão do século XX, agravada nesse início de século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. Este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade.¹⁰

Com a mudança da concepção de propriedade, tendo em vista a necessidade recente de adaptação dos direitos e deveres do proprietário com os interesses sociais, a Lei Maior passa a tutelar a propriedade com uma relação de complementariedade com a função social, no art. 5º, inciso XXII em seguida no inciso XXIII.¹¹

O Código Civil de 1916 foi omissivo quanto ao aspecto social da propriedade. Essa lacuna foi sanada no Código atual, uma vez que expressou que a função social deve ser observada nos contratos e na propriedade. Isso é reflexo da constitucionalização do Direito Civil.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 11. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. *passim*.

¹⁰ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 163.

¹¹ Constituição Federal: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; "

A Constituição de 1988 disciplinou o direito de propriedade em diversos artigos de seu texto. No âmbito do art. 5º, incisos XXII a XXXI ¹², tratou do tema de maneira geral, abarcando direito de sucessão, direito autoral, dentre outros. Assim, encontram-se sob a égide dos direitos fundamentais instituídos expressamente no ordenamento jurídico.

A Constituição prevê a desapropriação em casos de necessidade ou de utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV), ressalvados os casos nela previstos (desapropriação de imóvel rural de interesse para a reforma agrária e de imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, nos quais se admite o pagamento mediante títulos públicos (art. 184, *caput* e 182, §4º). ¹³

Abordado pela disciplina referente ao direito de propriedade e incluído no art. 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988 ¹⁴, o direito sucessório e o direito à herança existem, no Brasil, desde o início da colonização, sendo aplicado à luz das normas portuguesas até a segunda metade do século XIX, quando foram editadas leis específicas que alteraram e adaptaram o direito à herança aos valores da sociedade. Sempre esteve presente nas Constituições, desde a Carta de 1824 até a atual que garantiu ao direito à herança o status de direito fundamental.

¹² Constituição Federal: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; XXX - é garantido o direito de herança; XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus"; "

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 139.

¹⁴ Constituição Federal: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXX - é garantido o direito de herança;"

O Código Civil conceitua a herança em seu art. 1.791, nos seguintes termos, “a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”.

O autor Silvio Venosa assim leciona sobre o instituto da herança:

Destarte, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do *de cuius*. Definimos o patrimônio como o conjunto de direito reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança.¹⁵

Assim, a herança é o total de bens, direitos e deveres do autor da herança que é passado para seus herdeiros legítimos ou testamentários, denominada juridicamente como espólio.

Pode ser classificada como sucessão legítima ou *ab intestato*, é determinada pela lei e ocorre por direito próprio ou por representação. Na falta dos herdeiros estabelecidos na ordem de vocação hereditária os bens são passados ao Poder Público.¹⁶

A outra classificação é a sucessão testamentária que decorre de ato de vontade do falecido. Poderá dispor da totalidade de sua herança por meio de testamento quando não houver herdeiros necessários, ou seja, nesse caso há a parte indisponível composta de metade do patrimônio.¹⁷

A herança jacente é aquela em que se desconhecem os herdeiros, ficam os bens sob a guarda e administração de um curador, até a entrega ao sucessor ou declaração de vacância, momento em que há a incorporação dos bens ao Poder Público.¹⁸

¹⁵ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 7.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Volume 6. 38. ed. São Paulo: editora atlas, 2011. p. 9 et seq.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Volume 6. 38. ed. São Paulo: editora atlas, 2011. p. 9 et seq.

¹⁸ Código Civil: art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

Quanto aos sucessores, classificam-se em herdeiros testamentários e necessários ¹⁹, que não poderão ser excluídos por vontade do testador. Nesse caso, sua vocação se dá por classes, nos termos do art. 1.829 do Código Civil de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

A transmissão da herança se dá no momento da abertura da sucessão, com o óbito do titular dos bens. Há uma presunção de aceitação, porém, como não é possível ser herdeiro contra a própria vontade, é necessária a aceitação tácita ou expressa. Não a aceitando, o herdeiro renuncia a herança.

O art. 1.784 do Código Civil de 2002 preceitua que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

A proteção ao direito de herança é expressa no ordenamento jurídico. Incluído entre os direitos fundamentais, remete-se ao legislador ordinário a tarefa de determinar as regras de direito material, conforme consta do último livro do Código Civil, que se inicia pelo art. 1.784. Porém, deve obedecer a limites que decorrem da Constituição, direta ou indiretamente.

A Constituição de 1988 estabelece a competência dos Estados-membro e do Distrito Federal para instituir e cobrar o imposto de transmissão *causa mortis* e de doação de bens e direitos. A sucessão de bens de estrangeiros no País será regida pela lei brasileira em benefício do cônjuge e dos filhos brasileiros, quando não for mais benéfica a lei do *de cuius*.

Constituição Federal tutelou o direito à herança como fundamental por ser este um direito, ainda que individual, relativo à família que é a base da sociedade, sendo, assim, possuidor de um caráter e dimensão social.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Volume 6. 38. ed. São Paulo: editora atlas, 2011. p. 9 et seq.

3. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E À MORADIA

Para melhor compreensão do tema serão abordados os institutos direito real de habitação e o direito à moradia em tópicos separados, perpassando características e finalidade teleológica. Ao final será feita uma análise comparativa possibilitando, no caso concreto, a análise dos institutos colidentes, o direito real de habitação e o direito à herança anteriormente estudado, por meio do juízo de ponderação, e a possível mitigação.

3.1. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito de habitação é um instituto que perpassa diversos ramos do Direito. É estudado sob o viés dos Direitos Reais, uma vez que o art. 1.225, VI do Código Civil assim o caracteriza.²⁰

É um direito que pode ser exercido sobre coisa própria ou coisa alheia, de forma gratuita ou onerosa. Os arts.1.414 a 1.416 do Código Civil trazem as hipóteses das formas gratuitas sobre coisa alheia.²¹

Em sua forma onerosa, o direito real de habitação, poderá recair sobre coisa alheia, como é o caso da hipoteca, ou sobre coisa própria, como no direito real de habitação do promitente comprador do imóvel entre particulares. Pablo Malheiros e Cristian Fetter ensinam²²

O DRH afasta: (i) a percepção de alguns frutos; (ii) a penhora; (iii) a garantia comum dos bens do(a) beneficiário(a) para com o credor; (iv) e as demandas possessórias em desfavor do(a) beneficiário(a) que possam atingir o imóvel sobre o qual incide o DRH. O habitador, no entanto, tem a seu favor, as demandas possessórias, vindicatórias, confessórias e negatórias é, se também for titular proprietário, as demandas petitórias.

²⁰ Código Civil: Art. 1.225. São direitos reais: (...) VI - a habitação;

²¹ Correspondentes no Código Civil de 1916: "Art. 746. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família. Art. 747. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas, que habite, sozinha, a casa, não terá de pagar aluguel à outra, ou as outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la. Art. 748. São aplicáveis à habitação, no em que lhe não contrariarem a natureza, as disposições concernentes ao usufruto."

²² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; MOLD, Cristian Fetter. **Direito Real de Habitação e a sua possível relativização no Direito Sucessório Brasileiro: Primeiras Reflexões**. 2015. p. 4.

Porém, é possível a percepção de aluguel em casos em que o domicílio for transferido por motivos profissionais ou de interesse da família, ou em que a renda for reduzida e for necessária a diferença de um aluguel mais barato para sobrevivência, ou, em sentido inverso, em que se pretende mudar para um imóvel, cujo aluguel for mais caro e tiver de pagar a diferença.

A despeito de seu caráter personalíssimo, o direito real de habitação comporta inúmeros beneficiários, conforme preceitua o art. 1.415 do Código Civil.²³ Deve haver vinculação entre os titulares e reparação em caso de prejudicado um dos titulares.

Ressalta-se, ainda, que o uso do imóvel será estendido aos familiares do titular, porém somente ele será o beneficiário, encerrando-se com o termo final do direito, a morte do titular.

A constituição do direito real de habitação se dá por meio de matrícula no Registro Geral de Imóveis, conforme o art. 167, inciso I, da Lei nº 6.015, de 1973, Lei de Registros Públicos, a exceção daquele previsto no Direito Sucessório.

Quanto ao instituto advindo legalmente do art. 1.831, do Código Civil de 2002 e abarcado pela sucessão, foi acrescentado pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 1962, que incluiu os §§ 1º, 2º e 3º ao art.1.611 do Código Civil de 1916.²⁴

²³ Código Civil: "Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la."

²⁴ Código Civil/16: "Art. 1.611. À 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.

§ 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.

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da 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.

§ 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."

O direito de habitação leva ao desdobramento da propriedade, assegurando ao viúvo a **posse direta** do bem, na qualidade de usufrutuário, enquanto a **nua-propriedade** pertence aos herdeiros. Configura uma hipótese de sucessão anômala, que derroga o princípio da unidade da sucessão, transmitindo ao cônjuge um legado *ex lege*, um direito limitado quanto ao objeto individualmente considerado, certo e determinado, separado do patrimônio hereditário para garantia da moradia, caracterizando uma sucessão a título singular.²⁵

O artigo previa que seria estendido ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens o direito real de habitação com relação ao imóvel destinado à residência da família, sem prejuízo da quota parte da herança, desde que o único bem daquela natureza a inventariar e enquanto permanecesse o estado de viuvez.

A finalidade do referido instituto foi a proteção familiar, com um caráter protetivo à mulher sobrevivente, uma vez que incluído pelo Estatuto da Mulher Casada que, como bem discorreram Pablo Malheiros e Cristian Fetter,²⁶

A inserção do DRH pelo Estatuto da Mulher Casada veio conjuntamente com outras medidas de tutela do gênero feminino à época em confronto com a lógica da submissão feminina ao gênero masculino, de há muito, denunciada, por exemplo, por Kant

O Código Civil de 1916 não tratava da hipótese dos casos de união estável, porém foram editadas duas leis sobre a união estável, Leis nº 8.971/94 e 9.287/96, em que se regulou o direito real de habitação, nos seguintes termos:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. 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.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 65

²⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; MOLD, Cristian Fetter. **Direito Real de Habitação e a sua possível relativização no Direito Sucessório Brasileiro: Primeiras Reflexões**. 2015. p. 10.

Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, o instituto, previsto no art. 1.831, passou a ser assegurado a todos os regimes e ficou silente quanto a constituição de nova família como termo final. Portanto, é um direito real concedido ao cônjuge supérstite, vitalício, ou seja, sem termo final, e independente do regime de bens previsto.²⁷ Foi omissivo quanto à união estável, ensejando diversos questionamentos quanto a revogação das leis posteriores.

Duas correntes na literatura jurídica e nos julgados se formaram em relação ao assunto: (i) impossibilidade jurídica de DRH para as uniões estáveis, pois o CC, ao regular inteiramente a matéria sucessória nas uniões estáveis, abrogou a Lei n.º 9.287/96; (ii) possibilidade jurídica de DRH para as uniões estáveis seja pela manutenção do art. 7º da Lei n.º 9.287/96 no sistema jurídico ou pela interpretação analógica do art. 1.831 do CC às uniões estáveis, mesmo o CC revogando a Lei n.º 9.287/96.²⁸

Com relação ao objeto do direito real de habitação, há na doutrina uma divergência sobre se é necessário que o imóvel seja o único de natureza habitacional a inventariar. Quando aplicado o art. 1.831 do CC, este é expresso ao afirmar que deve ser único. Porém, ao aplicar o art. 7º da Lei nº 9.278/96, há possibilidade de existências de inúmeros imóveis.

Assim, o entendimento aplicado vem sendo o de que não é preciso ser o único imóvel daquela natureza a inventariar, pois tem-se feito uma interpretação extensiva, considerando que a Lei da União Estável não previu esse requisito como necessário. Então, se aplicável aos companheiros, deve ser aplicado aos cônjuges.

Quanto ao requisito de extinção, enquanto perdurasse a viuvez, do direito real de habitação, os entendimentos divergentes são os que compreendem, de um lado, que a manutenção do direito após o novo casamento configuraria uma restrição injusta ao direito proprietário, e de outro que deve ser mantido, pois o Código Civil assim determina.²⁹

²⁷ Código Civil: "Art. 1.831. 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."

²⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; MOLD, Cristian Fetter. **Direito Real de Habitação e a sua possível relativização no Direito Sucessório Brasileiro: Primeiras Reflexões**. 2015. p. 14.

²⁹ TASSINARI CARDOSO, Simone. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: novembro de 2015

Cumprе ressaltar que o Código Civil da Suíça prevê o direito real de habitação com peculiaridades. Enfatiza-se nesta legislação que o direito de habitação será concedido mediante avaliação das necessidades pessoais do titular.³⁰

3.2. DIREITO À MORADIA

O direito à moradia foi incluído no rol de direitos constitucionais por meio da Emenda 26, de 14 de fevereiro de 2000, passando o art. 6º a ter a seguinte redação: ³¹

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Com a inclusão como um direito social passa a ser um direito de observância obrigatória, que visa a concretização dos princípios constitucionais e que contém um postulado de proteção, além de uma proibição de intervenção. ³²

Ressalta-se que tais direitos demandam prestação do Estado para sua efetivação e garantia, sendo, portanto, normas programáticas que necessitam de políticas públicas para serem exigíveis. Nessa seara, a intervenção judicial é vedada por violar o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. ³³

O direito à moradia, pode ser caracterizado como um elemento da integridade moral do indivíduo. É um direito subjetivo que representa a vontade própria de cada ser e implica o dever do outro de abstenção.

³⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. 2008. p. 86 apud DINIZ, Souza. **Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das obrigações**. Rio de Janeiro: Record. 1961.

Código Civil Suíço: art. 777. O direito de habitação é, em geral, avaliado pelas necessidades pessoais do titular.

³¹ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2000 - Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal

³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 464.

³³ Ibidem, p. 465.

Observa-se que, antes de sua inclusão como direito social no art. 6º da Constituição Federal, o direito à moradia já encontrava previsão constitucional, porque o art. 7º, IV, da Constituição, que tratava dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, demonstrava a preocupação com a moradia do indivíduo. Não era expressa, mas já possuía *status* constitucional.³⁴

Assim como os demais direitos fundamentais, o direito à moradia apresenta inúmeras características condizentes com sua natureza. A imprescritibilidade é uma delas, ou seja, não há requisitos, lapso temporal que importe em sua prescrição, apenas a morte do titular o extingue.

A irrenunciabilidade está ligada ao fato do direito à moradia, assim como o direito à vida, estarem conectados a dignidade da pessoa humana, os quais não podem ser renunciados.

É um direito interdependente, interligado com os demais direitos fundamentais. Há também universalidade no direito à moradia, uma vez que abarca todos os indivíduos de maneira indiscriminada.

A propósito, os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre de uma forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.³⁵

Além da previsão no art. 5º da Constituição, existem outros dispositivos que tratam do direito à moradia. São essas normas que se referem, entre outros tópicos, à moradia com a finalidade de garantir o cumprimento da função social da propriedade e a usucapião urbana, buscando com isso proteção às classes menos favorecidas.

3.3. ANÁLISE COMPARATIVA

³⁴ Constituição Federal: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

³⁵ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de Souza. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 118

O direito à moradia e o direito de habitação são utilizados comumente com o mesmo significado, como se apresentassem a mesma extensão e características.

A partir do momento em que se objetiva a análise doutrinária e jurisprudencial das consequências jurídicas oriundas do direito à moradia e de habitação para o indivíduo ou para coletividade, a distinção entre ambos ganha certa relevância, para se distinguir o cunho pessoal do primeiro e do patrimonial do segundo, sem, porém, olvidar-se do seu forte liame teleológico.³⁶

Ambos os institutos, em seu âmago, têm como finalidade preservar o exercício do direito de morar. A lei não visa apenas que a pessoa habite um lugar, mas que exerça seu direito fundamental à moradia de maneira digna, ou seja, protege-se um bem extrapatrimonial.

O critério de finalidade é o norteador da interpretação jurídica, que deve buscar o fim pretendido pela norma jurídica em um caso concreto. Deve interpretar a norma do art. 1.414 do CC (art. 746 do CC/1916), e não só essas normas, mas também outras que envolvam o direito à moradia, pelo exposto acima, levando em conta seus fins, pois a norma jurídica não é um fim em si mesma, mas um meio a serviço de uma finalidade, que é a existência da sociedade.³⁷

A moradia é tutelada como um direito de personalidade, inerente a cada ser humano, referente à sua integridade moral. Pressupõe a não interferência alheia, o direito à intimidade.

Anote-se, por oportuno, que o direito real de habitação é usualmente de forma gratuita, em que a relação jurídica crucial dá-se entre o indivíduo e o bem.

Outras diferenças entre o direito real de habitação e o direito à moradia é que o primeiro é temporário; e o outro, permanente. Ainda a habitação pode ser exercida ou não pelo seu titular, enquanto que a moradia é indisponível e irrenunciável. Sérgio Iglesias ensina que "a habitação se subsume a um local específico, mas o direito à moradia se subsume ao bem do indivíduo, sendo essencial à sua existência."³⁸

³⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de Souza. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 139

³⁷ Ibidem, p. 140

³⁸ Ibidem, p. 187

4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal possui em seu texto uma gama de direitos fundamentais, tais como o direito à moradia protegido pelo instituto do direito real de habitação e o direito à herança, que, em diversas situações, colidem e concorrem uns com os outros no caso concreto, em decorrência da complexidade das relações sociais.

Em outras palavras, a colisão de direitos fundamentais ocorre quando há um conflito entre direitos individuais de diferentes titulares ou entre estes e bens jurídicos da sociedade.³⁹

Para solucionar os casos de colisão dos direitos fundamentais, é necessária a aplicação do juízo de ponderação, que é a mitigação de um princípio, levando-se em consideração a situação fática e jurídica envolvida.

Em se tratando de direitos submetidos a reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.⁴⁰

Este entendimento advém da noção de que, embora princípios e normas se assemelhem por possuírem obrigações jurídicas, as normas têm âmbito de aplicação restrito, levando a soluções predeterminadas, enquanto que os princípios, por outro lado, não designam consequências jurídicas automáticas.⁴¹

Observa-se a existência de dois tipos de colisão de direitos fundamentais: as em sentido estrito e as em sentido amplo. A primeira delas é a que ocorre apenas entre direitos fundamentais, e a outra, entre direitos fundamentais e princípios que protejam valores da sociedade.⁴²

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 375

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 375

⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.146

⁴² Ibidem, passim.

A colisão entre direitos fundamentais divide-se em idênticos ou diversos. O primeiro se identifica em quatro tipos, os direitos liberais de defesa, o direito de caráter liberal com o direito de proteção, o caráter negativo e positivo de um mesmo direito e entre o aspecto fático e jurídico de um direito fundamental.⁴³

Desse modo, considerando as possibilidades de colisão de direitos fundamentais, sob a influência da doutrina alemã, passou-se a utilizar o juízo de ponderação como forma de solução de tais conflitos.

Paulo Gonet afirma acerca da teoria da argumentação jurídica de Alexy que "permite afirmar que o exercício da ponderação - método para aplicar normas-princípios - tem a sua racionalidade assegurada, justamente por ser uma expressão da argumentação jurídica."⁴⁴

A ponderação é feita por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Para análise desse instrumento de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, deve-se compreender os elementos que o compõe, quais sejam, os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é o dado que demonstra a utilidade, legitimidade da medida no caso concreto para se atingir o fim pretendido. Paulo Gonet ensina que "o exame da adequação pressupõe que se fixe o objetivo do ato que opera a interferência sobre um direito fundamental."⁴⁵

O subprincípio da necessidade, também denominado exigibilidade, é o requisito que analisa qual das medidas conflitantes é a menos idônea para se atingir o objetivo. Considera-se que, havendo mais de um meio para solução do problema, o mais eficaz e rápido deva ser aplicado.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit.

⁴⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166.

⁴⁵ Ibidem, p. 172.

Por fim, o elemento da proporcionalidade em sentido estrito é a utilização da lei da ponderação em si, uma vez que é o exame da força que os princípios possuem diante da solução e qual deve ser preterido em função do outro.

O juízo de ponderação deve perpassar três partes. A primeira é a análise da importância do princípio frente à medida, é o peso abstrato e concreto, ou seja, a relevância no sistema constitucional e no caso concreto.

A ponderação sofre o condicionamento da moral política da sociedade e do desenvolvimento que esta imprime a dogmática dos direitos fundamentais e à própria prática constitucional.⁴⁶

O próximo passo na ponderação é verificar a dimensão do implemento do princípio concorrente, observar a consequência positiva e negativa de ambos no caso concreto.

E o último é aferição do dano causado na não satisfação do outro princípio e a comparação com o benefício do efeito que o princípio preferido produziu. Com todo esse caminho percorrido, será possível construir uma lógica estruturada que demonstre a necessidade de preterir um princípio pelo outro, a ponderação.

A fórmula de ponderação não leva a resultados de antemão indisputáveis e previsíveis, mas expressa um modelo de racionalidade realizável. Presta-se como medida de racionalidade de decisões tomadas.⁴⁷

Não é possível, no caso de direitos fundamentais, conforme se demonstrou pela teoria desenvolvida por Alexy, haver subsunção de uma norma em relação a outra, uma vez que constada a antinomia entre princípios jurídicos, estes podem ser compatibilizados, possuem mesma hierarquia normativa, promulgados conjuntamente e disciplinam classes em que não existem relação de gênero e espécie. Assim, os critérios, as metanormas utilizados na subsunção de normas são excluídos.

⁴⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179.

⁴⁷ Ibidem, p. 188.

Assim, no caso concreto, como o exposto na introdução, a colisão do direito real de habitação, enquanto proteção ao direito à moradia, e o direito à herança, quando houver colisão de direitos fundamentais, deve o intérprete da lei fazer um juízo de ponderação, uma avaliação do peso de cada um dos princípios colidentes, devendo "fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles".⁴⁸

5. A MITIGAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO EM CASO CONCRETO

Os aspectos doutrinários até aqui desenvolvidos têm por finalidade apontar soluções para casos concretos de conflitos normativos.

Podemos tomar como caso hipotético – embora já existam casos conhecidos – um em que o cônjuge supérstite seja plenamente capaz, com idade economicamente ativa, proprietários de outros bens imóveis, e opondo o direito real de habitação contra um herdeiro que esteja em situação financeira deficiente ou constitua-se mesmo em pessoa idosa, incapaz ou até mesmo portador de necessidades especiais.⁴⁹

Opor o direito real de habitação no caso supramencionado conduziria a uma situação em que o direito proprietário necessitaria de maior proteção, sendo possível e necessário a utilização do juízo de ponderação como meio de solução do conflito entre o direito à moradia do cônjuge e o direito proprietário do herdeiro.

Outro exemplo, agora de um caso real, seria o do REsp 1134387/SP, em que a ministra Nancy Andrighy pontuou que:

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva. 2009, p. 338.

⁴⁹ TASSINARI CARDOSO, Simone. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. Disponível em: . Acesso em: novembro de 2015

Neste cenário de colidência entre o direito de propriedade sobre fração do imóvel e o direito real de habitação da viúva, estendido aos filhos do segundo casamento, fixado por dispositivo de lei ao cônjuge sobrevivente, 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, vindo a tratar sem isonomia todos os filhos do falecido.⁵⁰

O caso em tela do voto proferido pela e. Ministra Nancy Andrighy é um dos exemplos em que a aplicação literal do direito real de habitação leva a uma situação de conflito entre direitos fundamentais.

A controvérsia resumiu-se em discorrer acerca da possibilidade das filhas do primeiro casamento do falecido poderem opor à cônjuge supérstite, detentora do direito real de habitação e morando no imóvel conjuntamente com os dois filhos do segundo casamento do falecido, os direitos sobre a fração do imóvel do qual são proprietárias em decorrência da sucessão hereditária.

Ante a impossibilidade de fruírem do patrimônio herdado, as recorrentes propuseram a presente ação, objetivando, na essência, a venda da casa ocupada pelos recorridos e a percepção dos valores correspondentes aos respectivos quinhões, mormente porque uma das recorrentes é acometida por mal crônico que levou à sua interdição.⁵¹

A Ministra trouxe em seu voto argumentos favoráveis às filhas do primeiro casamento. Inicialmente discorreu acerca da importância da ponderação de institutos colidentes, como o direito proprietário e o direito à moradia do cônjuge, para que haja a prevalência de um deles no caso concreto.

Considerou que a finalidade do instituto, que embasou a imposição do direito real de habitação se justificou pela proteção da solidariedade familiar, no entanto, no caso em tela, as recorrentes não possuem solidariedade com a cônjuge supérstite, uma vez que não possuem vínculos de parentalidade.

⁵⁰ 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.

(REsp 1134387/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 29/05/2013)

⁵¹ Idem

A intromissão do Estado-legislador na livre capacidade das pessoas disporem dos respectivos patrimônios, só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (CF, 203, I), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação de um deles – in casu – dos direitos inerentes à propriedade, para assegurar a máxima efetividade do interesse prevalente, que na espécie seria a proteção ao grupo familiar.⁵²

Ressaltou ainda que em relação aos demais herdeiros necessários - prole do segundo casamento - não haveria isonomia, pois estes estão usufruindo do patrimônio. Expôs que "não é razoável que fora do grupo familiar, prevaleça essa imposição, porquanto aqui não há justificativa que dê foros de legitimidade à exceção legal".⁵³

Assim, a e. Ministra votou no sentido de que, em face dos aspectos do caso, não há justificativa para a imposição do direito real de habitação, não há razoabilidade em exigir que herdeiros que não possuem vínculos de parentalidade com o cônjuge tenham seu direito à herança e direito proprietário obstado

O entendimento da e. Ministra, da necessidade de ponderação no caso concreto frente a direitos colidentes, não foi seguido pela Turma, que ainda segue a interpretação literal do direito real de habitação.

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto divergente da relatora Ministra Nancy Andrighi, aduziu que a jurisprudência do STJ vem resguardando o direito real de habitação, o interesse do cônjuge e do companheiro, pois a lei assim determina. Colaciona ementas ilustrativas de tal entendimento, dentre outras as seguintes:

⁵² 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.

(REsp 1134387/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 29/05/2013)

⁵³ Idem

CIVIL. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. IMÓVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. 1. Ao cônjuge sobrevivente, observadas as prescrições legais, é assegurado o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado à residência da família, a teor do disposto no § 2º, do art. 1.611, do Código Civil de 1916. 2. Neste contexto, recusa o entendimento pretoriano, a extinção do condomínio pela alienação do imóvel a requerimento do filho, também herdeiro. 2. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença julgando improcedente a ação de extinção de condomínio. (REsp 234.276/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 14/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 329)

Embargos de terceiro. Direito real de habitação. Art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916. Usufruto. Renúncia do usufruto: repercussão no direito real de habitação. Registro imobiliário do direito real de habitação. Precedentes da Corte. 1. A renúncia ao usufruto não alcança o direito real de habitação, que decorre de lei e se destina a proteger o cônjuge sobrevivente mantendo-o no imóvel destinado à residência da família. 2. O direito real de habitação não exige o registro imobiliário. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 565.820/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2004, DJ 14/03/2005, p. 323)

Tal interpretação, seguida pela doutrina majoritária e jurisprudência, conduz-nos, entretanto, a situações manifestamente injustas e contrárias aos valores de proteção de pessoas em situação de maior dependência, desvirtuando nitidamente o instituto do direito à moradia.

Em recente artigo apresentado no grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, os Professores Pablo Malheiros e Cristian Fetter analisaram um caso, que tramita na Justiça local⁵⁴, em que a viúva meeira, também herdeira, era ainda herdeira testamentária. O casal possuía inúmeros bens, sendo o imóvel em que moravam uma valiosa casa. Ela era possuidora de lojas comerciais, fora da herança, com percepção de aluguéis e, ainda, servidora pública aposentada. De outro lado, os filhos do cônjuge falecido, não possuíam moradia própria e encontravam-se em dificuldades financeiras.

No caso trazido a debate pelos Professores Pablo Malheiros e Cristian Fetter, a aplicação do entendimento do STJ e de parte da doutrina, proporcionaria à viúva ainda o direito real de habitação, em detrimento do direito à herança e à moradia dos herdeiros.

⁵⁴ Os dados do caso foram omitidos pelos Professores, a fim de preservarem a privacidade das partes envolvidas.

Note-se que a determinação da venda do imóvel em que o casal residia, em nenhum momento prejudicaria a qualidade de vida ou a possibilidade da viúva manter alto padrão de moradia. Noutras palavras, seu direito à moradia estaria resguardado. Flávio Tartuce⁵⁵ leciona sobre o assunto:

No que toca à constituição de uma nova família pelo habitante, vislumbra-se a hipótese em que o cônjuge sobrevivente não tem boas condições econômicas e financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes, que são inclusive proprietários de outros imóveis. Seria justo desalojar o cônjuge pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, sendo necessário ponderar a favor da moradia e da família, a partir dos valores constantes dos arts. 6.º e 1.º, inciso III, do Texto Maior. Cite-se, ainda, o art. 226, caput, da Constituição Federal, segundo o qual a família é a base da sociedade.

Em suma, é o caso concreto que vai determinar se o direito real de habitação do cônjuge persiste ou não. A propósito de caso antes aventado, em que o cônjuge já é proprietário de outro imóvel, a solução deve ser a mesma. Assim, se o falecido, casado por separação obrigatória, deixou dois filhos que não possuem casa própria e a esposa, que já tem um imóvel anterior, o direito real de habitação pode não ser atribuído à última, para a efetiva tutela da moradia dos filhos. Nota-se que, tratando-se de proteção da moradia, direito social e fundamental reconhecido pela Constituição Federal de 1988, não é possível trabalhar com ideias fechadas e imutáveis.

Podem-se imaginar inúmeras outras situações, em que a aplicação literal e isolada (não sistemática) do direito real de habitação produziria efeitos nocivos aos valores do ordenamento jurídico. Lembre-se que, numa interpretação teleológica, o instituto do direito real de habitação teve por finalidade a proteção da mulher e, portanto, da família, numa condição de fragilidade econômica.

No presente artigo, defendeu-se que frente à colisão de direitos fundamentais – direito à herança e à moradia do herdeiro e o direito à moradia e o direito real de habitação do cônjuge – deve o intérprete fazer o juízo de ponderação para garantir os valores cristalizados na Constituição e adequar a aplicação das normas conforme a interpretação sistemática e teleológica das normas de direito civil, informadas pelos princípios maiores constitucionais.

⁵⁵TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

6. CONCLUSÃO

Ciente do engessamento do tema na jurisprudência e na doutrina, buscou-se analisar neste artigo a extensão da aplicação do direito real de habitação no caso concreto. Esse estudo se ateve a averiguar a colisão entre os direitos do herdeiro, tanto à herança como, inclusive, à moradia com o direito do cônjuge à habitação no imóvel de residência da família, como forma de proteção do direito à moradia.

Em um primeiro momento, analisou-se o direito de propriedade em seus diversos aspectos, para se examinar, então, o direito à herança protegido expressamente no texto constitucional no meio do art. 5º, inciso XXX.

Para demonstrar a importância do direito à herança e a necessidade de ponderação no caso de colisão com demais direitos fundamentais, destacou-se a natureza de direito fundamental do direito de herança no ordenamento brasileiro por meio de um breve histórico das origens do direito hereditário, demonstrando, assim, a preocupação do legislador que culminou na proteção no artigo 5º da Constituição. E, ainda, discorreu-se acerca das características da sucessão.

Em seguida, tratou-se do direito real de habitação legal que foi, inicialmente, instituído para proteção familiar, assegurando ao cônjuge sobrevivente à moradia, desde que casado sob o regime de comunhão universal de bens, enquanto vivesse, sobre o bem de família, desde que único daquela natureza a inventariar.

Com o advento do Código Civil de 2002 e com a Lei da União Estável, que modificou a titularidade do direito real de habitação abrangendo o companheiro, surgiram lacunas, pois as novas legislações ficaram silentes acerca de muitos aspectos da aplicação do instituto e ampliaram sua incidência.

As normas asseguraram o direito real de habitação a todos os regimes matrimoniais, extinguiram o termo final da viuvez e eliminaram o requisito que determinava que o bem fosse o único daquela natureza a inventariar.

Nesse mesmo tópico, foi estudado o direito à moradia em seus diversos aspectos e seu caráter fundamental. Foram analisados comparativamente os direitos à moradia e a habitação, ressaltando-se suas diferenças e semelhanças.

Posteriormente, tendo conceituado os direitos fundamentais à herança e a moradia, é que se adentrou na problemática suscitada pelo presente artigo, na doutrina acerca da colisão dos direitos fundamentais, que possui como método de solução o juízo de ponderação.

Define-se ponderação como a medida utilizada para definir a norma aplicável em casos de conflito de princípios hierarquicamente idênticos, levando-se em conta os valores que os constituem.⁵⁶

A técnica utilizada é a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Para análise deste instrumento de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, devem-se compreender os elementos que o compõe, quais sejam, os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Os casos de colisão de direitos fundamentais são inúmeros no Direito. É possível observar esse fenômeno na aplicação do direito real de habitação tratado neste trabalho.

Foram abordados alguns casos com a finalidade de demonstrar a possibilidade de mitigação do direito real de habitação no caso concreto. Analisou-se o Resp 1134387/SP que teve como relatora, porém voto vencido, a Ministra Nancy Andrichy, um caso hipotético e, ainda, um caso trazido a debate pelos Professores Pablo Malheiros e Cristian Fetter no grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional.

Nos dizeres de Simone Tassinari⁵⁷

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.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 381.

⁵⁷ TASSINARI CARDOSO, Simone. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. Disponível em: . Acesso em: novembro de 2015

No presente artigo, defendeu-se que o direito real de habitação não pode ser aplicado indistintamente, de modo isolado e literal. A solução de casos concretos, em que o sujeito do direito real de habitação encontra-se em situação econômica manifestamente superior a dos demais herdeiros, em que não se possa exigir a solidariedade familiar e outros exemplos, sem que haja prejuízo ao direito à moradia, deve ser encontrada a partir da ponderação das normas constitucionais que garante o direito à moradia e o direito de herança, acompanhada da interpretação teleológica do instituto do direito real de habitação.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**, 1º volume. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1956.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 11 de jan. de 2002. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 15 de nov. 2015.

_____. **Lei 9.278 de 10 de maio de 1996**. Lei da União Estável. Publicada no Diário Oficial da União de 13 de maio de 1996. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm> Acesso em 15 de nov. 2015.

_____. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 05 de jan. de 1916. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 15 de nov. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no Diário Oficial da União de 05 de out. de 1988. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 15 de nov. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. volume 4. **Direito das coisas**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 11. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; MOLD, Cristian Fetter. **Direito Real de Habitação e a sua possível relativização no Direito Sucessório Brasileiro: Primeiras Reflexões**. 2015

GOMES, Orlando. **Direito Reais**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1991

_____. **Direitos Reais**. Tomo 1º. 3. Ed. Rio de Janeiro. São Paulo. Editora Forense. 1969

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. v. 9. Coimbra: Editora Coimbra. 1956.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Volume 6. 38. ed. São Paulo: editora atlas, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume IV. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de Souza. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TASSINARI CARDOSO, Simone. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: novembro de 2015

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.