



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito Real de Habitação: análise do instituto no âmbito da União Estável Homoafetiva

Alice Alecrim Bechara

Rio de Janeiro
2016

ALICE ALECRIM BECHARA

Direito Real de Habitação: análise do instituto no âmbito da União Estável Homoafetiva

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2016

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: ANÁLISE DO INSTITUTO NO ÂMBITO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Alice Alecrim Bechara

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – O objetivo precípua deste trabalho é a análise do instituto do Direito Real de Habitação e sua aplicabilidade às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Sabe-se que, em razão da evolução das relações sociais, o Direito das Famílias e das Sucessões sofreram diversas mudanças desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002. Assim, tendo em vista a contraposição entre a dinamicidade que envolve as interações humanas e a morosidade do poder legiferante, busca-se nos princípios norteadores do direito, nos entendimentos doutrinários e na jurisprudência, uma forma de sanar a omissão legal e aplicar também aos que possuem uma relação homoafetiva os benefícios concedidos aos casais heterossexuais que contraem matrimônio ou vivem em união estável.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito real de habitação. Entidade familiar. União Estável. União homoafetiva.

Sumário - Introdução. 1. O Direito Real de Habitação à luz do Direito Civil-Constitucional. 2. A União Estável e o Direito Real de Habitação. 3. A Extensão do Direito Real de Habitação às Relações Homoafetivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a aplicação do instituto do direito real de habitação nas relações de união estável, mais especificamente, nas uniões estáveis homoafetivas. Para tanto, far-se-á uma leitura dos dispositivos do Código Civil em atenção aos preceitos da Constituição Federal de 1988.

Sabe-se que o direito sucessório é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal, direito esse intimamente ligado à outra garantia fundamental, o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CRFB/88). Nesse sentido, a proteção do patrimônio no seio da família visa, além da conservação da propriedade privada, a concretização do princípio da solidariedade constitucional. Ademais, reconhece-se que a proteção do herdeiro do de cujos nada mais é do que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o direito sucessório objetiva a preservação da família, por constituir a base da sociedade conforme o art. 226 da Constituição Federal. Logo, a fim de fazer uma análise correta dos institutos sucessórios é preciso entender que a família, assim como outros

institutos do nosso ordenamento jurídico, possui uma função social, e por consequência, precisa estar alinhada aos princípios constitucionais. Da mesma maneira, é obsoleta a ideia de família como vínculo constituído exclusivamente entre um homem e uma mulher através do casamento a fim de dar lugar ao chamado princípio da pluralidade das entidades familiares norteados pelo afeto.

Nesse contexto, o trabalho enfoca a temática do direito real de habitação, isso é, a garantia conferida ao cônjuge sobrevivente (ou companheiro) de permanecer habitando no imóvel que servia de residência para o casal (art. 1.831 CC).

Dessa forma, tendo em vista o caráter protetivo do instituto ora estudado, é necessário realizar uma análise da sua extensão às relações de união estável, incluindo-se as uniões homoafetivas, em razão do número crescente de pessoas que optam por não contrair o matrimônio, ou até mesmo por conviver com pessoas do mesmo sexo. É bom destacar que a Constituição Federal confere especial proteção à família, base da sociedade, sem distinguir a sua origem.

Sendo assim, na primeira parte deste trabalho, com objetivo de viabilizar uma melhor compreensão sobre o tema, busca-se apresentar de uma maneira geral o instituto do direito real de habitação. Nesse viés, serão apresentados requisitos legais, seu conceito, requisitos legais, críticas doutrinárias, e principalmente, a sua aplicação pelos tribunais superiores, tudo isso a partir de uma leitura atenta e atual sobre a constitucionalização do direito privado.

No segundo capítulo, busca-se desvendar a aplicação do instituto às relações de união estável. É bem verdade que o Código Civil não conferiu ao companheiro a garantia do direito real de habitação, mas isso por si só não é capaz de afastar essa garantia dos conviventes.

No terceiro capítulo, depois de feitas essas considerações e partindo das premissas estabelecidas, passa-se a analisar a extensão desse direito às relações homoafetivas. Apesar do art. 226, § 3º da CRFB/88 mencionar expressamente que se reconhece a união estável entre o homem e a mulher, o Supremo Tribunal Federal alargou o texto constitucional ao reconhecer os mesmos direitos às relações homoafetivas no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 132.

Por fim, diga-se que a metodologia a ser aplicada é a de natureza qualitativa, descritiva e bibliográfica, na medida em que se valerá da bibliografia analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar sua tese.

1. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

O direito real de habitação é uma garantia conferida pelo art. 1.831 do Código Civil de 2002¹ ao cônjuge supérstite, com intuito de garantir-lhe o direito constitucional de moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal².

Nesse seguimento, é determinante ressaltar que o instituto encontra-se inserido no rol do art. 1.225 do CC³, rol taxativo que ao dispor dos direitos reais elenca o direito real de habitação, espécie dos chamados direitos reais em coisa alheia. Desse modo, tais direitos surgem em razão da possibilidade de fracionamento das faculdades inerentes ao direito de propriedade – uso, gozo, disposição e reivindicação –, o que se dá em razão do princípio da elasticidade, surgem tais direitos. Em outras palavras, enquanto o proprietário se conserva como titular único e exclusivo do bem, outra pessoa passa a titularizar um novo direito real, no caso o direito de habitar⁴.

Isso posto, como o direito das coisas tem como objeto tudo aquilo que é passível de apropriação pelo homem, isto é, bens corpóreos com caráter econômico, o direito real de habitação consiste no direito de habitar gratuitamente casa alheia com único objetivo de ocupá-la com sua família. Trata-se de direito limitado à habitação, já que o art. 1.414 do CC⁵ veda a fruição do imóvel ao dispor que o titular deste direito não pode alugar nem emprestar o bem.

Por consequência, desde já, destaca-se a importância do olhar constitucional sobre o direito civil, de maneira que o princípio da função social incida não somente no direito de propriedade, mas também nos direitos reais em coisa alheia, como no direito de habitação. Assim, em cada caso concreto, buscar-se-á a compatibilização tanto dos interesses do proprietário, como do titular do direito real limitado, além da sociedade como um todo.⁶ Isso porque o direito de propriedade deve ser compatibilizado com os objetivos da República

¹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 set 2016.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

³ Vide nota 1.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 12. ed. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 734.

⁵ Vide nota 1.

⁶ FARIAS; NELSON, op. cit., p. 737.

Federativa do Brasil, como a construção de uma sociedade solidária, e a erradicação da pobreza (art, 3º, I e III, CRFB/88⁷).

Outrossim, como já foi adiantado, o estudo do direito real de habitação possui maior relevância jurídica no âmbito do direito sucessório, já que o art. 1.8131 CC⁸ assegura direito real de habitação vitalício ao cônjuge sobrevivente. Nesse diapasão, apesar de manter certas características, como de guardar a finalidade única de moradia, aqui, o direito inserido possui uma característica ímpar, qual seja, a forma de constituição *ex lege*, por imposição legal.

Ainda, atente-se também que, nesse caso, não há imposição de registro imobiliário, o que não afasta a oponibilidade erga omnes, característica do direito real, que pode ser exercida através dos interditos possessórios, inclusive contra os herdeiros. Na verdade, a nua propriedade do bem pertence aos herdeiros, sendo o cônjuge sobrevivente o possuidor direto do bem, o que justifica o uso dos interditos.

O direito também se caracteriza pela sua gratuidade e impenhorabilidade, logo o habitante tem a faculdade de invocar a proteção do bem de família. Aliás, também se torna possível a percepção dos frutos, desde que não sejam extraídos em escala comercial, o que descaracterizaria a finalidade do instituto⁹.

Resumindo-se, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias em coautoria com Nelson Rosenvald¹⁰:

o direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge (e ao companheiro) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte do outro componente da sociedade afetiva, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e independentemente do regime de bens.

É claro o objetivo do legislador de assegurar ao cônjuge sobrevivente o direito constitucional de moradia, com base no princípio da solidariedade familiar. O seu objetivo é o de preservar o ambiente em que o viúvo residia, quando esse concorrer com seus descendentes e ascendentes pelo acervo hereditário, sendo que não há qualquer diferenciação se os descendentes são ou não filhos exclusivos do falecido¹¹. Trata-se, portanto, de mais uma

⁷ Vide nota 2.

⁸ Vide nota 1.

⁹ BLINKSTEIN apud DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 7. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 269.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Resp n. 1.134.387/SP, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901508033&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

forma de dar azo ao princípio da dignidade da pessoa humana na legislação infraconstitucional.

Por conseguinte, a garantia se impõe mesmo que o cônjuge não seja herdeiro, nem meeiro, quer dizer, pouco importa o regime do matrimônio, podendo, inclusive, ter sido o da separação de bens, pois, segundo Maria Berenice Dias¹², o instituto é próprio ao ramo de do direito real, e não do direito hereditário.

É evidente que a garantia ao cônjuge do direito real de habitação não prejudica o seu direito sucessório, pois esse direito nada mais é do que garantia imposta pela lei, de maneira que o STJ¹³ já ratificou essa posição, ao decidir que, por se tratar de direito *ex vi lege*, o seu reconhecimento não precisa se dar obrigatoriamente no momento da partilha, assim como a sua declaração posterior não depende da sua anulação.

De mais a mais, o texto legal traz certa limitação ao dispor que o direito recai sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza. Entretanto, a disposição não está imune à críticas, Maria Berenice¹⁴ argumenta assim:

a limitação é descabida. Não há como excluir o direito somente pelo fato de compor o acervo sucessório mais de um bem, ou ainda que mais de um com destinação residencial, ou o fato de o casal possuir mais de uma residência. A lei assegura a possibilidade de a pessoa ter mais de uma residência, sendo considerada qualquer delas seu domicílio (art. 71 CC). Assim, duplo domicílio não pode excluir o direito real de habitação. Seria restrição incompreensível. No entanto, não há como assegurar o direito de habitação sobre ambos os imóveis. É de livre escolha do sobrevivente optar por um deles.

Todavia, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald¹⁵ citam José Luiz Gavião de Almeida, Desembargador do TJSP, que determina que a existência de outros imóveis residenciais só afasta o direito em relação ao próprio bem no qual o cônjuge sobrevivente residia. Por conseguinte, deve ser oferecido imóvel com as mesmas condições do anterior. Entretanto, fato é que o STJ¹⁶ já entendeu que o direito real de habitação incide sobre o imóvel que residia o casal, mesmo que haja outros imóveis a inventariar.

¹² DIAS, op. cit., p. 67.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.125.901/RS, Ministro Relator Marco Buzzi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901338830&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice, op cit., p. 69.

¹⁵ ALMEIDA apud FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, op. cit., p. 272.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Resp n. 1.220.838/PR, Ministro Relator Sidnei Beneti. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002080445&dt_publicacao=27/06/2012>. Acesso em 12 ago. 2016.

Ademais, o direito é vitalício e incondicionado – mas não indisponível¹⁷, ou seja, a construção de nova entidade familiar não importa extinção do direito, embora a garantia não seja transmissível ao novo cônjuge ou companheiro. A previsão é alvo de críticas pelos autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁸, ao dispor que “permitir que o cônjuge se mantenha residindo no imóvel que não lhe pertence, mesmo que constitua uma nova família, implica em alteração da natureza protecionista do instituto, transmutando em abuso do direito real sobre a coisa alheia [...]”.

Por derradeiro, os autores defendem a tese da derrotabilidade (defeseability) ou superabilidade, ao permitir a construção de soluções episódicas voltadas ao caso concreto em defesa do princípio da razoabilidade¹⁹.

Na verdade, a ideia advogada pode ser vista em alguns julgados do STJ que já afastou o direito real de habitação em alguns casos como, por exemplo, no julgado noticiado no informativo de jurisprudência 541²⁰, em que foi sopesado o direito de moradia do cônjuge supérstite, baseado no princípio da solidariedade familiar, com o direito de propriedade de outros coproprietários do imóvel que já sustentavam essa qualidade antes do óbito do de cujos. Em outro caso semelhante, o direito foi negado, pois o bem pertencia em condomínio ao falecido e mais doze irmãos²¹.

A todo o momento, vê-se que o direito positivo é desafiado por uma releitura embasada na constitucionalização do direito civil. Dessa forma, é mister fazer a análise do instituto com base no princípio da solidariedade social, a fim de garantir a maior eficácia possível do direito conferido em lei, evitando injustiças sociais.

2. A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Apesar de o Código Civil ter feito menção expressa ao direito real de habitação do cônjuge supérstite, o mesmo não ocorreu em relação ao companheiro. A omissão legal deve

¹⁷ Enunciado 271 da III Jornada de Direito Civil: O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2016.

¹⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 271.

¹⁹ Ibid., p. 273.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.184.492, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000375282>. Acesso em 12 ago. 2016.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.212.121/RJ, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001620861&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

ser encarada como verdadeiro retrocesso, já que o art. 7º da Lei n. 9.278/96²², ao dispor sobre a união estável, previa essa garantia ao companheiro sobrevivente.

Vista inicialmente com nome de concubinato e sem produzir efeitos no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões, a figura mudou de lado com a Constituição Federal de 1988 que reconheceu a qualidade de natureza familiar das relações entre o homem e a mulher, diferentes do casamento. Dessa maneira, o art. 226, §3º da CRFB/88²³ legitimou a união estável como entidade familiar.

A novidade foi bem vista, pois conforme destaca Guilherme Calmon Nogueira da Gama²⁴, a família deixa de ser um fim em si mesmo, passando a ser funcionalizada em prol da dignidade de cada integrante, fala-se, portanto em despatrimonialização e repersonalização das relações.

Não se nega que casamento e união estável não compõem o mesmo instituto jurídico, note-se, inclusive, que o próprio texto constitucional determina a facilitação da conversão da união estável em casamento. Entretanto, não se pode admitir tratamento discriminatório à união estável, de forma a rebaixá-la a uma relação de menor importância.

Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares²⁵ destaca que elevar o casamento em razão da celebração de um ato formal fere o princípio da igualdade, até porque o princípio da dignidade da pessoa humana deve atingir todas as pessoas indiscriminadamente. Logo, se a família é meio de concretização desse princípio não há como diferenciar o grau de proteção das diferentes entidades familiares.

Igualmente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal²⁶ ponderam:

ora, seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, é certo que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o afeto. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena dos seus componentes.

Não obstante, é sempre bom lembrar que o Código Civil de 2002 não foi concebido nesse contexto de visão plural das entidades familiares, elencando mais uma razão para a existência de deficiências no estudo do Direito de Família²⁷.

²²BRASIL. Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em 03 out 2010.

²³ Vide nota 2.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos, A Função Social da Família: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Minas Gerais, ano VIII, nº 39, dez/jan. 2007, p. 157.

²⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 140

²⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 279.

Por essas razões, mesmo diante da omissão legal, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência a tese acerca da extensão do direito real de habitação ao companheiro do de cujos²⁸. Contudo, é oscilante o fundamento utilizado.

A primeira corrente²⁹ sustenta a tese de que o art. 7º da Lei nº 9.278/96³⁰ não teria sido revogado pelo Código Civil, em virtude da ausência de incompatibilidade entre as referidas normas. Aliás, essa interpretação prestigia o direito de moradia consagrado no texto constitucional (art. 6º, CRFB³¹), além da especial proteção à família conferida pelo art. 226, §3º da CFRF³². O entendimento foi enfim consolidado pelo enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil³³.

A terceira turma do STJ possui alguns julgados nesse sentido. No julgamento do AgRg no REsp nº 1.436.350/RS³⁴, embora o direito não tenha sido reconhecido no caso concreto, foi confirmada a sua possibilidade, posto que o CC de 2002 não revogou as disposições da Lei nº 9.278/96³⁵.

Todavia, é preciso observar que o art. 7º da Lei nº 9.278/96³⁶ previa como condição que o companheiro continuasse solteiro. Assim, apesar de se entender que esse dispositivo continua em vigor, a condição deve ser afastada visto que este óbice não se faz presente no direito reconhecido ao cônjuge. Alerta Maria Berenice Dias³⁷ que em razão do princípio da igualdade só há duas soluções, impõe ou afasta restrição para ambos, mas como não se admite a restrição do direito por analogia, e, nesse caso, haveria uma restrição do direito do cônjuge,

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia, op. cit., p. 137.

²⁸ Tabela doutrinária em que constam os adeptos desse entendimento, tais quais, Christiano Cassettari, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Daneluzzi, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Sílvio de Salvo Venosa, Zeno Veloso, Flávio Tartuce, encontrada em CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 190.

²⁹ DIAS, op. cit. p. 83.

³⁰ Vide nota 21.

³¹ Vide nota 2.

³² Ibid.

³³ Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil: Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88. Disponível em: <aleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 18 ago. 2016.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 1.436.350/R. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400395495&dt_publicacao=19/04/2016>. Acesso em 15 ago. 2016.

³⁵ Vide nota 21.

³⁶ Ibid.

³⁷ DIAS, op. cit., p. 68.

já que o art. 1.831 CC³⁸ não aceita tal condicionante, a solução é afastá-la para o companheiro.

Por essa razão, uma segunda corrente defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sustenta que o mais correto é aplicar o direito real de habitação ao companheiro nos mesmos moldes do direito previsto no art. 1.831 CC³⁹ ao cônjuge, ou seja, direito vitalício, incondicionado, e que independe de eventual direito à herança ou meação⁴⁰.

Nesse mesmo sentido vem se posicionando a quarta turma do STJ. Em um julgado noticiado no informativo de jurisprudência nº 533⁴¹, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão reconheceu o direito de a companheira de residir no imóvel no qual convivia com o falecido, mesmo no caso de ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido do seguro de vida do de cujos. Trata-se, na verdade, do mesmo entendimento aplicável ao art. 1.831 CC⁴², de modo a afastar a restrição legal que impõe que o imóvel objeto do direito real seja o único de natureza residencial a ser inventariado.

Atente-se, no entanto, que não se pode dizer que o entendimento seja unânime na quarta turma, pois o Ministro Raul Araújo entende de forma minoritária que o direito real de habitação não deve ser estendido ao companheiro em razão da ausência de previsão no art. 1.831 do CC⁴³. Ademais, o ilustre Ministro fundamenta seu voto no sentido de que a Constituição Federal não impôs a igualdade entre os regimes do casamento e da união estável.

Outrossim, nessa mesma turma, é preciso dizer que o Ministro Marco Buzzi, apesar de entender que a companheira merece ser beneficiada pelo instituto do direito real de habitação, defende que o fundamento aplicável é a Lei. 9.278/96⁴⁴, já que a legislação especial subsiste frente à omissão do Código Civil. O entendimento foi exposto no julgamento do Resp nº 1.329.993/RS⁴⁵, em que o Ministro fez menção à sua posição já adotada no Resp nº 1.156.744/MG, julgado em 2012.

Interessante notar que a mesma quarta turma entendeu que o direito real de habitação deve ser garantido sem embargo de reconhecimento prévio da união estável pelo poder

³⁸ Vide nota 1.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 294.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.249.1/SC, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100849912&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁴² Vide nota 1.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Vide nota 21.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.329.993/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002222363&dt_publicacao=18/03/2014>. Acesso em 15 ago. 2016.

judiciário⁴⁶. Observe-se que o recurso especial foi negado de forma unânime, seguindo o voto do relator, os Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo – que fez a sua ressalva acerca do seu entendimento sobre a matéria.

Enfim, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência defendem que a companheira, apesar da omissão do Código Civil, tem direito real de habitação sobre o imóvel que residia com o de cujos, restando controvertido tão somente o fundamento para sua aplicação.

No mais, aplicam-se as mesmas considerações feitas no capítulo anterior no que tange ao direito previsto expressamente em favor do cônjuge sobrevivente.

3. A EXTENSÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ÀS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.

As uniões homoafetivas, quer dizer, as uniões envolvendo pessoas do mesmo sexo, não possuem regulamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, o art. 226, §3º da CRFB/88⁴⁷ menciona apenas o casamento e a união estável entre o homem e a mulher.

Mesmo assim, é possível encontrar alguns diplomas legislativos que fazem referência a essas uniões como entidades familiares. Dessa forma, o art. 2º da Lei n. 11.340/2006⁴⁸, conhecida como Lei Maria da Penha, faz previsão ao expor que toda mulher, independentemente de orientação sexual goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Ainda, o art. 17, II, da Lei n. 12.852/2013⁴⁹, Estatuto da Juventude, prevê que todo jovem tem o direito de não ser discriminado por motivo de orientação sexual, fora a imposição ao poder público de fazer a inclusão do tema da orientação sexual e de gênero na formação de profissionais de educação, saúde, segurança pública, e dos operadores do direito (art. 18, III do Estatuto).

A despeito disso, a omissão legal não é capaz de gerar a negativa de direitos àqueles que optaram por se relacionar com pessoas do mesmo sexo. Maria Berenice Dias⁵⁰, advogada especializada em direito homoafetivo e desembargadora aposentada, argumenta que a

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.203.144/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35834965&num_registro=201001278654&data=20140815&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁴⁷ Vide nota 2.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 12.852 de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

Constituição Federal de 1988 inovou ao alargar o conceito de família, pois o texto constitucional previu a proteção tanto para o casamento quanto para a união estável e para as famílias monoparentais, o que retirou a heterossexualidade como um requisito para formação da família.

Nesse sentido, a autora afirma que a ausência de regulamentação legal ofende os princípios da dignidade, da igualdade e da liberdade, trazendo a seguinte ponderação:

a diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para reconhecer a entidade familiar como merecedora de especial tutela do Estado. O moderno enfoque dado à família volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à identidade sexual de seus membros⁵¹.

Soma-se a isso o fato de que a justificativa da proteção da família como base da sociedade é a mútua assistência afetiva, também indistintamente presente nas relações homoafetivas. Nesse diapasão, novamente Maria Berenice Dias⁵² é categórica ao dizer que “o direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par.”

Além disto, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, possui relevante papel no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões para concretizar o direito de liberdade do indivíduo de constituir a sua família da forma que melhor entender. Trata-se, portanto, do chamado direito à busca da felicidade, de forma que é reconhecida ao sujeito de direito a sua capacidade de autodeterminar-se conforme suas convicções pessoais

Nesse aspecto, fala-se no surgimento da chamada família eudemonista, como aquele núcleo familiar que busca implementar a felicidade dos seus componentes ao deslocar a proteção do instituto em si para os próprios integrantes da família⁵³.

Em razão de tal omissão, o Poder Judiciário possuía julgados conflitantes sobre o tema. Naquele cenário, muitas decisões foram proferidas no sentido de declarar que as uniões homoafetivas não careciam de qualquer direito, por outro turno, alguns julgados entendiam que deveria ser aplicada as mesmas disposições relativas às sociedades de fato. Esse segundo entendimento gerava consequências rigorosas ao parceiro, visto que por ser sociedade de fato não era reconhecido o status de herdeiro. Posteriormente, alguns avanços foram alcançados na

⁵¹ DIAS, op. cit., p. 88.

⁵² Ibid, 2014, p. 112.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

jurisprudência, como o reconhecimento de direitos previdenciários aos parceiros sobreviventes⁵⁴.

Atento às demandas da sociedade moderna, o Supremo Tribunal Federal adotou posição paradigmática no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) n. 132 em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n.4.277⁵⁵. Naquela ocasião, o Tribunal Pleno do STF, por votação unânime, julgou procedente a ação com eficácia erga omnes e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, a fim de estender a proteção constitucional às relações de união estável entre um homem e uma mulher às uniões homoafetivas. Após, com base nessa decisão, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175 com objetivo de vedar que as autoridades competentes recusassem os pedidos de habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O Ministro Relator Ayres Britto⁵⁶ explicitou bem a questão em seu voto ao trazer como parâmetro o próprio art. 3º, inciso IV da CRFB/88⁵⁷ que veda expressamente o preconceito em razão do sexo. Veja, por exemplo, o seguinte trecho do acórdão:

prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

Importa também dizer como bem ressaltou o Ministro⁵⁸ que “[...] a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”.

Bem vistas as coisas, é possível dizer que ao estender às relações homoafetivas os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis, reconhece-se que os parceiros sobreviventes

⁵⁴ Ibid., p. 90.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Ministro Relator Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=132&origem=AP.>>. Acesso em 07 set 2016. O Ministro relator entendeu que a ADPF n. 132 e a ADI n. 4277 possuíam o mesmo objeto, qual seja, a interpretação conforme à constituição do art. 1.723 do CC, razão pela qual o relator entendeu por converter a ADPF em ADI a fim de fazer um julgamento conjunto.

⁵⁶ Vide nota 36.

⁵⁷ Vide nota 2.

⁵⁸ Vide nota 36.

passam a ter os mesmos direitos sucessórios dos companheiros. Nessa esteira, claramente, inclui-se o direito real de habitação.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem se pronunciado nesse mesmo sentido. Nos autos da Apelação Cível nº 0070007-89.2012.8.19.0002 o Desembargador Relator Antônio Iloízio Barros Bastos⁵⁹ negou o pedido da herdeira de receber alugueres sobre o imóvel que pertencia a um dos conviventes. No caso, foi reconhecida a união estável homoafetiva que perdurou 27 anos de modo que foi reconhecido ao parceiro supérstite o direito real de habitação sobre o imóvel, em prol da aplicação analógica da legislação aplicável às relações heteroafetivas.

Em outro processo que tramitou em segredo de justiça, o Desembargador Relator Luciano Rinaldi⁶⁰ desproveu recurso de agravo de instrumento interposto em face da decisão interlocutória que antecipou os efeitos da tutela para determinar a anotação no RGI do usufruto vidual em favor da parceira sobrevivente. Isso posto, a decisão agravada foi reformada parcialmente para incluir na anotação o “usufruto vidual, com consequente direito real de habitação”.

Por fim, diga-se que o STJ⁶¹ já se mostrou simpático à hipótese de concessão do direito real de habitação ao companheiro homoafetivo. Explique-se melhor, no caso concreto, o pedido inicial da ação envolvia apenas o reconhecimento do direito real de habitação, o que foi acolhido pelo juiz de primeiro grau, sem recurso de apelação. Entretanto, foi pleiteado em sede de recurso especial a propriedade plena do imóvel em debate, o que foi negado sob pena de se julgar de forma extra ou ultra petita. Apesar do resultado final do julgamento, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão salientou em seu voto que o STJ possui diversos julgados reconhecendo as uniões estáveis homoafetivas em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade e o repúdio à discriminação. Expressou, ainda, que o mesmo tribunal também entende pela viabilidade do reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Por isso, não há outra conclusão senão a de que seria viável a concessão do direito real de habitação ao parceiro sobrevivente.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0070007-89.2012.8.19.0002. Desembargador Relator Antônio Iloízio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000444CDDD5C46870B17920FD2348FC4FF08C50418553151>>. Acesso em 07 set 2016.

⁶⁰ BRASIL. . Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0021390-02.2015.8.19.0000. Desembargador Relator Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201500217755&CNJ=0021390-02.2015.8.19.0000>>. Acesso em: 07 set 2016.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 1.204.425/MG. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802457580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 07 set 2016.

Sendo assim, conclui-se que embora haja certa reticência do legislador em positivar na lei os direitos daqueles que se relacionam com pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência vem exercendo importante papel de inclusão social ao garantir-lhes os mesmos direitos dos heterossexuais. Afinal, cabe frisar que o próprio conceito de cidadania abrange tanto a igualdade quanto a desigualdade, sendo de suma relevância entender que se vive hoje em dia em uma sociedade cada vez mais plural.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é forçoso reconhecer a extensão do direito real de habitação àqueles que vivem em união estável homoafetiva. Nesse prisma, apesar de se reconhecer a omissão legislativa quanto ao assunto, não há como sustentar a restrição de direitos às pessoas que optaram por viver em uniões com pessoas do mesmo sexo. O direito real de habitação nada mais é do que uma garantia conferida pelo legislador ao cônjuge sobrevivente de continuar morando no imóvel que residia com seu falecido, ou seja, nada mais é do que uma proteção ao direito constitucional de moradia.

Logo, por caracterizar a positivação de um mandamento constitucional, mesmo que esse direito seja previsto no Código Civil tão somente ao cônjuge sobrevivente, aquele que contraiu matrimônio na forma da lei, tanto a doutrina como a jurisprudência dos tribunais superiores reconhecem amplamente a sua aplicabilidade aos casais que viveram em relações de união estável, em vida.

Nesse diapasão, novamente, a própria Constituição Federal reconheceu o status de natureza familiar da união estável entre o homem e a mulher, razão pela qual se faz necessário o reconhecimento do direito real de habitação aos companheiros.

Em sequência, entende-se que se o texto maior legitimou as relações havidas fora do matrimônio não há porque restringir essa hipótese apenas às relações entre um homem e uma mulher, já que as relações homoafetivas possuem como base o mesmo valor que embasa tanto o próprio casamento quanto à união estável, qual seja, o afeto e a solidariedade entre os seres humanos.

É certo que a Constituição Federal, lei maior do nosso ordenamento, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo um dos objetivos da República a promoção do bem geral, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade. Sendo assim, não é

razoável que a omissão do legislador infralegal resulte no cerceamento de direitos do cidadão brasileiro.

Dessa forma, compreende-se também que a sociedade atual não se prende mais aos conhecidos padrões tradicionais da família, de forma que o Poder Judiciário deve exercer o relevante papel de sanar eventuais omissões legislativas a fim de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos que não possuem proteção legal.

Por todas essas razões, conclui que o direito real de habitação, este como um instituto conferido pelo legislador com o nítido intuito protetivo, deve ser estendido aos parceiros sobreviventes que viveram em uma união estável homoafetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 set 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2016.

_____. Conselho da Justiça Federal Disponível em: <[aleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIJornada.pdf](http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIJornada.pdf)>. Acesso em 18 ago. 2016

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

_____. Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em 03 out 2010.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

_____. Lei n. 12.852 de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 06 set 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça Resp nº 1.134.387/SP, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901508033&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.125.901/RS, Ministro Relator Marco Buzzi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumer>>

oRegistro&termo=200901338830&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça Resp nº 1.220.838/PR, Ministro Relator Sidnei Beneti. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002080445&dt_publicacao=27/06/2012>. Acesso em 12 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.184.492, Ministra Relatora Nancy Andrigui. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000375282>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.212.121/RJ, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001620861&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 1.436.350/R. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400395495&dt_publicacao=19/04/2016>. Acesso em 15 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.249.1/SC, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100849912&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 15 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.329.993/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002222363&dt_publicacao=18/03/2014>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.203.144/RS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35834965&num_registro=201001278654&data=20140815&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.204.425/MG. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802457580&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 07 set 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132. Ministro Relator Ayres Britto. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=132&origem=AP.>>. Acesso em 07 set 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0070007-89.2012.8.19.0002. Desembargador Relator Antônio Iloízio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000444CDDD5C46870B17920FD2348FC4FF08C50418553151>>. Acesso em 07 set 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0021390-02.2015.8.19.0000. Desembargador Relator Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201500217755&CNJ=0021390-02.2015.8.19.0000>>. Acesso em: 07 set 2016

CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 12. ed. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos, A Função Social da Família: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Minas Gerais, ano VIII, nº 39, dez/jan. 2007.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.