

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA, CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E SUA APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FAMILIARES

MARIA LUIZA NASCIMENTO CAMPOS

Itajaí, novembro de 2010

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA, CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E SUA APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FAMILIARES

MARIA LUIZA NASCIMENTO CAMPOS

Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito final à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica

Orientador: Professor Doutor Álvaro Borges de Oliveira

Itajaí, novembro de 2010

AGRADECIMENTO

O maior risco ao expressar agradecimentos é não elencar todas as pessoas que, de uma forma ou outra, contribuíram na construção deste trabalho. Entretanto, esse é um risco que cabe assumir, pois pior seria silenciar e nada mencionar sobre aqueles que tornaram isso possível.

Início agradecendo a Deus, por sua infinita bondade e constante presença na minha vida, o que me permite observar com os olhos do coração as mazelas dos ainda não tutelados juridicamente.

Ao meu esposo Lazinho, sempre presente, dando apoio e contornando as crises de desespero que me assolaram na elaboração da pesquisa.

Aos meus filhos, e netas, que compartilham comigo da grande jornada da vida e puderam compreender minha ausência física, mas sempre conscientes de suas presenças na minha lembrança, agradeço por existirem e por serem exatamente como são.

Aos Professores Mestres Clóvis Demarchi e Maria Fernanda Gugelmim Girard pelo apoio e pelo exemplo.

Ao Professor Doutor Álvaro Borges de Oliveira, meu orientador, registro especial agradecimento, por ter conduzido com amizade e respeito à travessia do processo de aprender a buscar o conhecimento. Sua leitura atenta e sua escuta foram essenciais para estabelecer os limites inerentes ao rigor acadêmico.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho ao meu esposo Lazinho, pelo exemplo de 37 anos de companheirismo, por me ensinar que para alcançarmos nossos objetivos é necessário um esforço comum e apoio mútuo.

Aos meus meninos, Gil Nascimento Campos e Gustavo Nascimento Campos, e minhas meninas, Barbara Nascimento Campos, Gabriela Nascimento Campos de Amorim e Geovanna Fagundes Campos que me fizeram uma pessoa melhor com o seu nascimento.

Ao Professor Mestre Clóvis Demarchi que me mostrou uma visão diferenciada de aprender o conhecer, pelo cuidado e auxílio, o que me fez sentir que nunca estou só. De professor marcante á grande amigo.

Enfim, a todos aqueles a quem quero bem, que compartilham comigo da grande jornada da vida.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, novembro de 2010

**Maria Luiza Nascimento Campos
Mestranda**

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1.....	14
A INSTITUIÇÃO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	
14	
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	14
1.2 ANÁLISE EVOLUTIVA: OS PRIMÓRDIOS DO INSTITUTO FAMILIAR E A FAMÍLIA ROMANA	16
1.3 CONCEITUAÇÃO E CARACTERES DO INSTITUTO FAMILIAR.....	23
1.4 ESPÉCIES CONSTITUCIONAIS DE FAMÍLIA	27
1.4.1 Do Casamento.....	28
1.4.1.1 Conceituação, e Finalidades Básicas	28
1.4.1.2 Os Impedimentos Matrimoniais	32
1.4.1.3 Formas de Dissolução	34
1.4.2 Da União Estável	35
1.4.2.1 A União Estável Depois da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as Leis 8.971/94 e 9.278/96	38
1.4.2.2 A União Estável e o Código Civil de 2002.....	40
1.4.2.3 Conceito de União Estável.....	42
1.4.2.4 Características da União Estável	43
1.4.3 Da Família Monoparental	47
1.5 DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA	50
CAPÍTULO 2.....	55
DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.....	
55	
2.1 OS DIREITOS REAIS	55
2.1.1 Direito das Coisas x Direitos Reais	55
2.1.2 Diferenças Entre os Direitos Reais e Direitos Pessoais	58
2.1.3 Características e Classificação	61
2.2 PROPRIEDADE: DIREITO REAL POR EXCELÊNCIA.....	65
2.2.1 Considerações iniciais.....	65
2.2.2 Conceito	67
2.2.3 Domínio: o conteúdo interno da Propriedade.....	73

2.3 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	75
2.3.1 Direitos Reais em Coisa Alheia	75
2.3.2 Direitos Reais de Fruição.....	79
2.3.3 Direito Real de Habitação	80
 CAPÍTULO 3	 85
 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO FRENTE AOS INSTITUTOS FAMILIARES E SEU REFLEXO SUCESSÓRIO.....	 85
3.1 BREVE ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO	85
3.2 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO	88
3.3 APLICAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO INSTITUTO FAMILIAR DA UNIÃO ESTÁVEL.....	93
3.4 DA APLICAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À UNIÃO HOMOAFETIVA	98
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 108
 REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	 110

RESUMO

A presente dissertação trata do estudo do Direito Real de Habitação na sucessão e sua aplicabilidade às diversas instituições familiares, ainda que não reconhecidas como tais pelo ordenamento jurídico brasileiro. Seu objetivo geral é analisar, com base na legislação em vigor, doutrina e jurisprudência se a instituição do Direito Real de Habitação é aplicável às diversas instituições familiares. A fim de estudar o instituto do Direito Real de Habitação, em especial no que se refere à sua aplicabilidade às diferentes formas de família presentes na atual sociedade brasileira independente de serem reconhecidas, fez-se necessário verificar a finalidade legal da gênese de tal instituto no ordenamento jurídico. Observaram-se ainda as espécies de famílias constitucionais, quais sejam, Casamento, União Estável, Família Monoparental, e a Família Homoafetiva, ainda que não reconhecida como instituto familiar pela legislação. Verificou-se os Direitos Reais, a sua diferenciação quanto ao Direito das Coisas, suas características, classificações, o direito de propriedade de forma pormenorizada, com seus conceitos e conteúdos inerentes, e, posteriormente, passou-se à classificação do Direito Real de Habitação, concluindo-se pela verificação da possibilidade de aplicação deste instituto nas diversas famílias consideradas, ou não, pela Constituição da República Federativa do Brasil.

ABSTRACT

This dissertation deals with the study of succession rights in the Real Right to Housing, and their applicability to various family institutions, even if not recognized as such by the Brazilian legal system. Its main objective is to analyze, based on the legislation, doctrine and jurisprudence, whether the institution of the Real Right to Housing is applicable to various family institutions. In order to study the Institute of Real Right to Housing, particularly with regard to its applicability to the different forms of family that exist in Brazilian society today, irrespective of whether they are officially recognized, it was necessary to verify the legal purpose of the genesis of this institution in the legal system. We also observed the types of constitutional family unit that exist, namely, Marriage, Stable Union, Single Parent Family and Homoffective Family, though the latter is not recognized as a family institution by the legislation. The study determines what are Real Rights, their differentiation with regard to the Property Law, their characteristics and classifications, property rights in detail, and their inherent concepts and contents. It then classifies the Real Right to Housing, concluding by determining the applicability of applying this institute in the various families that are recognized or not recognized by the Constitution of the Federative Republic of Brazil

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação¹ tem como **objeto**² a discussão legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicabilidade do Direito Real de Habitação nos diferentes Institutos Familiares.

O **objetivo institucional**³ é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica- CPCJ/UNIVALI, enquanto que o **objetivo geral**⁴ é identificar os institutos familiares constantes da Constituição da República Federativa do Brasil, e a União Homoafetiva, e a conceituação do Direito Real de Habitação aplicável a estes módulos familiares.

Os **objetivos específicos**⁵ serão distribuídos por capítulos da seguinte forma: primeiro capítulo: compreender a evolução do instituto familiar, desde os primórdios da humanidade, verificando as formas de composição familiar existentes em conformidade da Constituição da República e a evolução e reconhecimento da União Homoafetiva; segundo capítulo: analisar os Direitos Reais, a sua definição e diferenciação do Direito das Coisas, bem como analisar o conceito de Propriedade e de Habitação; terceiro capítulo: verificar como a doutrina e a jurisprudência vêm interpretando a inovação legal quanto ao Direito Real de Habitação e sua aplicação às famílias estudadas.

¹ “[...] é o produto científico com o qual se conclui o Curso de Pós-Graduação *Stricto sensu* no nível de Mestrado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 170.

² “[...] é o motivo temático (ou a causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinador da realização da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 170.

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 161.

⁴ “[...] meta que se deseja alcançar como desiderato da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 162.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 162.

A delimitação⁶ do tema proposto nesta dissertação se dá pelo Referente⁷ da Pesquisa⁸: Interpretação e aplicação do Direito Real de Habitação aos diferentes institutos familiares existentes cultural ou legalmente existentes.

O Tema será desenvolvido na linha de pesquisa Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e no grupo de Pesquisa de Hermenêutica e Neoconstitucionalismo.

Os problemas que de início se apresentam no desenvolver do trabalho consubstanciam-se nas seguintes indagações:

- a) O Direito Real de Habitação pode ser aplicado às instituições familiares, assim entendidas pela Constituição da República Federativa do Brasil?
- b) Pode-se aplicar o Direito Real de Habitação à União Homoafetiva?

Diante de tais problemas elegeram-se, no projeto, as seguintes hipóteses⁹:

- a) Ainda que conste expressamente no Código Civil que o Direito Real de Habitação aplica-se somente aos cônjuges, tal instituto poderia ser estendido às demais espécies de institutos familiares existentes no ordenamento jurídico,

⁶ “[...] apresentar o Referente para a pesquisa, tecendo objetivas considerações quanto à razões da escolha deste Referente; especificar em destaque, a delimitação do temática e/ou o marco teórico, apresentando as devidas Justificativas, bem como fundamentar objetivamente a validade da Pesquisa a ser efetuada”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 160.

⁷ “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 62.

⁸ “[...] atividade investigatória, conduzida conforme padrões metodológicos, buscando a obtenção da cultura geral ou específica de uma determinada área, e na qual são vivenciadas cinco fases: Decisão; Investigação; Tratamento dos Dados Colhidos; Relatório; e, Avaliação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 77.

⁹ Define PASOLD como a “[...] suposição [...] que o investigador tem quanto ao tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 138.

especialmente à união estável, atendendo-se aos princípios constitucionais basilares da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

- b) Do mesmo modo, não obstante sequer exista reconhecimento legislativo à União Homoafetiva, poderia, através da utilização da analogia, diante da ausência de norma, ser estendido os efeitos jurídicos e legais dispensados à União Estável e, por conseguinte ser instituído o Direito Real de Habitação em favor do companheiro homoafetivo sobrevivente.

Este trabalho constituir-se-á de três capítulos. No primeiro Capítulo, apresentar-se-á a evolução histórica da família, assim como, tecer-se-á breves considerações acerca dos dispositivos constitucionais que reconhecem o Casamento, União Estável e a Família Monoparental como entidades familiares. Bem como considerações sobre a união homoafetiva por tratar-se de uma realidade social, mas não jurídica.

No segundo Capítulo, objetivar-se-á especificamente perquirir acerca das conceituações dos Direitos Reais, sua diferenciação em face do Direito das Coisas, o Direito de Propriedade e o Direito Real de Habitação.

O terceiro Capítulo tecer-se-á uma análise da questão relativa à aplicação do Direito Real de Habitação às entidades familiares reconhecidas pela legislação e à União Homoafetiva, bem como vem sendo tratada tal questão, sobretudo no que concerne à União Estável e possibilidade de aplicação na União Homoafetiva.

Neste ultimo capítulo, tratar-se-á ainda de verificar se, por inexistir proteção Estatal, os Tribunais pátrios vêm reconhecendo as Uniões Homoafetivas como aptas a gerarem direitos sucessórios.

O presente Relatório de Pesquisa se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões

sobre as novas concepções que a homoafetividade assume a partir do Estado Constitucional Moderno, em especial frente a atual discussão sobre o seu reconhecimento.

Quanto à Metodologia¹⁰ empregada, registra-se que na Fase de Investigação utilizar-se-á o Método Indutivo¹¹, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados, expresso na presente Dissertação, é composto na base lógica Indutiva¹².

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica¹³.

É conveniente ressaltar, enfim, que, seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as Categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados em nota de rodapé, após o mapeamento das Categorias Primárias¹⁴, além da indicação das principais abreviaturas utilizadas, daí optar-se por não elaborar o **rol de categorias e o rol de abreviaturas**.

¹⁰ “[...] postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que [...] requer compatibilidade quer com o *Objeto* quanto com o *Objetivo*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 69.

¹¹ Forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 87.

¹² Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 86-106.

¹³ Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**. 2003. *Cit* - especialmente p. 61 a 71, 31 a 41, 45 a 58, e 99 125, nesta ordem.

¹⁴ Além disso, foram explicitadas em nota de rodapé em sua primeira ocorrência no desenvolver da exposição, a fim de facilitar a compreensão.

CAPÍTULO 1

A INSTITUIÇÃO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A família é o cerne da sociedade brasileira. Ela é a experiência social primeira do indivíduo. É no seio familiar que se buscará o apoio necessário ao desenvolvimento de cada cidadão.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 ampliou o rol dos tipos de família reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico nacional. Por certo, que, dado ao dinamismo presente nas relações humanas, especialmente nas interações familiares, a proteção conferida ao Estado não protege todas as conformações familiares existentes, cabendo ao aplicador do direito fazer as interpretações e adequações necessárias para responder a todos os anseios sociais.

Acerca da atual conformação da família brasileira, ensina Alves¹⁵:

A família deixou de ser um instituto fechado e individualista para ser definida modernamente como uma comunidade de afeto e entre ajuda, local propício à realização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, caracterizada como um ente voltado para o próprio homem, plural como ele mesmo é, democrática, aberta, multifacetária, não discriminatória, natural e verdadeira. [...] observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas em que permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

¹⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 39, p. 131-153, dez./jan 2007. 132/147.

O ser humano não consegue sobreviver sem o apoio familiar. Nesta esteira, Ieciona Costa¹⁶:

Muitas lendas e mitos relatam a história de heróis que, mesmo crescendo no isolamento, tornaram-se humanos – Rômulo e Remo, Tarzan, Mogli – apresentando comportamentos compatíveis com o resto da humanidade. Entretanto para se tornar humano, é através de seu convívio social que este aprenderá, com seu semelhante, uma série de atitudes que o diferenciara dos outros animais. Um homem, propriamente dito, é capaz de agir, viver e de se reproduzir como tal. Essa característica essencialmente humana, é possível porque o homem cria sistemas por meio dos quais dá significado as suas experiências vividas transmitindo-as a seus semelhantes. Ao pensar, ao ser capaz de projetar, de ordenar, de prever e interpretar, o homem desde os mais remotos tempos da civilização, em sua evolução, procurou o convívio daqueles da sua espécie; vivendo em grupos, começou a travar com o mundo ao seu redor uma relação datada de significado de avaliação.

A família é um dos institutos jurídicos mais antigos da sociedade. É ela, como preceitua a Carta Maior, a célula-base do Estado¹⁷. Ainda que exista certa defasagem no ver a família e tutelá-la adequadamente, a Carta Magna e o Código Civil que entrou em vigor em janeiro de 2.003 trouxeram grande evolução ao Direito de Família, englobando as famílias advindas da união estável e a família monoparental.

O instituto familiar é altamente dinâmico, como já explicitado, uma vez que as relações humanas também o são, e é tarefa bastante árdua ao direito tentar prever e prover suporte adequado aos anseios sociais emergentes.

Para tanto, é de suma importância que se conheça os estágios de evolução e as transformações sociais que a humanidade experimentou desde seus primórdios.

¹⁶ COSTA, Cristina. **Introdução a ciência da sociedade**. 3 ed. São Paulo: Moderna, 2005. p. 02.

¹⁷ **Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. BRASIL. Lei 10.406/2002, **Código civil**. artigos comparados: código civil x código de 1916. Organizado por OLIVEIRA, Álvaro Borges de. e MAC LAREN, Alexandre. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

1.2 ANÁLISE EVOLUTIVA: OS PRIMÓRDIOS DO INSTITUTO FAMILIAR E A FAMÍLIA ROMANA

Na obra de Engels¹⁸ é feita uma análise primorosa da evolução social desde seus primórdios. Ao recair seus estudos sobre as pesquisas realizadas por Morgan, ele secciona as fases do desenvolvimento humano em três etapas: estado selvagem, barbárie e civilização e, a partir desses estudos e divisão, explica a evolução da situação familiar e o papel de seus membros integrantes, como se pode verificar neste segmento:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 ampliou o rol dos tipos de família reconhecidos e tutelados pelo ordenamento jurídico nacional. Por certo, que, dado ao dinamismo presente nas relações humanas, especialmente nas interações familiares, a proteção conferida ao Estado não protege todas as conformações familiares existentes, cabendo ao aplicador do direito fazer as interpretações e adequações necessárias para responder a todos os anseios sociais.

O estudo da história primitiva revela-nos, ao invés disso, um estado de coisas em que os homens praticavam a poligamia e suas mulheres a poliandria, e em que, por conseqüência, os filhos de uns e outros tinham que ser considerados comuns. É nesse estado de coisas, por seu lado, que, passando por uma série de transformações, resulta na monogamia. [...] Reconstituindo retrospectivamente a história da família, Morgan chega, de acordo com a maioria de seus colegas, à conclusão de que existiu uma época primitiva em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres.

A primeira forma de casamento por grupos estudada foi justamente este estado promiscuidade, do qual o autor discorre. Não havia qualquer separação entre os membros que compunham o grupo, de modo que todos os homens e mulheres se pertenciam, sem qualquer distinção. Apenas após a instituição

¹⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 17 ed., Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2005. p. 31.

da família consangüínea, a qual foi a primeira etapa da evolução familiar, que os ascendentes e descendentes se excluem dos deveres do matrimônio¹⁹.

A formação da família punaluana foi a etapa seguinte da evolução na conformação familiar, na qual além da exclusão dos parentes em linha reta da relação sexual, excluem-se, também, dos deveres matrimoniais, os irmãos. Este progresso, como bem adverte Engels²⁰, foi extremamente complicado, dada a proximidade de idade entre os irmãos, como se observa neste fragmento disposto pelo autor:

[...] começando pela exclusão dos irmãos uterinos (isto é, irmãos por parte de mãe), a principio em casos isolados e depois, gradativamente, como regra geral e acabando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais (quer dizer, segundo nossos atuais nomes de parentesco, entre primos carnais, primos em segundo e terceiro graus).

Nesses casamentos por grupos, a mulher tem grande importância na tribo, uma vez que os filhos são dela e não do homem, pois não é possível saber a paternidade das crianças. Neste estágio de evolução a mulher é livre e bastante considerada no seio da tribo²¹.

Tendo em vista as proibições cada vez mais severas entre parentes consangüíneos, as formas de casamentos por grupos vão se tornando escassas o que culminou com a formação da família sindiásmica, caracterizada pela formação de pares e uma maior fidelidade das mulheres.

Ainda na mesma obra, Engels²² discorre:

[...] neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dure a vida em comum, sendo o adultério destas cruelmente castigado. O vínculo conjugal, todavia,

¹⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. p. 31/32.

²⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. p. 39.

²¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. p. 50/51.

²² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. p. 49.

dissolve-se com facilidade por uma ou por outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe.

O casamento aos pares exigiu uma nova conduta social. Da promiscuidade em que viviam os povos primitivos, passa-se à exigência da fidelidade feminina, uma vez que esta forma de matrimônio permitia conhecer além da maternidade, a paternidade dos membros da tribo.

Além disso, nesta mesma época, as tribos, paulatinamente, abandonam o nomadismo, deixando de buscar os alimentos onde eles estivessem, para se fixarem em locais próprios, desenvolvendo técnicas agrícolas, de caça e pesca e a domesticação de animais.

Verificado este sedentarismo por parte das tribos, e o cuidado maior com a terra, constata-se, nesta nova fase, uma preocupação primeva de proteção dos bens e com o seu legado. Em princípio, com a morte do homem, que era o detentor dos meios de trabalho, seus bens passavam à gens de sua mãe, pois a ascendência era reconhecida apenas por parte de mãe, tornando-se seus herdeiros os irmãos, irmãs e sobrinhos.

Esta nova forma de cultura e de vivência social trouxe o conseqüente acúmulo de terras e riquezas, e a crescente necessidade de que fossem reconhecidos os filhos do homem para que os bens fossem a eles deixados no *post mortem*. Destarte, o homem tornou-se cada vez mais poderoso dentro da tribo, gerando desta forma a ascensão do poder patriarcal em detrimento do matriarcado²³.

Este novo modelo familiar fez surgir uma nova figura dentro do seio familiar: o *paterfamilias*. Na Roma Antiga, era este o sistema que vigia, sendo que a soberania do lar era exercida por esta figura, que era então o chefe político, religioso e o magistrado de cada unidade familiar, na forma definida por Argüello²⁴:

²³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. p. 59/60.

²⁴ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**: historia e instituciones. 3 ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1998. p. 398. Tradução livre da Autora. Texto original: "El vocablo *paterfamilias* no aludía a la idea de generación, ni se refería a alguien que tivera descendencia biológica; indicaba una situación de independencia jurídica (*sui iuris*), una ausencia de sumisión a potestad".

[...] a palavra *paterfamilias* não se referia a idéia de geração, nem se referia a alguém que tinha descendência biológica; indicava uma situação de independência jurídica (*sui juris*), uma ausência de submissão ao poder.

Etimologicamente, família deriva de *famulus*, ou seja, escravo, que era considerado um bem por agregar valor econômico. Portanto, a antiga família romana não era um conjunto de pessoas unidas pelo vínculo de sangue, mas, sim, como assinala Marky, “o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *paterfamilias*”, chamada de família *proprio iure*²⁵.

Por ser o *paterfamilias* um homem independente, ou seja, por não estar sob a subordinação a outro chefe, lhe conferia o *status* de *sui iuris*. Os conhecidos como *alieni iuris* eram todos aqueles estavam sob o poder deste chefe, como Cretella Júnior explana:

[...] a família romana é de base patriarcal: tudo gira em torno de um *paterfamilias* ao qual, sucessivamente, se vão subordinando os descendentes – *alieni iuris* -, até a morte do chefe. [...] Na família romana tudo converge para o *paterfamilias* do qual irradiam poderes em várias direções: sobre os membros da família (*patria potestas*), sobre a mulher (*manus*), sobre as pessoas ‘in mancipio’ (*mancipium*), sobre os escravos (*dominica potestas*), sobre os bens (*res*) que lhe pertencem (*dominium*).

À época do *paterfamilias* eram os laços da religião e não os laços de sangue que mantinham a unidade familiar. Desde que a pessoa fosse consagrada ao fogo da família mantida pelo chefe familiar, era considerada membro integrante daquela. Todos os membros da família estavam inseridos no culto doméstico, mesmo não participando de forma tão ativa quanto o *pater*²⁶.

Com o passar do tempo, o poder do *paterfamilias* começou a ser limitado. Inicialmente, pôde-se constatar uma modificação nos costumes do casamento, que de ritual sagrado e eterno, na qual o *pater* podia obrigar à união, passou a depender da vontade dos noivos, sendo facilmente dissolvido.

²⁵ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 153.

²⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 51/93.

Embora a família permanecesse submissa ao poder do *paterfamilias*, surgiu a *affectio maritalis* entre os nubentes, sua intenção de serem marido e mulher, devendo ser demonstrada não somente ao iniciar a união, mas enquanto esta perdurasse.

A respeito de tal evolução, ensina Chamoun²⁷:

[...] o início da convivência era bem assinalado pela entrada da mulher na casa do marido (*deductio in domum mariti*). [...] A convivência ou coabitação não tinha, por conseguinte, a importância atribuída à intenção de ser marido e mulher, que é a espinha dorsal do matrimônio romano. Depois que os cônjuges estivessem animados dessa intenção, o casamento perdurava; se ela faltasse, dissolvia-se. [...] Não era, conseqüentemente, a convivência que fazia as núpcias, mas o consenso (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*). Todavia, não bastava que esse consenso fosse inicial, devia perdurar e manifestar-se durante toda a vigência da sociedade conjugal.

Em Roma foram conhecidas diferentes formas das núpcias serem contraídas, o qual eles nominavam de justas núpcias: a *conferratio*, a *coemptio* e o *usus*. Estas três primeiras formas estão diretamente ligadas com o poder que o marido exercia sobre sua esposa – *manu*-, não sendo estas, porém, as únicas formas de matrimônio.

Existiu, ainda, a união *sine manu*. Nessa, a nubente não se submetia ao poder de seu marido, mas ficava submissa ao seu *pater*, afinal, as mulheres, naquela época, não eram cidadãs e, como tais, não eram livres.

Acerca do exposto, encontra-se na obra de Cretella Júnior²⁸:

[...] *conferratio* é o casamento solene e religioso, privativo dos patrícios e interdito aos plebeus. Parece ter sido, na origem, a forma normal entre patrícios de gentes diversas. [...] A cerimônia, que era realizada na presença de 10 testemunhas, do grande pontífice e do “flamen” de Júpiter, exigia uma série de palavras solenes e de diversos atos. [...] *Coemptio* é o casamento privativo dos plebeus, em que a *manus* se concretiza pela venda simbólica da mulher ao marido através da

²⁷ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3 ed. Rio de Janeiro Forense 1957. p. 65.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. o direito romano e o direito civil brasileiro. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. p. 120.

cerimônia que se assemelha pela forma, não nas palavras, à *mancipatio* (modo solene de transferir a propriedade). A própria mulher é que se vende, se mancipa ao marido na presença de cinco cidadãos púberes e de um porta-balança (*libripens*). A *coemptio* lembra a certos autores os primitivos costumes em que o marido comprava realmente a mulher, mediante pedaços de metal oferecidos ao pai.

Argüello assinala que a evolução dos costumes fez desaparecer o *conferratio*, o *coemptio* e o *usus*²⁹, popularizando-se, deste modo, o casamento *sine manu*. Portanto, se ao casar a esposa fosse *alieni iuris*, continuava submissa ao poder de seu paterfamilias. Acaso fosse *sui iuris*, um tutor era-lhe nomeado, não sendo comum que o marido o fosse³⁰.

Já à época, os romanos experimentaram algo semelhante à atual união estável, a qual denominavam concubinato, que era considerada uma união em que não estava presente a *affectio maritalis*, sendo que sua forma foi bastante alterada no transcurso da história, de acordo com o que ensina Chamoun³¹:

É certo que no primeiro século do império o concubinato era freqüentíssimo, inclusive entre homens de grande moralidade, e não produzia quaisquer efeitos jurídicos. No Baixo Império torna-se o concubinato um casamento inferior, embora lícito. Com os imperadores cristãos começar a receber reconhecimento jurídico. Distinguem eles os filhos nascidos de concubinato (*liberi naturalis*), que se podem legitimar per subsequens matrimonium.[...] Abolida toda consideração de diferença social, o concubinato passa a caracterizar-se por ser uma união durável sem a *affectio maritalis*.

No Império Romano, a princípio, a prática da dissolução do casamento era feita de forma livre, sem qualquer intervenção estatal, que também

²⁹ O *usus* era uma espécie de usucapião que o marido fazia da esposa. Acerca do tema encontra-se na obra de Marky: Este se baseava na idéia de aquisição do poder jurídico absoluto pela posse prolongada. A Lei das XII Tábuas conferia ao marido a manus sobre a mulher com que convivesse em matrimônio por mais de um ano. Entretanto, a mesma lei previa a possibilidade de se evitar tal sujeição, bastando para tanto, para interromper o usucapião em curso, que a mulher se ausentasse de casa, por três noites seguidas: *trinocitii usurpatio*. MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 160.

³⁰ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**: historia e instituciones. 3 ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1998. Tradução livre da Autora. Texto original: "El vocablo *paterfamilias* no aludía a la idea de generación, ni se refería a alguien que tivera descendencia biológica; indicaba una situación de independencia jurídica (*sui iuris*), una ausencia de sumisión a potestad". p. 427.

³¹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3 ed. Rio de Janeiro Forense 1957. p. 171.

não intervinha no momento de serem contraídas as núpcias. O divórcio possuía caráter privado. Acaso fosse por mútuo consentimento recebia o nome de *divortium*, se do contrário, resultasse da vontade de somente um dos cônjuges era chamado *repudium*³².

O tipo de divórcio era determinado pelo tipo de união. Caso as núpcias fossem a *conferratio*, *diferratio* seria o divórcio. Se o casamento era do tipo *usus* ou *coemptio*, a dissolução era a *remancipatio*. O casamento *sine manu* era dissolvido pela simples vontade de término da união³³.

Considerando o grande número de divórcios verificado no Império Romano e dada a influência do Cristianismo, o qual perpetrava o casamento duradouro, até o final da vida, os imperadores romanos passaram a restringir o fim das uniões, nos depreende-se de Cretella Júnior:

A primeira intervenção direta do Estado, na dissolução do casamento, é feita por DIOCLECIANO, através de uma constituição imperial (Código 5, 44), que preceitua: no caso de indignidade de um dos cônjuges, decidirá o magistrado a quem caberá a guarda dos filhos. É interessante observar a atitude dos imperadores cristãos diante do divórcio, porque, se, por um lado, de acordo com as normas do cristianismo, defendem a indissolubilidade do vínculo matrimonial, por outro lado, não ousam, oficialmente, abolir o instituto, mas apenas restringi-lo, tanto assim que uma constituição de ALEXANDRE SEVERO, do ano 224, decreta a nulidade de um pacto proibitório referente ao divórcio entre esposos, como sendo contrário ao direito consuetudinário.

Com o passar dos tempos, surgiram mais restrições ao divórcio, tanto que pelos imperadores foram arroladas as causas de dissolução do casamento, de forma muito semelhante às aquelas arroladas pelo Código Civil brasileiro vigente, inclusive com a possibilidade de imputação de penas ao cônjuge culpado.

É possível constatar várias semelhanças entre a antiga família observada em Roma e a atual família brasileira, especialmente quando se verifica a forte intervenção do estado, já no final do Império, com fortalecimento do poder

³² CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3 ed. Rio de Janeiro Forense 1957. p. 171.

³³ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 164.

estatal. A família sai do plano eminentemente privado para se tornar uma preocupação do próprio Estado, o qual assegura a proteção da estrutura familiar.

1.3 CONCEITUAÇÃO E CARACTERES DO INSTITUTO FAMILIAR

A categoria³⁴ Família não é de fácil definição, justamente pelo dinamismo que influi nas interações humanas, que a todo momento transmudam o modo de ser e de ver a Família.

Acerca da conceituação da instituição da Família, Pires³⁵ adverte que:

[...] sempre foram exigidas determinadas formalidades para que se pudesse conceituar Família, nos mais diversos níveis de evolução sócio-cultural e diferentes sistemas legais, mas que não é menos verdadeiro que o impulso inicial, a condição principal para que se perceba o surgimento de qualquer núcleo familiar, resume-se em necessidades fisiológicas, glandulares e hormonais, posteriormente também em uma tradução intelectual das necessidades físicas que logramos denominar afetividade, elementos sem os quais, certamente, mesmo preenchidos os requisitos e os ditames legais ou morais de qualquer época, ou eivados de qualquer filosofia, não haveríamos de vislumbrar composta qualquer entidade familiar.

Com relação ao conceito de Família, Rodrigues³⁶ ensina que:

[...] o vocábulo Família é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a Família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da Família todos os parentes consangüíneos.

³⁴ Entende-se por categoria “à palavra ou expressão estratégia à elaboração e/ou à expressão de uma idéia”. Vide PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. 4 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000. p. 29.

³⁵ PIRES, Francisco Eduardo Orcioli, PIZZOLANTE, Albuquerque. **União estável no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 17.

³⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.6 p. 4/5.

Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a Família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau.

No sentido ainda mais restrito, constitui a Família o conjunto de pessoas compreendido pelo pai e sua prole. É com essa conotação, que a maioria das leis a ela se refere.

Segundo José Náufel³⁷:

[...] num sentido restrito a Família é um grupo cerrado de pessoas, composto de pais e filhos, apresentando certas unidades de relações jurídicas, tendo comunidade de nome, economia, domicílio e nacionalidade, fortemente unido por identidade de interesses e fins morais e materiais, monarquicamente organizado sob a autoridade de um chefe, que é o pai. Um sentido mais amplo, a Família abrange além dos cônjuges e dos seus filhos, outros parentes mais remotos e afins, como sogros, tios etc., aos quais o chefe de Família presta alimentos e tem na sua companhia, e até os criados ou serviçais domésticos.

Ainda que se existam variações conceituais para definir o vocábulo Família, verifica-se, que em comum, grande parte dos juristas menciona a existência de dois enfoques distintos para a categoria: o lato e o strictu senso.

Por outro lado, para Pereira³⁸,

[...] a Família, sempre se apresenta como um 'grupo natural' de indivíduos, unidos por uma dupla relação biológica: por um lado, a geração que dá os componentes do grupo; por outro, as condições do meio que postulam o desenvolvimento dos mais novos e mantêm o grupo, enquanto os adultos garantem a reprodução e asseguram a manutenção do grupo.

Beviláqua³⁹, deste modo apresenta os principais motivos ensejadores da constituição da Família:

³⁷ NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 802 p. 468.

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável, de acordo com o novo Código Civil**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 9–11.

³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1996. p. 17.

Em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a manutenção da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam a surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem, todas, a consolidar a associação familiar.

Pereira⁴⁰ questiona se será mesmo a Família uma organização natural e o que mantém segura a sua existência, "*poderia ser a Lei Jurídica associada ao afeto e aos laços de consangüinidade*". Isto porque, baseado nas idéias de Lacan e Vilela, o autor diverge dos conceitos de *Família*, já solidificados na doutrina pátria, afirmando:

[...] a Família não é natural, mas cultural. Ela não se constitui de um macho, de uma fêmea e filhos. O elemento que funda uma Família é o elo psíquico estruturante, dando a cada membro, um lugar definitivo, uma função. É a estrutura familiar, que existe antes e acima do Direito, que devemos buscar, para sermos profundos, o que realmente é uma Família, para não incorrerem em moralismos e temporalidade que só fazem impedir o avanço da ciência jurídica.

Portanto, segundo, ainda, o referido autor⁴¹:

[...] é preciso buscar auxílio de outras ciências, ou disciplinas para que possamos chegar a um conceito mais profundo de Família. É necessário que profissionais de Direito libertem-se dos conceitos, que reduzam a entendimento da universalidade de Família, e, a partir do momento que considerarmos a Família como estrutura, comprovaremos que a sua importância está antes e acima das normas. É preciso não confundir Família com Casamento, incorrendo no inequívoco daqueles que afirmam que esta é constituída pelo Casamento, quando na verdade este é apenas uma das formas da sua constituição.

Pereira⁴² demonstra, com suas explanações, a dificuldade em se solidificar um único conceito para a instituição familiar, especialmente pelas constantes transformações pela qual passa.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável, de acordo com o novo Código Civil**. p. 9-11.

⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável, de acordo com o novo Código Civil**. p. 9-11.

Diniz⁴³ assim classifica os principais caracteres da Família: caráter biológico, caráter psicológico, caráter econômico, caráter religioso, caráter político e caráter jurídico.

O caráter biológico da Família se consubstancia no agrupamento natural de pessoas. Para Diniz⁴⁴, “O indivíduo nasce, cresce, em uma Família, sujeitando-se a várias relações, até que possa constituir a sua própria Família”.

O caráter psicológico é constituído, basicamente, pelo elemento espiritual, que é o amor familiar. Assim, a Família deixa de ser mero agrupamento humano, para formar uma união de pessoas e um complexo de sentimentos.

É a união da Família que possibilita ao homem a sua realização material, pois segundo Diniz⁴⁵ “é com o auxílio mútuo, e o conforto afetivo”, que o ser humano se forma. Este é o que se denomina de caráter econômico.

Atinente ao caráter religioso da Família, Diniz⁴⁶ assevera que “por ser uma instituição, é a Família um ser eminentemente ético ou moral, pela influência do Cristianismo”.

Com relação ao caráter político da Família, para Diniz⁴⁷, tem-se que a mesma é “a célula da sociedade (CF, art. 226), dela nasce o Estado, e tem a proteção especial do Estado, que assegurará sua assistência na pessoa de cada um dos que a integram”.

Finalmente, como detém a Família uma estrutura orgânica regulada por normas jurídicas, segundo Diniz⁴⁸ que constituem o Direito de Família, este passa a ser, então, seu caráter jurídico.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável, de acordo com o novo Código Civil**. p. 9-11.

⁴³ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 11 e 12.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 11.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 11.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 11.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 11.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 11

1.4 ESPÉCIES CONSTITUCIONAIS DE FAMÍLIA

A partir do século XIX, os códigos, começaram a dedicar algumas normas referentes à Família. Era uma sociedade estritamente rural, e eminentemente patriarcal e patrimonial. O Código Civil Brasileiro, datado de 1916, é reflexo direto desta época. O Estado absorve da Igreja a regulamentação da Família e do Casamento, como consequência moral da época. Além disso, estruturas familiares eram diretamente influenciadas por esta característica patrimonial, conforme descreve Alves⁴⁹:

[...] o Código, tido como instrumento legislativo de consagração dos valores burgueses típicos do século XIX, ignorando que é no Direito de Família, mais do que em qualquer outra seara do Direito Privado, em que deve haver maior valorização da pessoa humana, deu contornos eminentemente patrimonialistas à família. Por conta disso, tal agrupamento era tratado no Código como um ente de produção de riqueza, perpetuado nas gerações seguintes através do Direito das Sucessões. Nesse contexto, vale ressaltar que o casamento, nessa época, tinha finalidades de cunho eminentemente econômico [...]

Ainda acerca das características desta Família rural e patriarcal pondera Venosa⁵⁰:

[...] naquela época a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antigüidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana.

Como já exposto, a Lei Suprema trouxe mudanças profundas em todo o ordenamento jurídico, e em especial foi um marco no Direito da Família. Surge um novo conceito de entidade familiar, merecedora da proteção do Estado. A visão da

⁴⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, nº 39, p. 131-153, dez./jan 2007. p. 134.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14-15.

Família se torna ampla, vislumbrando-se o “ente familiar” em quaisquer das formas de instituição por ela prescrita.

O artigo 226 confere ampla proteção à família e os parágrafos que o seguem, §1º ao §4º, fixam as espécies constitucionais de Família. São elas: A Família oriunda do Casamento, a oriunda da União Estável e a Família Monoparental.

A União Estável entre o homem e a mulher, desde a promulgação da Constituição, passou a ser reconhecida como entidade familiar⁵¹. Significa dizer, que a proteção do Estado se estendeu à outras formas de Família, que não a advinda do casamento, tornando esta forma como legítima perante toda a sociedade. Não mais subsiste a exclusividade de direitos à união solene, viabilizada pelo casamento, que antes vigia no sistema jurídico.

Em sendo assim, Família, atualmente, é tanto a que se origina do Casamento, como aquela que nasce da União Estável entre um homem e uma mulher. Outra forma de família reconhecida pela Constituição é aquela formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental.

Estas são as três formas reconhecidas pelo Estado brasileiro como formas de família, que, portanto, tem sua especial proteção.

1.4.1 Do Casamento

1.4.1.1 Conceituação, e Finalidades Básicas

O casamento, dada a forte influência cristã por qual o ordenamento jurídico brasileiro sempre foi pautado, era a única instituição familiar que gozava de proteção do Estado. Ainda que atualmente o rol das famílias reconhecida tenha sido ampliado, implicitamente, a Constituição estabelece o Casamento como a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma

⁵¹ “Não é só pelo Casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se, também como tal, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também, a União Estável entre o homem e a mulher, cumprindo à lei facilitar sua conversão em Casamento”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 709.

das bases da sociedade⁵², sendo o fundamento de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país.

Diniz⁵³ aponta que existem numerosas definições de Casamento, os quais não se limitam, às vezes, a conceituá-lo; porém, “refletem concepções históricas, políticas e sociológicas originais, ou tendências filosóficas, inexistindo uniformidade na sua caracterização, tanto nas legislações como na doutrina”. Pode-o Casamento ser considerado, nesta visão, como sendo o fundamento da Sociedade, base da moralidade pública e privada.

Para Venosa⁵⁴, os conceitos clássicos romanos, legaram duas concepções. A primeira delas é a de Modestino, segundo a qual, “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, comnsortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*⁵⁵” – e a segunda é da época de Justiniano, que foi adotada pela Igreja: “*nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem continens*”⁵⁶.

Os canonistas, por sua vez, vêem no Casamento uma justaposição de um ato de vontade das partes, que consideravam contrato, e de um sacramento, baseando a indissolubilidade do vínculo na sua natureza consagrada.

Fiuza⁵⁷ observa que “Casamento é a União Estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo Família, diferenciando-se de simples namoro ou noivado, situações que não vinculam o casal”.

⁵² “Base da sociedade, sem dúvida é o grupo social formado por homem e mulher unidos pelo Casamento, mais os filhos que houver. Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v 4. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 107.

⁵³ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 33.

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6. p. 40.

⁵⁵ “As núpcias são a união do marido e da mulher em consórcio para toda a vida, pelo direito humano e pelo direito divino; essa definição destaca o caráter religioso e a perenidade da união”. In VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6. . p. 35.

⁵⁶ “Nessa época, desaparece a alusão à divindade, bem como à perenidade do vínculo”. In VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil**, direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6. . p. 35.

⁵⁷ FIUZA, César. **Direito civil curso completo**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 604.

O Casamento, em um conceito sintético, pode ser entendido como a união sócio-jurídica reconhecida entre pessoas de sexos diferentes, com o objetivo da constituição da Família.

No mesmo entendimento, assinala Diniz [1996, p. 33] ser “o Casamento, o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma Família legítima”.

Desta definição, depreende-se que o Casamento não é apenas a formalização ou legalização da união sexual, mas a união de dois seres de sexos diferentes para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, através do companheirismo e do amor, no qual cada cônjuge reconhece e pratica a necessidade de vida em comum, para se ajudar mutuamente, compartilhar o mesmo destino e gerar a prole.

Nas palavras de Rodrigues⁵⁸,

Casamento é o contrato de direito de Família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

Comenta Pereira⁵⁹:

[...] a noção conceitual do Casamento não pode ser imutável visto que as idéias que satisfaziam o grego; que agradavam aos romanos; que viviam na Idade Média; e mesmo as mesmas que predominavam o século passado – já não atendem às exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação do social, do político e do econômico. Sendo a Família, um organismo em constante mutação, o Casamento que a legitima há de aperfeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas, atendendo aos caracteres e finalidades matrimoniais exigidas, podemos defini-lo como “Casamento como a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”.

⁵⁸ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 17.

⁵⁹ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 33.

As finalidades do Casamento são complexas e múltiplas, e os canonistas, conforme ensina Pereira⁶⁰, as delimitavam na procriação e educação dos filhos, na colaboração mútua entre os cônjuges e no remédio contra a concupiscência, distinguindo, assim, os fins sociais dos fins individuais que, ainda hoje, encontram-se definidos no Código Civil Brasileiro.

No plano puramente civilista, seguem-se os passos da concepção canônica. As mesmas idéias subsistem, situando-se, no primeiro plano, a legitimidade da Família, que apesar de ser um organismo natural e social, é pelo Casamento que se legitima. Este entendimento ganha sustentação com as palavras de Diniz⁶¹, quando ao expor sobre a legitimidade da Família, declara ser uma unidade originada pelo Casamento e pelas inter-relações existentes entre marido e mulher e entre pais e filhos.

Consequência lógico-natural do Matrimônio é a procriação dos filhos. Porém, não é essencial, uma vez que a falta de filhos não afeta o Casamento. Se assim não fosse, ter-se-ia de anular todos os Matrimônios de que não adviesse prole, o que perturbaria a estabilidade e a segurança do lar. Porém, advindo filhos, impõe-se aos pais a obrigação de lhes dar assistência, criando-os e educando-os para a vida.

Da mesma monta complementa Diniz⁶², “a procriação da prole, não é apenas uma finalidade do Casamento, visto que, o matrimônio não existe apenas para gerar filhos, mas também para criá-los e educá-los para a vida”, isto acarreta aos pais, a obrigação de lhes dar assistência.

Consequência do convívio entre os cônjuges é a prestação do auxílio mútuo, pois, sendo o Matrimônio uma união entre marido e mulher para enfrentar a realidade e as expectativas da vida em constante mutação, há um complemento de duas personalidades reciprocamente atraídas pela força do sentimento e do instinto, sofrendo as mesmas dores e partilhando as mesmas felicidades.

⁶⁰ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 39.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 34.

⁶² DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 35.

Outras finalidades, para alguns autores, não são tão relevantes; porém, não menos constantes e são apontadas, tais como: a atribuição do nome à esposa e aos filhos, a reparação de erros do passado recente ou remoto, a regularização de relações econômicas e a legalização de estados de fato.

1.4.1.2 Os Impedimentos Matrimoniais

Os impedimentos matrimoniais constituem causas obstativas do Casamento, ocasionando sua invalidade caso desrespeitadas. Logo a Lei reclama, com efeito, a presença de determinados requisitos aos nubentes, proibindo, quem não se encontre nas condições dela enumeradas, de contrair matrimônio.

Leciona Rodrigues⁶³ que, o escopo do legislador é evitar a realização de Casamentos, a seu ver, inconvenientes, “quer por ameaçarem, de qualquer modo, a ordem pública, quer por representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou interesses de terceiros”. Assim, proíbe que se casem pessoas que ostentem certas qualidades, ou que careçam de certas outras.

Na sistemática adotada pelo vetusto Código Civil, são relacionados em seu art. 183, *caput*⁶⁴ e seus incisos, os casos que impedem a realização do Casamento, classificando-os em três categorias, segundo as consequências que acarretam. No entendimento de Rodrigues⁶⁵, “com melhor técnica, o Novo Código Civil⁶⁶, trata, em capítulo próprio, da capacidade para o Casamento, dos impedimentos propriamente ditos e das causas suspensivas”.

No mesmo diapasão, Leite⁶⁷ destaca que, em matérias de impedimentos, o Código Civil de 2002 trouxe um avanço significativo, fornecendo à matéria tratamento mais adequado aos interesses que se buscam preservar, logo, “a distinção entre impedimentos dirimentes e simplesmente impeditivos deve ser

⁶³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil brasileiro: direito de família**. p. 38.

⁶⁴ BRASIL. Lei n.º 3.071/16. Art. 183. “Não podem casar (art. 207 e 209)”.

⁶⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil brasileiro: direito de família**. p. 54.

⁶⁶ BRASIL. Lei 10.406/2002, **Código civil**. artigos comparados: código civil x código de 1916. Organizado por OLIVEIRA, Álvaro Borges de. e MAC LAREN, Alexandre. Florianópolis: Momento Atual, 2003. Art. 1521 e 1522.

⁶⁷ LEITE, Heloisa Maria Daltro. **O Novo código civil do direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002. p. 23.

abolida”. Estes não constituem verdadeiros obstáculos ao Casamento, não havendo assim razão para continuar a considerá-los.

No mesmo entendimento, Diniz⁶⁸ traduz:

[...] o impedimento entre colaterais de 3º grau, isto é, de tios e sobrinhas, não é mais invencível ante os termos dos arts 1º a 3º do Dec. Lei 3.200/41, norma especial, que dispõe sobre a organização e proteção da Família, e, por isso, recepcionada pelo Novo Código Civil, apesar de anterior a ele. Conforme o art. 2º desse Decreto Lei, os parentes de 3º grau poderão casar-se se dois médicos atestarem-lhe a sanidade, não sendo inconveniente a realização do Casamento. Vigora, portanto, o impedimento do art. 1521, IV, do NCC, apenas se houver conclusão médica desfavorável (sem grifo no original).

Os impedimentos públicos, tipificados como dirimentes, ante situações os quais, incida parentesco, Casamento anterior ou relação entre o cônjuge sobrevivente e o condenado por homicídio, ou tentativa contra o seu consorte, estão relacionados em um só dispositivo legal no Código Civil, Lei 10.406/2002, art. 1.521 e seus incisos.

Segundo Diniz⁶⁹,

[...] urge não confundir incapacidade para o matrimônio com impedimento matrimonial, pois o impedido de casar não é incapaz de contrair Casamento. A incapacidade constitui pressuposto material da realização do Casamento, sendo, por isso, relativa a idade núbil.

Tal pessoa não é incapaz; tem capacidade para praticar o ato jurídico, apenas não lhe é permitido escolher certa pessoa para com ela, constituir vínculo matrimonial.

Concorda Rodrigues⁷⁰ quando diz que a incapacidade matrimonial se caracteriza quando a pessoa que se tem em vista não pode casar-se com quem quer que seja.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5. p. 72.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. 17 ed. p. 68

⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil brasileiro**: direito de família. p. 38.

O impedimento matrimonial se estriba na idéia de falta de legitimação, que o Direito civil foi buscar no processual, que não se trata de incapacidade genérica, mas sim de uma inaptidão do nubente para se casar com determinada pessoa⁷¹.

Para Leite⁷², cumpre distinguir a incapacidade matrimonial dos impedimentos, geralmente confundidos, visto que a incapacidade significa inaptidão para casar com quem quer que seja. Já o impedimento consubstancia uma proibição que atinge uma pessoa em relação a outra ou as outras. A pessoa não é incapaz; tem capacidade para casar, mas não lhe é permitido que escolha certa pessoa para contrair matrimônio por disposição legal.

1.4.1.3 Formas de Dissolução

A sociedade conjugal é constituída com aspectos de perenidade, vista como uma relação duradoura, com expectativa que permaneça por toda a vida. Porém, em virtude de certos vícios ou defeitos que antecedem à celebração do Matrimônio, ou lhe são comitentes, ou em virtude de fatos naturais ou voluntários que lhe sejam posteriores, a sociedade conjugal encontra o seu término pela impossibilidade de sua manutenção.

Dentre as causas que favorecem o desequilíbrio da vida conjugal, algumas se relacionam com o comportamento dos cônjuges quanto aos deveres que lhe são impostos pelo Casamento, deixando ilesos certos efeitos civis produzidos à sua égide.

A enumeração das causas que fazem terminar a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial está disposta na Lei do Divórcio⁷³, em seus artigos 2º e 5º, que estabelece quatro causas, quais sejam: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do Casamento; separação judicial e, por fim, o divórcio. O dispositivo se completa com o seu parágrafo único, segundo o qual, “o Casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio”.

⁷¹ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil brasileiro: direito de família.** p. 38.

⁷² LEITE, Heloisa Maria Daltro. **O Novo código civil do direito de família.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002. p. 24.

⁷³ Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que passou a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, revogando os artigos 315 a 328 do atual Código Civil.

É oportuno esclarecer que esta lei engloba, na mesma disposição, os casos de dissolução do Casamento e da sociedade conjugal, diferenciando, desta forma, a sociedade conjugal do Casamento.

Em seus ensinamentos, Diniz⁷⁴, predispõe:

[...] o Casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos contratos, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para com a Família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que Casamento, regendo, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles.

A separação judicial, desconhecida do direito romano, introduzida em nosso direito em substituição ao antigo desquite, põe ponto final à vida em comum, dissolve a comunhão conjugal e separa os cônjuges. Entretanto, conserva intacto o vínculo, de modo que lícito não será a qualquer deles contrair novas núpcias.

O Divórcio, em razão de fatos supervenientes ao Casamento válido, dissolve tanto a sociedade conjugal como o vínculo matrimonial, autorizando aos consortes a se casarem novamente.

Feitas estas colocações, percebe-se que pode haver dissolução da sociedade conjugal, sem a dissolução do vínculo matrimonial, mas toda dissolução do vínculo acarreta, obrigatoriamente, a da sociedade conjugal.

1.4.2 Da União Estável

A União Estável, antes de seu reconhecimento pela Carta Magna, era regulamentada pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal⁷⁵.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 199.

⁷⁵ BRASIL. Súmula 380 do STF: comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Azevedo⁷⁶ assinala que “as constituições anteriores, como já demonstrado, pautaram seus textos no sentido de proteger a família constituída sob casamento civil, silenciando sobre a proteção da família de fato”.

Procedendo a análise da União Estável antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Viana⁷⁷ leciona que:

[...] o art. 1.177 proíbe a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; o art. 248, IV, legitima a mulher casada para reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina, legitimidade que alcança os herdeiros necessários (art. 178, §7º, VI). Se a liberalidade envolver dinheiro, como qual a concubina adquiriu bem imóvel, só o numerário pode ser reclamado e não a coisa adquirida com ele (RF, 132:431; RT, 144:315, 172:548, 200:656 e 269:219); o art. 1.474 proíbe a instituição de concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida. A proibição desaparece se o amante não for casado ou separado de fato (RT, 467:135 e 409:351); o artigo 1.719 impede que a concubina seja nomeada herdeira ou legatária do testador casado, ou o concubino de testadora casada.

Abordando ainda o tema, Viana⁷⁸ se posiciona ao dizer que:

[...] o Decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, admitiu efeitos ao concubinato quando permitiu o reconhecimento dos filhos naturais após o desquite. Posteriormente, a Lei n. 883, de 24 de outubro de 1949, ampliou as hipóteses de reconhecimento, permitindo-o em qualquer caso de dissolução da sociedade conjugal. A Lei n. 6.515/77, no art. 51, estatuiu o reconhecimento durante a vigência da sociedade conjugal, desde que se fizesse por intermédio de testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

Foi considerado que havendo impedimento legal para o casamento, seja ele de que parte procedia este impedimento, caso houvesse provado

⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº. 10.406, de 10-01-2002. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 267.

⁷⁷ VIANA, Marco Aurélio S.. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

⁷⁸ VIANA, Marco Aurélio S.. **Da união estável**. p. 11.

que as partes conviviam há mais de cinco anos ou que deste convívio adveio-se filhos, poderia a concubina vir a utilizar o nome do companheiro⁷⁹.

A evolução dos costumes trouxe em seu bojo a aceitação pelas sociedades das relações extramatrimoniais, que culminaram por reconhecer a existência de uma sociedade de fato. No entanto, existiam, ainda, vários fatores a ser definidos com relação a esta sociedade conjugal, tais como: provas a convivência, prova de contribuição financeira efetiva de cada convivente, passando esta relação a ser vista como uma sociedade, ou seja, os conviventes seriam sócios.

No dizer de Menezes⁸⁰:

[...] a jurisprudência chegou mesmo a estabelecer formas criativas de repartição patrimonial, dando relevo ao trabalho do lar, presumindo nos estratos de baixa renda a contribuição da mulher, a comunhão de interesses e de esforços. Todavia, nada mais se cogitava conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios.

Como anota Bittencourt⁸¹,

[...] união livre e concubinato são idéias semelhantes, abrangendo uma e outra a relação entre homem e mulher fora do matrimônio, por ser expressões de mero estilo nobre para a união livre, e menos nobre para o concubinato.

Nesta ótica, e em decorrência evolutiva da sociedade e das relações familiares, houve a necessidade de reconhecer a União Estável como forma de constituição de família.

Foi longa a escalada para o reconhecimento legal da União Estável pelo direito pátrio, contudo o legislador constituinte inseriu dispôs acerca do reconhecimento da união estável, entre homem e mulher, como entidade familiar.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 171.

⁸⁰ MENEZES, Carlos Alberto. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145.

⁸¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. Rio de Janeiro: Alba, 1985. p. 3.

1.4.2.1 A União Estável Depois da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as Leis 8.971/94 e 9.278/96

No Direito de Família, a Constituição Federal de 1988 introduziu alterações profundas, dentro das significativas alterações, foi reconhecida a igualdade de direitos entre os cônjuges.

Ao abordar o tema, Azevedo⁸² entende que:

[...] o certo é que a Constituição Federal vigente, de 5 de outubro de 1988, trouxe várias inovações ao Direito de Família brasileiro, entre as quais, pelo § 3º de seu art. 226, o reconhecimento do concubinato puro, não adulterino nem incestuoso, como forma de constituição de família, como instituto, portanto, do Direito de Família. Todavia, a atual união estável é o concubinato puro (não adulterino e não incestuoso).

Assim estabelece o artigo 226 § 3º da Constituição Federal:

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

(..)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Desta forma, a união estável é reconhecida como entidade familiar, recebendo o amparo do Estado quando necessário.

Para Dias⁸³:

[...] a Constituição ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares – as mais freqüentes – mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e após a família monoparental, não significa qualquer preferência e nem revela escala de prioridade entre elas.

⁸² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº. 10.406, de 10-01-2002. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 367/391.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 163.

A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, foi a primeira regulamentação da norma constitucional que trata da união estável, já a lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, omitiu os requisitos de natureza pessoal, com tempo mínimo de convivência e existência de prole.

Esta mesma lei veio como forma de assegurar o direito a alimentos, contudo, ainda, com certo preconceito, pois, apenas, considera união estável como sendo a união acontecida entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando de fora, os separados de fato e, estipulou que o reconhecimento desta união, só procederia após a comprovação de cinco anos de união, ou das quais houvesse prole. Assegurou ainda, o usufruto sobre parte dos bens deixados pelo *de cujus*, incluindo-o também como herdeiro legítimo⁸⁴.

Entende Azevedo⁸⁵ que

[...] houve por bem, ainda, o legislador constituinte substituir a palavra concubinato pela expressão união estável, para inaugurar nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato, que sempre existiu.

Sobre o tema, Viana⁸⁶ assim expõe:

[...] foram editadas duas leis tendo por objeto a união estável: a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, dispondo a respeito dos direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996.

Destaca Pereira⁸⁷:

A Lei n. 9.278/96, como se lê de seu enunciado foi editado para regular o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, onde expressamente se reconheceu, como entidade familiar, a união estável entre homem e a mulher. Em seu artigo 1º, propôs-se a Lei n. 9.278/96 a definir a entidade familiar, oriunda de união estável, como

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 146.

⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº. 10.406, de 10-01-2002. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 267.

⁸⁶ VIANA, Marco Aurélio S.. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16.

⁸⁷ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 132.

“a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

A respeito da Lei n. 9.278/96 também leciona Pereira⁸⁸:

No que diz respeito à assistência moral, há de se entender que a lei quis preconizar, como obrigação, o dever de atendimento de um parceiro ao outro em termos de apoio moral que pode ser necessário; por exemplo, na doença, nas vicissitudes da vida, em momento de grande sofrimento pessoal.

Ainda, Pereira⁸⁹ diz que:

[...] a assistência material é o mesmo que a obrigação de sustento, que o legislador quis reconhecer existente entre os conviventes, na constância da união estável, cujo cumprimento, registre-se, há de estar, naturalmente, condicionado às reais necessidades do companheiro privado de recursos para a própria subsistência. Os companheiros não são parentes. Assim, não podem, naturalmente, reclamar alimentos, com a invocação de direito de sangue. Por outro lado, não há entre os mesmo qualquer relação jurídica, porque não estão ligados ao vínculo do casamento.

A Lei 9.278/1996 deu a união estável uma ótica mais ampla, uma vez que a reconhece independentemente de prazo de convivência, desde que haja convivência duradoura, pública e contínua e com objetivo de constituição de família. Ainda, previu e reconheceu a necessidade de se prestar assistência material ao convivente necessitado, a título de alimentos.

Ainda que o fato social tenha sido reconhecido pelos legisladores, como o foi com a União Estável, o Casamento, ainda assim, é o instituto base da sociedade brasileira.

1.4.2.2 A União Estável e o Código Civil de 2002

O código Civil trouxe título específico, dedicado exclusivamente à União Estável, como bem assinala Gonçalves⁹⁰:

⁸⁸ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 142.

⁸⁹ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 142.

O novo Código Civil fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos, os princípios básicos das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96. Tratou, nesses artigos, dos aspectos pessoais e patrimoniais, deixando para o direito das sucessões o efeito patrimonial sucessório. Em face da equiparação do referido instituto ao casamento, aplicam-se-lhe os mesmos princípios e normas atinentes a alimentos entre os cônjuges.

O fato jurídico que nasce com o nome de União Estável, ainda está evoluindo, mesmo sendo a união estável vista como uma relação não instituída. À medida que vai sendo regulamentada, vai ganhando contornos bastante semelhantes ao do Casamento, visto que, grande parte dos direitos conferidos aos conviventes, tem por base, a união matrimonializada.

Ainda que a União Estável tenha um caráter mais livre, uma vez que ao não ser união oficializada, como o é o matrimônio, a intervenção do estado mostra-se útil e necessária, legitimando-a e conferindo direitos e deveres aos conviventes.

Acerca do assunto, Oliveira⁹¹ relaciona:

[...] sempre entendemos que não havia dever alimentar entre concubinos ou mesmo decorrente da união estável, por força do referido mandamento constitucional, em virtude da ausência de norma que estabelecesse expressamente tal dever entre aqueles que viviam em união estável, à semelhança do que acontece no casamento, em que o dever alimentar entre os cônjuges tem sede no inciso III do art. 231 do Código Civil.

Na verdade, a Constituição Federal, ao dizer que “a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar” merece a proteção do Estado, não criou instituto diverso do concubinato. Não é impressionar a nova nomenclatura “União Estável” no lugar de “concubinato”. O fenômeno de alterar, ou usar vocábulos no lugar de outros, por preconceito ou pudor do legislador, é tradição do Direito pátrio.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. direito das sucessões. v. 7. 2 ed. Editora Saraiva, 2008. p. 157.

⁹¹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**, com as posições doutrinárias mais recentes : Lei 9278/96 4 ed. Rio de Janeiro Lumen Juris 1999. p. 79.

O Código Civil inseriu a União Estável em seu último capítulo, no livro IV, que trata do Direito de Família, pois entende que esta união só foi reconhecida quando estava em elaboração. Alguns doutrinadores entendem que a União Estável, tão distante do capítulo do casamento, é de certa forma, uma visível resistência em comparar e reconhecê-la como tal, ou seja, uma entidade familiar de direito.

Neste pensamento, Dias⁹² esclarece que

[...] apesar do desdém do legislador, inexistente hierarquia entre os dois institutos. O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fontes geradoras de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória.

O Código Civil disciplina nos artigos 1.723 e 1.724 o reconhecimento da união estável e também as relações pessoais entre os conviventes.

Art. 1.723 É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.724 As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Percebe-se assim que embora a União Estável, embora distinta do Casamento, tem o mesmo fim, ou seja, a constituição de uma família.

1.4.2.3 Conceito de União Estável

A união estável é um fenômeno, antes de tudo social. Ainda que a Lei Maior tenha lhe conferido reconhecimento, é um fato, que gera efeitos jurídicos. Neste entendimento, Santos⁹³ conceitua união estável como sendo:

[...] a convivência estável e séria entre um homem e uma mulher, sem que nenhum deles seja ligado por um vínculo precedente matrimonial,

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 147.

⁹³ SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. **Alimentos decorrentes da união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 15.

é um fenômeno social, antes de jurídico, que não pode certamente incorrer nas qualificações de ilicitude ou ilegitimidade, pondo em risco os fundamentos de ordem pública sobre os quais o casamento se assenta.

Esclarece Welter⁹⁴:

[...] para que haja união estável é necessário cumprir os deveres exigidos pelo casamento, listados no artigo 231 do Código Civil: fidelidade recíproca; vida em comum; no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos, porque somente assim haverá a igualdade de tratamento ditada pelo parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal e pelas Leis n.s 8.971/94 e 9.278/96 e, agora pelo Projeto de Lei n. 2.686/96, denominado Estatuto da União Estável.

Para Varjão⁹⁵ a união estável, “Em sentido amplo designa toda e qualquer união sexual livre entre o homem e a mulher. Em sentido estrito é a união *more uxório*, isto é, como se fossem casados, do homem com a mulher”.

Para Dias⁹⁶ “(...) a união estável nasce da consolidação do vínculo de convivência, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios”.

1.4.2.4 Características da União Estável

Para que se caracterize a União Estável, é preciso que ocorra uma sucessão de fatos: tempo de convivência, envolvimento, publicidade, intenção de ser Família. Não se admite que a simples convivência entre homem e mulher, seja vista como União Estável.

Neste entendimento Dias⁹⁷, expõe que:

(...) a lei não imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características (1.723): convivência pública, contínua e

⁹⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos na união estável**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 21.

⁹⁵ VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável**: requisitos e efeitos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 41.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 148.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**.. p. 167.

duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se o legislador em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva, ainda que o essencial seja a existência de um vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família.

Portanto, um dos requisitos para caracterizar a União Estável é a publicidade e notoriedade.

Dias⁹⁸ ensina que “a publicidade denota a notoriedade da relação no meio social freqüentado pelos companheiros, objetivando afastar da definição de entidade familiar as relações menos compromissadas, nas quais os envolvidos não assumem perante a sociedade a condição “como se casados fossem”.

Entende Gonçalves⁹⁹ que “uma das características da união estável é a ausência de formalismo para a sua constituição. A união estável independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum”.

Podemos dizer que a união estável se inicia quando os companheiros resolvem partilhar a convivência, como se casados fossem, embasada na conduta, afinidade, afeição, características estas, similares as do casamento.

Para Oliveira¹⁰⁰, são características da União Estável:

Diversidade de sexos: o mandamento constitucional exige, para a união estável, que a coabitação se dê entre pessoas de sexos diferentes, isto é, entre homem e mulher, não tendo amparo constitucional a união estável entre homossexuais.

Qualificação dos conviventes: questão tormentosa é saber se, diante da omissão da lei n. 9.278/96 sobre a qualificação dos conviventes, ainda subsiste a exigência do art. 1º da Lei 8.971/94 de que os companheiros sejam solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 150.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. direito das sucessões. 2 ed . Editora Saraiva, 2008. v. 7. p. 539.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**, com as posições doutrinárias mais recentes : Lei 9278/96 4 ed. Rio de janeiro Lumen Juris 1999. p. 84.

Coabitação: com essa característica, exige-se que os conviventes morem sob o mesmo teto, mantendo vida como se casados fossem. É necessário que os conviventes tenham o mesmo domicílio.

Estabilidade: não havia prazo mínimo de coabitação, para que a jurisprudência pátria considerasse o relacionamento entre um homem e uma mulher como concubinato. Entretanto, a Lei n. 8.971/94, ao estabelecer o direito alimentar entre os companheiros, passou a exigir que a convivência entre os companheiros fosse de mais de cinco anos, ou dela adviesse prole.

Publicidade: no concubinato qualificado, os concubinos, tais quais os esposos, não escondem seu relacionamento da sociedade em que vivem; pelo contrário, freqüentam-na, ostentando sua situação fática, como marido e mulher.

Fidelidade: o inciso I do art. 231 do CC estabelece como dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca. A união estável, que procura em tudo imitar o casamento, também tem como característica a fidelidade dos conviventes.

Finalidade: o art. 1º da lei n. 9.278/96 introduziu como requisito para a caracterização da união estável como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida como objetivo de constituição de família. É o elemento subjetivo da união estável. Além dos elementos objetivamente constatados, deve-se demonstrar que os conviventes tinham a intenção de constituir uma família.

***Affectio societatis*:** essa característica, importada do Direito Comercial, é conceituada pela Enciclopédia Saraiva do Direito como “disposição do sócio em construir e manter sociedade”. Elemento subjetivo essencial na formação e na existência da sociedade. Transpondo esse conceito para as relações entre os conviventes, diríamos que é a intenção destes em criar uma sociedade de fato nos moldes do casamento, inclusive com a construção de um patrimônio comum, quer no que diz respeito ao patrimônio passivo, quer ao ativo.

Ao abordar o tema Viana¹⁰¹ salienta:

¹⁰¹ VIANA, Marco Aurélio S.. **Da união estável**. p. 28.

[...] que em qualificação a relação, melhor será falar em convivência notória e estável, vocábulos esses já de utilização mais corrente na doutrina. O vocábulo pública, como vimos no item anterior, se tomado na sua acepção semântica extrema, não expressa o pensamento jurídico a esse respeito. O que se pretende dizer é que a união deve ser conhecida no meio social em que vivem os conviventes.

E Welter¹⁰² assim elenca:

[...] para que os companheiros possam postular alimentos, a união estável deverá atender às mesmas exigências do casamento, ou seja, os companheiros deverão cumprir os deveres listados nos quatro incisos do artigo 231 do Código Civil, até por que assim o exigem o artigo 2º da Lei n. 9.278/96 e o Projeto de Lei n. 2.686/96 (Estatuto da União Estável).

Na União Estável, configura-se comunhão de um homem e uma mulher com envolvimento moral e material.

O reconhecimento da União Estável, tal como disposto na Constituição, apenas ocorre entre pessoas de sexos diferentes, não englobando, desta forma, as uniões homoafetivas, bastante comuns na sociedade atual.

Por isso, a crítica de muitos doutrinadores, de que a legislação encontra-se defasada. Ainda assim, a Constituição ao trazer em seu bojo, como princípio norteador, a dignidade da pessoa humana, amparou a impossibilidade de desrespeito ou prejuízo do ser humano em razão de sua orientação sexual. Por mais que o legislador insista em não normatizar as uniões homoafetivas, pela grande resistência persistente no seio da sociedade, o aplicador do direito não pode fechar os olhos a esta realidade, ignorando-a, como se não existisse¹⁰³.

Acaso não fosse a mudança nos costumes e a evolução na aplicação das normas, dando-se um sentido equânime a letra fria da lei, muito

¹⁰² WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos na união estável**. p. 40.

¹⁰³ Neste sentido aponta Dias, citando diversos autores que comungam da idéia de que a Constituição pode ser aplicada extensivamente, devendo ser reconhecidos os mais diversos tipos de institutos familiares que se apresentem na sociedade. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 198/211.

possivelmente, que ainda nos dias de hoje, a única forma de Família reconhecida fosse o Casamento.

1.4.3 Da Família Monoparental

O legislador ao perceber que a realidade social não mais se contentava em ter a família constituída pelo casamento como única espécie de família, admitiu, além da União Estável, a Família Monoparental.

A Constituição Federal, ao alargar o reconhecimento dos tipos de Família, elencou como entidade familiar uma realidade que não mais podia deixar de ser arrostada: a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Esses núcleos familiares passaram a ser nominados de famílias monoparentais, para ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do poder familiar.

Com o declínio do patriarcalismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, as famílias constituídas por um dos pais e sua prole passaram a ter maior visibilidade. Seu expressivo número, com maciça predominância feminina, é uma forte oposição ao modelo dominante da bipolaridade.

Essas novas entidades familiares necessitam de especial atenção, principalmente porque a mulher arca sozinha com as despesas da família e é sabido que percebe salário menor do que o homem. Durante muitos anos, a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal. As pessoas que resolvessem optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação marginal¹⁰⁴.

Uma família é considerada monoparental, como denota Leite¹⁰⁵, “quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças”.

¹⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: LTR, 1997. p. 20

¹⁰⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. p. 22.

Os inúmeros casos de pais (separados, divorciados, viúvos, com uniões estáveis rompidas) que vivem com seus filhos, formando autêntico núcleo familiar, não podiam mais ser simplesmente ignorados pelo Estado.

Oliveira¹⁰⁶ enfoca como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental, a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como ocorre no Casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na União Estável.

Para Leite¹⁰⁷ a “liberdade que conduz pessoas que se amam a viver juntas e a gerar filhos juntas permite, igualmente, àqueles que não mais se amam decidir não mais viver juntos”.

Ainda, pode uma pessoa, por opção própria, adotar uma criança ou adolescente como seu filho, constituindo uma família monoparental.

Os métodos de inseminação artificial também dão margem às “mães independentes”, que podem ter filhos sem saber quem são os doadores do material genético.

A monoparentalidade também pode ter origem no falecimento de um dos cônjuges ou companheiros. É uma causa acidental e que pode levar, de maneira compulsória, a que o cônjuge ou companheiro supérstite passe a viver com sua prole.

O divórcio, a separação e o fim de uniões estáveis podem perfeitamente ser enquadrados na liberdade. A opção pelo regime de núcleo monoparental, na maioria dos casos, é precedida de casamento ou uniões estáveis mal sucedidas. Extinta a sociedade conjugal ou a união estável é definido com quem ficarão os filhos. Assim, institui-se uma nova unidade familiar e, às vezes, até duas (caso ambos os pais fiquem com filhos, em regime de guarda compartilhada).

¹⁰⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 215

¹⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. p. 29.

Oliveira¹⁰⁸ também arrola outros fatores que são responsáveis pela constituição de famílias formadas por pais e filhos: dificuldade econômica, receio de perda dos benefícios previdenciários ou de direitos condicionais estabelecidos em acordos judiciais, descrédito em novos relacionamentos e a situação das “mães solteiras” também contribuem para o aumento do número desta nova espécie familiar.

O mesmo autor ainda salienta que não se podem descartar os casos das uniões entre homens e mulheres que estão impedidos de se casar, nominados pela doutrina de concubinato impuro ou adulterino, em que é comum o abandono da mulher e seus filhos aos seus próprios destinos, que também não deixam de configurar famílias monoparentais sob a direção da mulher.

Porque é imanente ao ser humano unir-se a outro para buscar estabilidade física e emocional-, as famílias monoparentais tendem a evoluir para Casamentos ou Uniões Estáveis. Mas, enquanto os interessados permanecerem no “estado monoparental”, existe uma série de fatores que devem, urgentemente, ser objeto de atitudes por parte do estado.

Bastos e Martins¹⁰⁹ afirmam que

[...] a família monoparental é fruto ou do acaso (hipóteses de falecimento do consorte ou companheiro) ou da vontade dos pais. Os filhos, neste campo, não exercem influência alguma. Ficarão, via de regra com algum dos pais.

Na constatação do professor Leite¹¹⁰

[...] as famílias monoparentais – não é mais possível negar ou esconder – geram problemas de natureza jurídica (pensão alimentícia, direito de guarda ou de visita, convenção do divórcio, ausência de legislação no caso de separação de um concubino) e, também de natureza econômica (mães desqualificadas para o trabalho, mães sem

¹⁰⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 217.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTIN, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 952.

¹¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. p. 25.

trabalho, pais sem recursos, ausência de habitação, de seguro, de proteção social, de inserção profissional).

O que se deve salientar é que as famílias monoparentais merecem idêntico tratamento do Estado, que deve dispensá-las atenção e normas próprias, para que os direitos dos integrantes dessa família possam ser amplamente tutelados.

1.5 DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Inegável é que o sustentáculo maior da Carta Magna de 1.988 é a dignidade da pessoa humana. Dele decorrem os demais princípios que ali estão estampados, bem como as interpretações constitucionais dados pelo Supremo Tribunal Federal tem se pautado, em sua grande maioria, no respeito pelo ser humano.

Ainda que tenha ocorrido grande evolução, e o ser humano e não mais seu patrimônio tenha passado a ser o cerne do ordenamento jurídico pátrio, é cediço que a sociedade brasileira ainda é permeada de muitos preconceitos, o que acaba refletindo no desencadear do processo legislativo.

Prova disto é que as uniões homoafetivas, ainda que seja fato que permeia o cotidiano social, não são tuteladas pelo ordenamento jurídico. O legislador constituinte tratou de amparar as uniões estáveis entre homens e mulheres, porém fechou os olhos, e o continua fazendo, aos clamores das minorias, excluindo, vergonhosamente, as uniões homoafetivas de sua proteção.

Nesse sentido, muito construtiva a crítica promovida por Dias¹¹¹:

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expresso, somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 47.

Necessário encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada.

Os Tribunais Pátrios¹¹² têm dado importante passo, corrigindo a injustiça legislativa de não contemplar as uniões homoafetivas, incluindo o parceiro sobrevivente como herdeiro na sucessão, reconhecendo seu direito a receber alimentos, benefícios previdenciários¹¹³, etc. Porém, o que tem fundado a maioria destas decisões é a máxima do direito que “a ninguém é permitido o enriquecimento sem causa”, reconhecendo-se que o vínculo havido entre os companheiros homossexuais é mera sociedade de fato, não sendo reconhecido seu vínculo como entidade familiar.

Essa posição, preconceituosa, paulatinamente, está sendo modificada, como bem assinala Dias¹¹⁴:

Felizmente começa a surgir uma nova postura. Reconhecidas as uniões homoafetivas como entidades familiares, as ações devem tramitar nas varas de família. Assim, nem que seja por analogia, deve ser aplicada legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação.

Se negativa de emprestar direitos às uniões homoafetivas tinha por fundamento a ausência de lei, esta desculpa já não serve mais. A Lei Maria da Penha, de forma até repetitiva (LPM 2.º e 5.º parágrafo único), ressalva a orientação de proteger a mulher vítima de violência doméstica e familiar, acabou por definir família como relação íntima de afeto, albergando no seu conceito, de modo expresso, as uniões homoafetivas.

¹¹² Dias apresenta em sua obra os passos evolutivos da jurisprudência ao reconhecer os direitos dos companheiros, nos mais variados temas, até mesmo com relação a adoção, direito de visitas etc. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 206/209.

¹¹³ A Instrução Normativa nº 25/00 do Instituto Nacional da Seguro Social - INSS, reconhece direito à percepção tanto de pensão por morte, quanto auxílio reclusão ao companheiro homossexual.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 48.

Neste sentido, importante colacionar recente decisão¹¹⁵ do Superior Tribunal de Justiça, na qual a Ministra Relatora empresta grande contribuição ao tema, ao expor:

[...] despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

Sob essa ótica, a proteção do Estado ao ser humano deve ser conferida com os olhos fixos na vedação a condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, forte nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade.

A inegável superação de antigos paradigmas do Direito de Família tem se operado pela gradativa evanescência da função “procriacional” a definir a entidade familiar, bem como, pela dissipação do conteúdo de cunho marcadamente patrimonialista, para dar lugar à comunhão de vida e de interesses pautada na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes.

É certo que o Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório.

O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

Assim, relações fundadas no afeto e na mútua assistência, consolidadas entre pessoas do mesmo sexo, têm sido, gradativamente, inseridas no âmbito do Direito de Família, especialmente pela doutrina e pela jurisprudência, o que deve conduzir a uma inevitável normatização do tema.

¹¹⁵ BRASIL. EDcl no Recurso Especial nº 1.026.981 do Rio de Janeiro, Ministra Relatora Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJe 04/08/2010.

Contudo, enquanto a norma não se amolda à realidade, considerando os dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema (PL n.º 1.151/95 e PL n.º 2.285/07), é dever do Juiz emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário, a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual.

Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana. Tratando-se de vínculos familiares, já que envolvem relações de afeto, deveriam as ações envolvendo uniões homoafetivas tramitarem nas varas de família como ocorrem com todas as demais entidades familiares.

Destaque-se também excerto do voto¹¹⁶ do Ministro Celso de Mello, o qual emprestou contribuição no norte de prover reconhecimento como entidade familiar, as uniões homoafetivas:

[...] o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto da proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (...).

¹¹⁶ BRASIL ADI 3.300 do Distrito Federal Ministro Relator: Celso de Mello, DJ de 9/2/2006.

Por certo que se está muito distante do ideal de uma sociedade justa, livre e solidária¹¹⁷, como preconiza a Constituição de ser objetivo da República Federativa do Brasil. Uma sociedade não pode ser tida como justa se marginaliza os seus, ainda que tratem eles da minoria da população.

Não é crível que no avançado Estado Democrático de Direito que a nação atravessa, preconceitos torpes ainda permeiem o pensamento social, e que isso reflita no processo legislativo e no proceder do Poder Judiciário.

As minorias existem e não podem ser tratadas com desprezo. Pelo contrário, merecem elas tratamentos equânimes afinal perante a lei são iguais e merecedores de igual tutela do Estado, independentemente de orientação religiosa, sexual, espiritual, afetiva etc.

¹¹⁷ BRASIL. Artigo 3º, inciso I da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

CAPÍTULO 2

DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

2.1 OS DIREITOS REAIS

2.1.1 Direito das Coisas x Direitos Reais

O Livro III do Código Civil contempla o denominado Direito das Coisas, que nas palavras de Santos¹¹⁸, ocupa-se do “complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes aos bens, inclusive o Direito Autoral”.

Beviláqua¹¹⁹ demonstra não ter entendimento diferente ao afirmar que o Direito das Coisas “é o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”.

Ainda que de modo restrito, pelos ensinamentos dos doutrinadores citados, é possível constatar que é objeto do Direito das Coisas tudo aquilo que pode sofrer apropriação pelo homem, sejam elas móveis ou imóveis, ou como ensina Monteiro

[...] o direito das coisas, de modo geral, compreende tão-somente bens materiais, isto é, a propriedade e seus desdobramentos. [...] O código Civil brasileiro enquadra, todavia, nesse ramo do direito, os direitos autorais, por considerá-los como propriedade imaterial, embora não desconheça o aspecto moral desse direito, decorrente da própria personalidade do autor, fruto de seu engenho e inteligência.

Perfilhando a disposição da Lei Material Civil, verifica-se que o Direito das Coisas engloba a Posse e os Direitos Reais, o que leva a inferir que a

¹¹⁸ Santos, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**. 7. v. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 05.

¹¹⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. 3.v. 5 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938. p. 07.

posse não é considerada um Direito Real, especialmente por não estar listada no rol taxativo¹²⁰ do artigo 1.225.

Tal posição destacada da posse dos demais direitos reais se dá em função do entendimento de Beviláqua¹²¹, o qual foi o maior articulador do Código Civil de 1.916, posição esta mantida pelo legislador do novel Codex. De acordo com o entendimento do mestre, a posse era mero estado de fato, antecessor à propriedade, podendo aquela levar a esta. Ele considerava a posse um "estado transitório", portanto, não poderia estar inserida no âmbito do Direito Real, mas, ainda assim, se tratava de Direito das Coisas.

Entendimento divergente é defendido por Melo¹²², para quem a utilização da interpretação sistemática possibilita encontrar na posse todas as características de um direito real – tem por objeto coisa determinada, tem eficácia *erga omnes* e seu exercício independe de terceiros-, o que se mostra suficiente para convencer que a posse é um direito real, ainda que o legislador tenha sido omissor, ao não inseri-la no artigo 1.225.

Para Lopes¹²³ não há qualquer diferença entre Direitos Reais e Direito das Coisas, tanto que afirma que

[...] de qualquer modo, tanto a expressão Direitos Reais como a de Direitos das Coisas possuem ambas um conceito idêntico, como idênticos são seus objetivos e a matéria jurídica que a compõe.

Por disposição expressa contida no Código Civil, prefere-se compartilhar da posição adotada por Beviláqua. Não tendo o legislador incluído a

¹²⁰ Melo preconiza que somente a lei pode constituir direito real, porquanto o rol do artigo 1.225 é taxativo. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: direito das coisas. 5. v. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 49.

¹²¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 17.

¹²² Melo preconiza que somente a lei pode constituir direito real, porquanto o rol do artigo 1.225 é taxativo. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: direito das coisas. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 3 p. 49.

¹²³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 5 ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 2001. p. 09.

Posse no rol dos Direitos Reais e dada sua natureza jurídica controversa¹²⁴, não deve ser ela entendida como tal, embora faça parte, por óbvio do Direito das Coisas.

Os Direitos Reais estão inseridos no Direito das Coisas, portanto, assim como foi definido no início do capítulo por Santos e Beviláqua, aqueles, assim como estes, tratam do poder de ingerência que faz o homem sobre a coisa, em abstenção de toda a coletividade.

Melo¹²⁵ apresenta em seu estudo, as três teorias que buscam bem demonstrar uma definição satisfatória dos Direitos Reais: a realista ou impersonalista, a personalista e a da situação jurídica.

A primeira defende que o direito real nada mais é que o estudo da submissão da coisa à vontade de seu titular, sem a ingerência de terceiros. A segunda parte da premissa kantiana de que toda relação jurídica se dá de forma intersubjetiva, portanto, a relação dos direitos reais ocorre entre o titular do direito (sujeito ativo), a coletividade (sujeito passivo universal) e a coisa (objeto).

Acerca da terceira corrente, diz o autor:

[...] o ramo do direito civil regente da situação jurídica gerada pela norma de direito que confere ao indivíduo o poder de titularidade sobre os bens apropriáveis apontando sua extensão e limites, fundados primordialmente na função social e na boa-fé¹²⁶.

Esta corrente, da situação jurídica, que Melo aponta como “acertada” é que melhor define os Direitos Reais sob o enfoque relação o autor

¹²⁴ Oliveira desenvolveu um estudo acerca das controvérsias que envolvem a posse e suas definições, concluindo que a posse é definida de acordo com a natureza jurídica que assume. De acordo com o autor, a posse tem natureza plúrima, ostentando quatro dimensões, a saber: a posse pode ser tida como Direito Real, e é manifestada quando o titular de um direito real, também é possuidor, amparando, outrossim, os desdobramentos dos direitos reais (posse direta e indireta); a posse como Direito Obrigacional, a qual decorre de uma relação obrigacional, como o aluguel, arrendamento e o comodato, por exemplo; a posse enquanto Fato Jurídico, desvinculada de qualquer direito real ou obrigacional, é a posse natural, provém apenas de um fato; e por fim, a posse como Direito da Administração, pois precedida de um ato emanado pela Administração, ato administrativo, como ocorre na ocupação temporária e na requisição administrativa. OLIVEIRA, Á. B. ; MACIEL, M. L. . A Natureza Jurídica da Posse: Um Estudo Conforme Suas Quatro Dimensões. **Ciência jurídica**, v. 141, 2008. p. 275-289.

¹²⁵ MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 2.

¹²⁶ MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 2009. p. 2.

defende como "acertada", é aquela na qual o Direito das Coisas - aqui se subentende tratar de Direito Real, é tido como

2.1.2 Diferenças Entre os Direitos Reais e Direitos Pessoais

Tradicionalmente, por herança do Código de Napoleão, há no ordenamento jurídico brasileiro, dois grandes grupos de direitos subjetivos patrimoniais. São eles os Direitos Reais, os quais a principal característica é a sujeição da coisa ao poder de seu titular (*jus in rem*) e os Direitos Obrigacionais, caracterizados estes pelas relações jurídicas entre pessoas determinadas (*jus in personam*), nas quais se busca a satisfação das prestações de dar, fazer ou não fazer¹²⁷.

Ainda que a constitucionalização¹²⁸ dos Direitos Reais os tenha feito gravitar na órbita dos Direitos Obrigacionais, aqueles não se confundem com estes.

Importa fazer uma breve análise das diferenças principais, que colocam os Direitos Obrigacionais em posição distinta dos Direitos Reais, que nos dizeres de Monteiro¹²⁹

[...] trata-se de distinção relativamente moderna, tanto que não chegou a ser idealizada ou desenvolvida pelo direito romano. Isso aconteceu, não porque os romanos não sentissem a perceptível diferença entre as duas modalidades de relações jurídicas. Muito ao revés, já entre eles as ações de direito privado subdividiavam-se em dois grandes grupos: *actio in rem* e *actio in personam*, tutelando as primeiras os direitos reais e as segundas os direitos pessoais.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

¹²⁸ Oliveira elaborou um quadro bastante elucidativo que aborda de forma concisa e clara o tema. Os Direitos Reais, segundo ensinamentos do autor, possuem dois conteúdos: um interno, que corresponde ao domínio e suas faculdades - usar, gozar, dispor e reaver; e um externo, que se relaciona com as obrigações, tanto positivas, como é o caso do dever de inserção social, como negativas, que são as obrigações impostas pelo Estado que limitam e restringem o exercício da titularidade dos Direitos Reais. OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **A função (f(x)) do direito das coisas**. Novos estudos jurídicos, v. 11, 2006. p. 117-134. Disponível em [http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view File/9044/8610](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/File/9044/8610). Acesso em 13 de outubro de 2010.

¹²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 3. v. p. 8.

Mas em verdade, os romanos jamais chegaram a arquitetar uma teoria sobre direitos reais, tanto que as expressões *jus in rem* e *jus ad rem*, empregadas para distinguir os direitos reais dos pessoais, são de certo modo recentes, tendo surgido, pela vez primeira, no direito canônico, precisamente no século XII, a fim de exprimirem direitos patrimoniais de natureza diversa. [...]

Bittar¹³⁰ em posição não divergente sustenta que as relações patrimoniais podem ter caráter obrigacional, acaso sejam realizadas entre pessoas determinadas visando à consecução de algum interesse jurídico, ou ter caráter real, no qual o titular do direito o exerce diretamente sobre a coisa, havendo o dever de não ingerência de terceiros.

Os Direitos Pessoais, ou Obrigacionais como também são chamados, diferem dos Reais em diversos aspectos, mas o principal deles é quanto à pessoa, uma vez que aqueles se referem a pessoas determinadas e estes a toda a coletividade, que tem o dever de abstenção.

Os Direitos Pessoais emergem, de um modo geral, de um ajuste de vontade entre as partes, podendo, por vezes, advir da lei, caso em que se impõe sempre à pessoa. Eles apenas vinculam os envolvidos no negócio jurídico, com poucos reflexos a terceiros. São classificados como bipolares, por terem sempre partes determinadas no pólo ativo e passivo; dependendo sempre sua concretização da prestação negativa ou positiva da outra parte, daí porque são chamados de relativos.¹³¹

Ainda, os Direitos Obrigacionais, dada a vasta quantidade de relações a que uma pessoa pode obrigar-se com outra, não obedecem a rigorosos ditames da lei, que apenas lhes dá as nuances de como devem ser tratados, extinguindo-se tão logo esteja cumprida a vontade pactuada.¹³²

¹³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 01.

¹³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. p. 04/05.

¹³² BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. p. 06.

Traz-se à baila as diferenças apontadas por Pereira¹³³ entre os *jus in rem* e *jus in personam*:

1. O direito real é oponível *erga omnes*, enquanto o direito de crédito o é a um sujeito passivo determinado.
2. o objeto do direito real é sempre determinado, ao passo que o do direito de crédito basta seja determinável.
3. O *ius in re* exige a existência atual da coisa, em contraposição ao *ius ad personam*, compatível com a sua finalidade.
4. O direito real é exclusivo, no sentido de que não se comapdece com a pluralidade de sujeitos com iguais direitos.
5. O direito real adquire-se por usucapião, ao passo que os direitos de crédito não suportam esse modo de aquisição.
6. Os direitos de crédito extinguem-se pela inércia do sujeito, ao passo que os reais conservam-se, não obstante a falta de exercício, até que se constitua uma situação contrária, em proveito de outro titular.
7. Os direitos reais são providos da prerrogativa de acompanharem a coisa em poder de quem ela se encontre (seqüela).
8. O titular do direito real tem a faculdade de receber privilegiadamente em caso de falência ou concurso creditório, sem se sujeitar ao rateio, cabendo-lhe, dentro dos limites de seu crédito, embolsar o produto da venda da coisa gravada (preferência).
9. O titular de um direito real, que não possa mais suportar seus encargos, tem a faculdade de abandoná-lo, o que não cabe no tocante aos direitos de crédito.
10. O *ius in re* são suscetíveis de posse, os de crédito não são.

Existem, no entanto, situações jurídicas que transitam tanto na esfera dos Direitos Pessoais, quanto na dos Direitos Reais, como ocorre nas

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 4. v. p. 3-4.

denominadas obrigações *propter rem*¹³⁴, ônus reais¹³⁵ e obrigações com eficácia real¹³⁶.

É possível inferir que o Direito das Coisas tutela as relações do homem sobre a coisa, cabendo a coletividade abster-se de atos que prejudiquem o exercício inerente ao titular de um Direito Real.

2.1.3 Características e Classificação

Os Direitos Reais assumem outras formas, bastante diferentes das apresentadas pelos Direitos Pessoais – e expostas em síntese acima.

Uma das principais características dos Direitos Reais é sua oponibilidade contra todos, ou seja, a chamada eficácia *erga omnes*. Ainda que não exista qualquer relação de terceiros com o titular ou até mesmo com a coisa, é dever da coletividade abster-se de quaisquer atos de ingerência sobre o bem alheio. Em virtude desta oponibilidade *erga omnes*, diz-se que os Direitos Reais são absolutos, em contraposição aos Direitos Pessoais, chamados de relativos, por só produzirem efeitos *inter partes*.

Acerca do tema, explana Kelsen¹³⁷:

Sob a influência da antiga jurisprudência romana costuma distinguir-se entre direito sobre uma coisa (*jus in rem*) e o direito em face de uma pessoa (*jus in personam*). Esta distinção induz em erro. Também o direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas. Quando, para manter a distinção entre direito real e pessoal, se definiu aquele como o direito de um indivíduo a dispor por qualquer forma de

¹³⁴ As obrigações *propter rem*, também chamadas de obrigações reais, são relacionadas diretamente com a coisa, a *res*, ligada sempre a um direito real. Nas palavras de Venosa, “a obrigação real é particularização do princípio *erga omnes* do direito real: determinada pessoa, em face de certo direito real, está “obrigada”, juridicamente falando, mas essa obrigação materializa-se e mostra-se diferente da obrigação *erga omnes* do direito real, porque diz respeito a um único sujeito, apresentando todos os característicos de obrigação.” VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 5. v. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29/30.

¹³⁵ Os ônus reais são gravames que recaem sobre uma coisa, restringindo o direito do titular do direito real. A responsabilidade, neste caso, é limitada ao bem onerado. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. p. 31/32.

¹³⁶ As obrigações com eficácia real são aquelas em que as relações contratuais, que devido a sua importância, podem ser registradas em cartório imobiliário, adquirindo eficácia que transcendem o vínculo obrigacional. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. p. 31/32.

¹³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5 ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999. p. 145/146.

uma coisa determinada, perde-se de vista que aquele direito apenas consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar esta disposição, quer dizer: a não impedir ou por qualquer forma dificultar; que, portanto, o *jus in rem* é também um *jus in personam*. De primária importância é a relação entre indivíduos, a qual também no caso dos chamados direitos reais consiste no dever de uma determinada conduta em face de um indivíduo determinado. A relação com a coisa é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária. Trata-se de conduta de um indivíduo em relação a uma determinada coisa, conduta que todos os outros indivíduos são obrigados, em face do primeiro, a suportar.

A par da eficácia *erga omnes*, os Direitos Reais submetem a coisa a seu titular, aderindo a ele, independentemente da observância da conduta de alguém. Decorre da aderência as ações que podem ser intentadas para proteger a coisa, como ensina Pereira: “da aderência direta e absoluta do direito real à coisa resulta que as ações criadas para protegê-lo podem ser intentadas contra quem os usurpe ou ofenda”¹³⁸.

Da aderência sucedem outras duas características: a ambulatoriedade e a seqüela.

Tendo em vista a aderência dos direitos reais ao titular, aqueles caminham com este até a destruição do bem, ressalvada a hipótese de sub-rogação real.

A coisa, dada a aderência dos Direitos Reais, é submetida imediatamente ao poder de seu titular, com oponibilidade a terceiros, podendo persegui-la, onde quer se encontre. Esta é a característica da seqüela, que nas palavras de Farias¹³⁹:

[...] o atributo da seqüela é o mais eloqüente manifestação da evidente situação de submissão do bem ao titular do direito real. Pelo fato de não existir relação jurídica entre a pessoa e a coisa, porém apenas entre pessoas, todos os bens se encontram em

¹³⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 22.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7.

estado de pertinência ao exercício dos poderes pelos seus titulares. A seqüela decorre do absolutismo dos direitos reais, pois se posso exigir de todos um dever de abstenção, nada me impede de retirar o bem do poder daquele que viola tal comando.

A seqüela se relaciona ao princípio da inerência ou aderência, no sentido do direito real aderir à coisa e a perseguir. A seqüela é nova privativa dos direitos reais, pois um objeto determinado é vinculado à atuação de seu titular.

Para que possam ser opostos a terceiros, necessário que o titular dos Direitos Reais tenha notoriedade. Em sendo assim, existem atos solenes os quais dão publicidade à transmissão da titularidade dos bens, como é o caso da tradição (artigo 1.226 do código Civil), para os bens móveis e do registro em cartório imobiliário (artigo 1.227) para os imóveis.

Não obstante, ainda permeiam os Direitos Reais a característica da taxatividade, o que permite dizer que Direitos Reais são somente aqueles que estão arrolados no artigo 1.225 do Código Civil.

Nas palavras de Farias¹⁴⁰, a taxatividade assim é explicada:

[...] em razão da sua eficácia absoluta, a criação de novos direitos reais depende de reserva legislativa. A taxatividade importa considerar que fora do catálogo legal, exclui-se de a autonomia privada conceber direitos reais que produzam conseqüências *erga omnes*. A vontade humana não pode livremente criar modelos jurídicos que sejam capazes de impor insegurança ao comércio jurídico, prejudicando a regularidade das relações jurídicas exercitadas em comunidade. O princípio do *numerus clausus* tem ainda o mérito de facilitar a operacionalização do registro público, tornando-se conhecidas todas as limitações hábeis a afetar qualquer direito real.

Colaciona-se, o resumo de algumas das disposições acerca das características dos Direitos Reais como já exposto, além da explanação acerca da perpetuidade e preferência, como se encontra descrito por Melo¹⁴¹:

¹⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7.

Eficácia erga omnes. Os direitos reais produzem efeitos diretos em face de todas as pessoas, sendo, portanto, oponíveis a terceiros que não guardam qualquer relação com o titular ou com relação ao bem alheio. [...] **Aderência.** Os direitos reais submetem a coisa ao titular, caminhando e aderindo a ele, independentemente da observância de uma conduta de alguém. [...] **Ambulatoriedade.** Vimos que os direitos reais aderem ao titular e, por tal motivo, caminham com ele até a extinção que se verificará com a destruição do próprio bem, ressalvada a hipótese de sub-rogação real. [...] **Seqüela.** O conhecido atributo do *ius persequendi* significa que ao titular do direito real é concedido o direito de perseguir a coisa no local em que ela se encontrar e com quem estiver. Qualquer um que sem autorização estiver com o bem será considerado usurpador e municiará da seqüela de ação para recuperá-lo. **Taxatividade.** Na tradição do direito brasileiro, o rol de direitos reais é taxativo, isto é, a sua existência depende de reserva legal (*numerus clausus*). O rol de direitos reais se encontra previsto no artigo 1.228 do Código Civil. [...] **Perpetuidade.** [...] os direitos reais tendem a ser perpétuos. [...] **Preferência.** Trata-se de característica exclusiva dos direitos reais de garantia [...] penhor, anticrese e hipoteca [...].

Dadas suas várias características, podem os Direitos Reais ser classificados de diferentes formas¹⁴², interessando ao presente estudo aquela que os divide em *jus in re própria* e *jus in re aliena*.

A propriedade é o cerne dos direitos reais por ter inserta em seu conteúdo todos as faculdades dos poderes dominais consolidados.

A propriedade é a manifestação primária e fundamental dos direitos, detendo um caráter complexo em que os atributos de uso, gozo, disposição e reivindicação reúnem-se¹⁴³.

É ela o direito na coisa própria.

¹⁴¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: direito das coisas. p. 02/04.

¹⁴² Por exemplo, quanto ao seu objeto, Bittar ilustra que podem ser imóveis ou móveis. “De início, quanto ao objeto, podem os direitos reais dividir-se em sobre coisas corpóreas e incorpóreas (compreendidos os direitos, inclusive reais). Comportam, ademais, nesse nível, a distribuição em direitos imobiliários e mobiliários, consoante incidam sobre coisas imóveis ou móveis, diferenciando-se, em ambos, os respectivos regimes jurídicos, em que avulta a problemática registrária.” BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. p. 19.

¹⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17.

Os direitos na coisa alheia ou também chamados de direitos limitados são fragmentações dos poderes dominiais. Acompanham eles sempre o direito de propriedade.

Nesse sentido explana Farias¹⁴⁴, afirmando que

São manifestações facultativas e derivadas dos direitos reais, pois resultam na decomposição dos diversos poderes jurídicos contidos na esfera dominial. Assim, sua existência jamais será exclusiva, eis que na sua vigência convivem com o direito de propriedade, mesmo estando ele fragmentado.

Dando ensejo ao tema, verifica-se o direito de propriedade e os direitos na coisa alheia, especialmente o direito de fruição.

2.2 PROPRIEDADE: DIREITO REAL POR EXCELÊNCIA

2.2.1 Considerações iniciais

A propriedade se caracteriza pela necessidade do homem de possuir objetos essenciais para sua existência. Contudo, para se verificar o significado do termo é necessário investigar a etimologia da palavra.

Analisando o termo Propriedade Norberto Bobbio afirma que “[...] deriva do adjetivo latino *proprius* e significa que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico, sendo apenas seu”¹⁴⁵.

O termo propriedade “deriva do latim *propriate* que informa a qualidade de próprio, ou seja, que pertence a alguém por direito e que, ao mesmo tempo, pode fazer uso do bem, objeto do citado direito, da forma que melhor lhe convier”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18.

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1994. p. 1021.

¹⁴⁶ SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Propriedade em face da ordem constitucional brasileira**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, 1998.

Do sentido etimológico decorre o sentido jurídico de que propriedade é o direito de dispor de alguma coisa de modo pleno, podendo fazer com o seu objeto tudo que não está vedado por lei. Verifica-se, desta forma, a idéia de poder implícita na propriedade, entendida como capacidade de controlar e impor a própria vontade.

Por essas e outras razões, a propriedade sempre foi foco de conflitos sociais, medindo a riqueza e o poder dos indivíduos e se constituindo na base do direito privado.

A utilização das terras nos primeiros tempos de Roma se dá, pela comunhão agrária, em que a utilização do solo ou se promove por exploração comum, com divisão dos frutos, ou o cultivo se faz por famílias, em lotes. Noutro estágio, o chefe de família cultiva por tempo vitalício a terra que recebe e passa-a, por sucessão causa mortis, aos filhos masculinos. Finalmente, sob o regime da propriedade individual, o proprietário pode, livremente, dispor de seu bem¹⁴⁷.

A primeira propriedade, pelo que se depreende do estudo de Engels¹⁴⁸, foi coletiva, onde todos usavam a terra para seu sustento e sobrevivência, mais tarde a propriedade era familiar. Já a propriedade privada, aparece com o surgimento da agricultura e da pecuária, nessa fase estão os gregos da época heróica, as tribos itálicas anteriores à fundação de Roma e os nórdicos¹⁴⁹.

A história das sociedades primitivas demonstra que estas geralmente passam por três fases distintas, sendo a primeira a agrária, quando a propriedade é comum a todos os membros de uma gens, depois a familiar em que cada família é proprietária de uma porção de terras, transmitidas por sucessão hereditária, e por fim a propriedade individual, exclusiva de cada cidadão¹⁵⁰.

¹⁴⁷ MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 37.

¹⁴⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Obras escolhidas de Karl Marx e Friedrich Engels, Trad. Leandro Konder, v. 3. Rio de Janeiro. p. 22-26-46.

¹⁴⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 08.

¹⁵⁰ PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Trad. José Fernandez Gonzáles. Buenos Aires: Editorial Alabastros. p. 245.

Entretanto, sabe-se terem existido raças que nunca instituíram a propriedade privada entre si, e outras só demorada e penosamente a estabeleceram¹⁵¹.

Determinar a origem da propriedade sempre foi um desafio para filósofos e teóricos, que se dividiam, principalmente, em dois grupos: os que afirmavam ser a propriedade um direito natural e independente do surgimento do Estado¹⁵² e os que sustentavam que o direito de propriedade nasce somente como consequência do Estado¹⁵³.

Além dessa dificuldade, constata-se que o processo histórico de evolução da propriedade teve contornos sociais e econômicos de acordo com o momento histórico vivido.

Entretanto, não se ocupa o presente estudo de elaborar uma análise da propriedade a partir de sua evolução histórica. Cumpre vislumbrar seus diferentes modos de conceituação, e assim verificar seus elementos constitutivos, para, finalmente, conhecer seus desdobramentos.

2.2.2 Conceito

Inexiste conceituação legal para propriedade. O Código Civil disciplina quais os direitos subjetivos do proprietário. No entanto, existem diversas faculdades do proprietário que mesmo não estando presente em algumas situações não descaracterizam a propriedade¹⁵⁴.

A propriedade é o mais amplo dos direitos reais, por esta razão a propriedade é considerada “o cerne dos Direitos Reais, é o Direito Real por

¹⁵¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1981. p. 63.

¹⁵² Dentre eles: **John Locke** que nasceu em Wrington, Somerset, no sudoeste da Inglaterra, em 29 de agosto de 1632, e faleceu com 72 anos, em 1704. John Locke está entre os filósofos chamados empiristas, por compatibilizarem a ciência junto à filosofia, valorizando a experiência como fonte de conhecimento.

¹⁵³ Dentre eles: **Thomas Hobbes** que nasceu em Westport, hoje parte de Malmesbury, cerca de 140 Km a oeste de Londres, em 5 de abril de 1588, e veio a falecer em 4 de dezembro de 1679 com 91 anos. **Jean-Jacques Rousseau** que nasceu em Genebra, na Suíça, em 28 de junho de 1712, e faleceu em Ermenonville, nordeste de Paris, França, em 2 de julho de 1778 aos 66 anos.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil Brasileiro**, v.4, São Paulo: Saraiva, 2000. p. 104.

excelência”¹⁵⁵¹⁵⁶, uma vez que em seu conteúdo interno estão agrupados todos os poderes inerentes ao domínio – usar¹⁵⁷, gozar¹⁵⁸, dispor¹⁵⁹, reaver¹⁶⁰.

Gonçalves entende que o direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa certa e determinada, em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar¹⁶¹.

Outrossim, existem teses que defendem que a propriedade é sobretudo a faculdade de dispor, ou seja, a exteriorização da vontade do proprietário em relação à coisa. Existindo também, posicionamento que reduz a propriedade a um dos atributos de direitos de ordem real¹⁶².

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **A função (f(x)) do direito das coisas**. p. 117-134. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9044/8610>>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **A função (f(x)) do direito das coisas**. p. 117-134. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9044/8610>>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

¹⁵⁷ “O direito de usar, [...] consiste na faculdade de se servir da coisa, empregando-a em um uso que se possa reproduzir, o que pressupõe idéia de que o uso não deve mudar a substância da coisa, embora esta se empregue nos diversos misteres a que se presta.” SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**. p. 277.

¹⁵⁸ “O direito de gozar é o direito de perceber todos os frutos ou qualquer utilidade da coisa, quer a cultivando, quer fazendo a coisa frutificar por qualquer outro modo, inclusive o de gozar do valor respectivo como elemento de crédito.” SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**. p. 277/278.

¹⁵⁹ “Consiste o direito de dispor em fazer da coisa um uso definitivo, que não mais se poderá reproduzir, ao menos para a mesma pessoa, a saber: transformá-la, consumi-la, destruí-la, transmiti-la a um outro, abandoná-la, constituir nela servidões ou qualquer outro direito. Esse direito é m atributo essencial da propriedade, que serve de traço distintivo entre ela e os demais direitos reais.” SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**. p. 278 .

¹⁶⁰ “O direito de reivindicar é um corolário lógico dos outros direitos que são assegurados ao proprietário. De fato, do direito de gozar e de dispor exclusivamente da coisa decorre particular e naturalmente este outro direito do proprietário: reivindicá-la do poder de quem quer que seja, a fim de que possam aqueles outros direitos se tornarem realidade. Compreende-se, portanto, a razão pela qual o nosso Código inclui a reivindicação entre os elementos constitutivos do direito de propriedade.” Santos, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**. p. 279.

¹⁶¹ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de direito civil**, v. XI, brasileira, supervisão Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Vicente Ráo. São Paulo: Max Limonad. p. 207-208.

¹⁶² ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 148.

Preleciona Gomes¹⁶³ o direito de propriedade à luz de três critérios, e termina por afirmar que isoladamente nem um dos critérios satisfaz, mas a análise dos três permite tornar seus traços mais nítidos.

Sinteticamente, é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa; Analiticamente, é o direito de usar, fruir, e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem o injustamente o possua; Descritivamente, é um direito complexo, absoluto, perpétuo, e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Sob o enfoque analítico é possível definir a propriedade como o “poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo qualquer ingerência de terceiros [...]”¹⁶⁴. Esta plenitude do direito de propriedade distingue-o dos outros direitos reais, denominados direitos reais limitados¹⁶⁵.

O direito de propriedade pode ser compreendido a partir das características que lhe são próprias: é um direito subjetivo, absoluto, exclusivo, elástico, perpétuo, complexo e ilimitado, pelo qual uma pessoa submete uma coisa a sua vontade.

Melo¹⁶⁶ expõe ser a propriedade um direito subjetivo, por conter uma situação jurídica em que a coletividade tem um dever de não intromissão, cabendo ao titular ação própria para a defesa de seu direito.

É absoluta dada a sua oponibilidade *erga omnes*, podendo ser tomada a propriedade como o mais extenso e completo dos Direitos Reais, daí porque alguns autores¹⁶⁷ a definem como a parte nuclear dos Direitos Reais.¹⁶⁸

¹⁶³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 97.

¹⁶⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: direito das coisas. Editora Lumen Juris, 2004. p. 53.

¹⁶⁵ WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 10 ed. São Paulo: RT, 1995. p.98.

¹⁶⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: direito das coisas. Editora Lumen Juris, 2004. p. 53.

¹⁶⁷ Neste sentido entendem BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 67. e MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. p. 83.

¹⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 67.

A exclusividade garante ao proprietário poder privativo. A coisa não pode pertencer simultaneamente a duas pessoas, cabendo ao proprietário, caso isso ocorra, excluir a ação de terceiro¹⁶⁹.

Elasticidade se demonstra como característica própria dos Direitos Reais sobre coisas alheias, na qual o proprietário pode conceder ou contrair os poderes dominiais¹⁷⁰.

O não-uso da propriedade não faz distinguir o direito do titular. A propriedade adere a este até que ocorra causa extintiva, voluntária ou legal. Esta é razão pela qual a propriedade é dita perpétua, valendo dizer que é transmissível aos herdeiros¹⁷¹.

A complexidade é vislumbrada na gama de poderes que é garantido ao titular¹⁷².

E, por fim, a propriedade é dita ilimitada “porque se não lhe antepõem óbices à respectiva extensão ou ao seu exercício¹⁷³”.

No entanto, esta característica não é absoluta. No atual¹⁷⁴ estado de direito, há uma subsunção do direito particular face aos interesses

¹⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. p. 84; Santos, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**. p. 270.

¹⁷⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: direito das coisas**. Editora Lumen Juris, 2004. p. 53.

¹⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 67.

¹⁷² Melo, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: direito das coisas**. Editora Lumen Juris, 2004. p. 53/54.

¹⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 67.

¹⁷⁴ Lacerda em sua dissertação de mestrado percorre o caminho histórico para explicar o atual caráter constitucional que assumiu a propriedade privada. Remonta ao contexto histórico da propriedade coletiva, romana, feudal, moderna e culmina no Estado atual. De suas explanações, em um resumo muito breve, constata-se que se em principio, tomando-se como marco a Revolução Francesa, a propriedade era um direito absoluto, quase inatingível como proclamado na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir do século XIX, nas lutas socialistas de Engels e Marx e no movimento social de Deguit, passa a se ter a visão que além de direito subjetivo de caráter individual, o direito de propriedade é entendido com função social. LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A superação democrática do estado constitucional moderno e os novos aportes teóricos da propriedade**. 2009. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009.

públicos, que acabam por limitar os direitos de propriedade como bem descreve Bittar¹⁷⁵:

o direito de propriedade apresenta-se entrecortado por diferentes limitações, impostas pelos fatores já definidos, e que se constituem em balizas institucionais ao respectivo exercício, a par das de caráter natural, inerentes à própria natureza do objeto. [...] Dentro da tônica do sacrifício do interesse individual em prol do geral e em consonância com os contornos traçados no ordenamento jurídico, as limitações representam a harmonização do uso privado com os direitos da coletividade, que se perfaz através de diplomas restritivos do respectivo alcance. Vale dizer: sofre o exercício do direito o influxo de normas protetivas de interesses coletivos.

Ante a disposição constitucional contida no artigo 5º, inciso XXIII que assevera que a propriedade atenderá a sua função social, amplamente se fala acerca do tema, com vários autores discorrendo acerca da necessidade de que a propriedade atenda a função social.

Entretanto, Oliveira defende a tese de que o proprietário não tem o dever de dar destinação social à propriedade, mas tem obrigação de inseri-la socialmente para atender aos preceitos estampados na Carta Política, na qual se privilegia o coletivo e não o individual.

Neste contexto, além do dever de inserção social, o direito de propriedade ainda sofre limitações e restrições, como ensina o autor¹⁷⁶.

a constitucionalização do direito privado traz a seguinte trilogia à propriedade, a saber: a Inserção Social; as limitações e; as Restrições. A Inserção Social da Propriedade é proporcional ao Direito Subjetivo do Proprietário, e esta proporcionalidade é gradual à medida que o proprietário insere mais ou menos seu bem no contexto social. É como se a sociedade fosse uma série de engrenagens dentadas: Econômica; Civil, Pública; Saúde; Segurança; Liberdade, entre outras, das quais a propriedade Deve estar inserida, como se cada propriedade participasse socialmente sendo uma endentação de cada uma das engrenagens. [...] a

¹⁷⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: direito das coisas. Editora Lumen Juris, 2004. p. 68.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Uma definição de propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, p. 10, 2008.

Inserção Social da Propriedade é uma prestação positiva à sociedade. Nos Limites estão inseridas as normas em que a palavra “não” está normalmente explícita ou implicitamente presente, advinda de um ente público ou privado, como é o caso do Plano Diretor, Direito de Vizinhança ou das regras de um Condomínio Edifício (convenção e regimento interno).

As Restrições à propriedade privada também podem ser dadas, tanto por um particular, quanto por um ente público ou pelo próprio proprietário, são normas, também, negativas que fazem com que o particular seja privado de sua propriedade em parte ou no todo. Como exemplo de restrições à propriedade tem-se: aquelas dadas por um particular (artigos 1.258 e 1.259 do Código Civil); pelo próprio proprietário (servidão ambiental) e; por um ente público (as desapropriações).

Face ao exposto, verifica-se que a característica de ser a propriedade ilimitada deve ser entendida restritivamente, uma vez que além de um conteúdo interno, relacionado ao domínio, o que por certo traz em seu bojo essa “ilimitação”, apresenta também conteúdo externo bastante arraigado, na qual há dever de inserção social e respeito aos limites e restrições impostas.

A propriedade não pode ser entendida somente como o somatório de seus elementos constitutivos, mas também como o poder garantido pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral, podendo ser pleno ou desmembrado¹⁷⁷.

Atualmente a propriedade não é vista apenas sob um enfoque, posto que várias são as suas formas. Cada categoria de bens comporta uma forma de apropriação privativa dela¹⁷⁸.

Não obstante existirem variadas formas de tratamento às propriedades civil, agrária, constitucional, coletiva, familiar, e demais, em âmbito conceitual, convém destacar que permeiam o mesmo instituto, ainda que se encontrem diferenciações em algumas ramificações, as quais decorrem de

¹⁷⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, 5 ed, v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1938. p. 111.

¹⁷⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 65-66.

balanceamento axiológico do conceito. Ainda assim, deverá o conceito ser aberto, justamente para sua preservação e mobilidade no sistema¹⁷⁹.

Desta feita, a propriedade não se restringe às normas de direito civil, compreendendo normas administrativas, ambientais, urbanísticas, empresariais, e este complexo é orientado pelas normas constitucionais.

2.2.3 Domínio: o conteúdo interno da Propriedade

A propriedade, considerando a constitucionalização do instituto, como já debatido, não remete somente ao poder de ingerência do homem sobre a coisa somado ao dever de abstenção de terceiros.

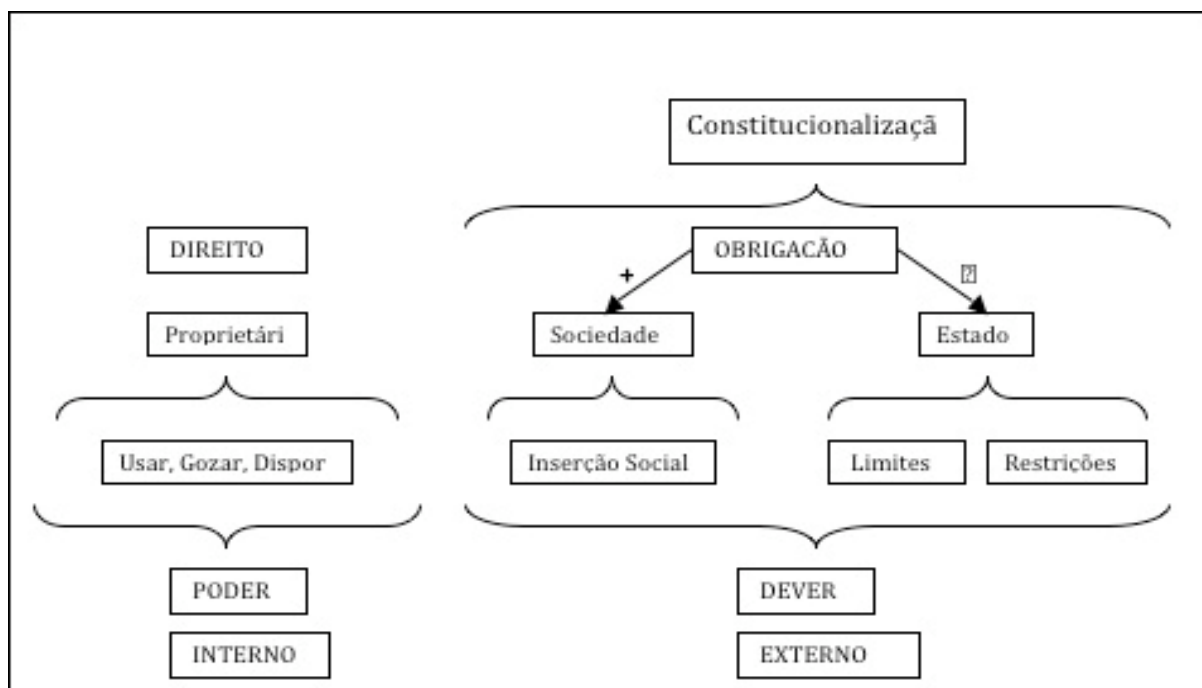
No conceito atual, a propriedade adentra no campo obrigacional, uma vez que deve estar inserida socialmente, bem como sofre diferentes tipos de limitações, impostas, algumas, por normas de direito civil, *ex vi*, do Direito de Vizinhança.

Por consectário lógico, verifica-se que a propriedade atual é bifurcada: possui um conteúdo interno, o qual corresponde exatamente às faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação; e outro externo, referente ao dever de inserção social e aos limites e restrições impostas ao proprietário.

Ilustra-se o disposto com um quadro bastante elucidativo elaborado por Oliveira¹⁸⁰, no qual é possível vislumbrar o esboçado.

¹⁷⁹ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 144.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Á. B. . **A função (f(x)) do Direito das Coisas**. Novos Estudos Jurídicos, v. 11, p. 117-134, 2006. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9044/8610>>. Acesso em 13 de outubro de 2010.



Este conteúdo interno da propriedade corresponde ao domínio, que apesar da noção unificadora emprestada da escola da exegese e a pandectista germânica, as quais atribuíram sinonímia à propriedade e domínio, não correspondem ao mesmo termo jurídico. Este equívoco, muito comum no ordenamento jurídico nacional, pode ser inclusive encontrado no novel Código Civil, o qual suprimiu o termo domínio de seu conteúdo¹⁸¹.

Aronne¹⁸² dedica seu estudo ao tema, e com maestria explana a diferença entre propriedade e domínio, como termos autônomos e complementares. O domínio se insere no campo meramente real, não se vislumbrando terceiros, tampouco obrigações. Implica ele no poder do titular sobre a coisa e seu direito subjetivo de usar gozar, dispor e reaver.

A propriedade vai além. Não obstante estarem inseridas nela todas as faculdades dominais, contém ainda a relação de abstenção da coletividade para com o particular – eficácia *erga omnes*, bem como as obrigações sociais impostas a este.

¹⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.18

¹⁸² ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: Reexame Sistemático das noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

O domínio é o que confere o poder de senhoria ao proprietário, que lhe possibilita agir sobre a coisa, desfrutar seu objeto.

Os direitos reais em coisa alheia decorrem justamente dessa submissão da coisa à vontade do proprietário, que pode destacar algumas de suas prerrogativas em favor de terceiros, como bem demonstra Farias¹⁸³:

[...] o domínio é suscetível de desmembramento em diversos direitos fragmentados, que se manifestam conforme as variadas atividades desenvolvidas pelo homem sobre as coisas. Cada poder do domínio que é desmembrado, culmina por constituir um novo direito real. Assim, apesar de no direito brasileiro não se admitir pluralidade de domínios, pode ele de desdobrar em várias parcelas, em prol de outras pessoas.

A propriedade, *jus in re propria*, engloba em seu conteúdo as faculdades do domínio consolidados. Ao haver destaque de qualquer dessas prerrogativas - uso, gozo, disposição e reivindicação, existirá pluralidade de domínios, e portanto, *jus in re aliena*, inserido neste contexto a habitação.

2.3 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

2.3.1 Direitos Reais em Coisa Alheia

A propriedade, por conter todas as faculdades inerentes ao domínio consolidadas, é considerada o sustentáculo dos Direitos Reais. Por esta razão, a propriedade, a teor do que dispõe o artigo 1.231 do Código Civil, é considerada plena, até prova em contrário.

Esta plenitude da propriedade advém da exclusividade do domínio, não sendo possível estabelecer direito real sobre a coisa, na qual já exista outro da mesma espécie. Acerca da exclusividade do domínio, ensina Farias¹⁸⁴:

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.18

¹⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 527

[...] tanto o titular do direito de propriedade como de outros direitos reais, possui exclusividade no exercício dominial.

Com efeito o domínio do bem é uno e indivisível, sendo impossível, que, simultaneamente, duas possam usar, fruir e dispor de um bem de maneira concorrente.

Cumpra elucidar que no caso de instituição de condomínio sobre a propriedade, não se verifica a multiplicação das faculdades de usar, gozar, dispor e reaver a coisa em tantos quantos forem os condôminos, justamente em função da unidade de domínio. Neste caso, o que se institui é a pluralidade no exercício da situação dominial. Há a possibilidade da repartição da titularidade em cotas, o que não descaracterizará a unidade do domínio, no entanto a sujeição da coisa se dá sobre a totalidade do bem.

Neste sentido, é da lição de Aronne¹⁸⁵:

[...] se duas pessoas têm a propriedade do bem, cada uma tem a propriedade. Pelo ângulo dominial, quando duas pessoas detêm o domínio de um bem, ambas o têm. Quando uma parcela da propriedade é alienada (por exemplo, uma quota de vinte por cento) o adquirente não possui o direito de propriedade como um todo, porém, nenhum outro co-proprietário pode concorrer em sua parcela.

A partir da propriedade, ou mais precisamente, de seu conteúdo interno, correspondente ao domínio, que dessaem os demais direitos reais estampados no artigo 1.225 da Lei Civil.

O princípio da elasticidade, que acompanha os Direitos Reais, permite que as faculdades dominiais, possam ser fragmentadas em unidades autônomas e transmitidas a terceiros, fazendo emergir os direitos reais em coisa alheia.

Por mais que ocorra o desdobre os poderes do domínio, não há redução da condição de proprietário. A propriedade permanecerá com o seu

¹⁸⁵ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: Reexame Sistemático das noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 70.

titular, no entanto, como houve destaque de algum ou até mesmo todos poderes dominiais, aquela será limitada.

Ao pensar em direitos reais sobre coisa alheia, pode ser vislumbrada com mais facilidade a diferença entre propriedade e domínio. Acaso correspondessem ao mesmo instituto jurídico, ao ser destacada qualquer das faculdades, não existiria mais a propriedade, e sim, a gênese de um outro tipo de direito real.

Como não se aventa esta possibilidade, a propriedade permanece hígida, porém limitada, já que houve destaque dos poderes que lhe são inerentes. Este destaque ocorre justamente do conteúdo interno, ou do poder dominial, o qual permite que sejam transmitidas as faculdades de usar, gozar e dispor do bem, sem, contanto, que a propriedade seja transmitida.

Neste norte aponta Aronne¹⁸⁶, para quem o domínio se identifica às faculdades que pode o sujeito exercer sobre o bem:

[...] incongruente pensar que a propriedade se desdobra, por exemplo, na criação de direitos reais limitados, quando o proprietário não tem redução de propriedade e sim uma redução do domínio que enfeixa.

As diferentes faculdades que compõem o feixe dominial, cada uma, podem ser destacadas e assim constituir um direito real em coisa alheia, atendendo aos mais diferentes destinos que o homem pode dar à coisa.

A utilidade da instituição do direito real em coisa alheia é demonstrada por Venosa¹⁸⁷:

[...] alguns desses direitos oferecem modernamente grande interesse prático, tendo em vista a finalidade social atual a que se destinam, como o usufruto, exemplo dinâmico de direito de desfrute da coisa, e a hipoteca e penhor, com finalidade precípua de servir de garantia a negócios jurídicos, importantes auxiliares do direito obrigacional e da circulação de riquezas.

¹⁸⁶ Aronne, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 178

¹⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 414.

O desdobre das faculdades dominiais faz emergir os direitos reais limitados ou direitos reais em coisa alheia, os quais são divididos em três grupos: os direitos de fruição (servidão, usufruto, uso e habitação), os direitos de garantia (hipoteca, penhor e anticrese) e o direito real à aquisição, que corresponde à promessa de compra e venda registrada.

Cada um destes grupos corresponde ao destaque de uma faculdade em particular, com maior ou menor intensidade, formando uma nova titularidade, oponível a terceiros, que devem observar o dever de abstenção – eficácia *erga omnes*.

Os direitos real em coisa alheia “possuem dentro de si uma carga relevante de índole obrigacional”¹⁸⁸. O beneficiário de qualquer das faculdades inerentes ao domínio, mantém com o proprietário relações obrigacionais, as quais estão inseridas no direito real.

Cumpre ressaltar que nem todo direito obrigacional levado a registro faz surgir um direito real em coisa alheia, posto que estes estão restritos ao rol do artigo 1.225 do Código Civil. Receberão estas obrigações eficácia real, oponível a todos, o que transcende a característica das relações obrigacionais, que são *interpartes*.

Neste sentido, colaciona-se de Farias¹⁸⁹:

Existem direitos obrigacionais que, quando conduzidos ao RGI, adquirem eficácia real, mas não se convertem propriamente em direitos reais, por não haver adequação ao princípio do *numerus clausus*. [...] Em realidade o que ocorre é a efetiva atribuição de eficácia real, *erga omnes*, originalmente despida desta eficácia. [...] É uma forma de fortalecimento do direito obrigacional por se lhe agregar um predicado próprio dos direitos reais [...].

Outrossim, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade alcançam a coisa onerada, sem que por isso

¹⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.

¹⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20/21.

sejam direitos reais. O que importa é a publicidade decorrente do ato do registro.

Vislumbra-se, portanto, que a eficácia erga omnes não atinge apenas os Direitos Reais, tanto em coisa própria como em coisa alheia, mas engloba também eventuais relações obrigacionais levadas a registro.

Por certo que é característica própria de Direitos Reais, uma vez que é a oponibilidade contra a universalidade que constitui o vínculo do proprietário com o restante da sociedade.

2.3.2 Direitos Reais de Fruição

Os Direitos Reais de Fruição se verificam quando o titular da propriedade destaca seus poderes dominiais de uso e fruição em favor de terceiros.

Constata-se, nesta modalidade de direitos reais, três tipos de interações, as quais vinculam seus titulares, como ensina Farias:

[...] em comum, todos os titulares de direitos reais de fruição manterão três formas de relações: a) relação de dominação perante o objeto móvel ou imóvel (direito real); b) relação obrigacional com sujeito determinado que lhe outorgou a titularidade (proprietário); c) relação obrigacional com sujeito passivo universal, no qual ao dever coletivo de abstenção será contraposto o dever do titular de funcionalizar o direito real, harmonizando o seu interesse individual (liberdade) ao interesse social exigido pela Constituição Federal (solidariedade).

Esta modalidade de direitos reais em coisa alheia forma um importante grupo. São eles: a enfiteuse, usufruto, uso, habitação e servidão. Dependendo do tipo de direito real instituído haverá maior ou menor grau de desdobre das faculdades inerentes ao domínio¹⁹⁰.

Por consectário lógico, havendo o destaque de alguns dos poderes dominiais para a instituição de direito real de fruição, haverá enfraquecimento da propriedade, já que desdobrado o uso e a fruição.

¹⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 530.

O Direito Real de Fruição de maior amplitude é o usufruto. Este é um direito, como bem assinala Venosa¹⁹¹, “transitório que concede ao seu titular o poder de usar e gozar, durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente de bens pertencentes à outra pessoa”.

Os Direitos de Uso e Habitação são considerados derivados do usufruto, uma vez que muitas das normas aplicáveis àqueles institutos provêm deste, desde que não sejam incompatíveis em sua natureza jurídica¹⁹².

Acerca da diferença entre usufruto e uso, ensina Farias:

[...] a distinção entre usufruto e direito real de uso repousa na impossibilidade de o titular deste gozar do objeto de seu direito. O usuário pode usar o bem, sendo-lhe, todavia, interdita a sua fruição. Fundamental, para compreender o conteúdo do direito real de uso é perceber que dentro do próprio *jus utendi* se encontra a permissão para a exploração dos frutos naturais da coisa, que atendam às necessidades de subsistência da família do titular do direito real limitado.

A percepção dos frutos, no caso do uso é restrita à necessidade do titular do direito real e de sua família, a teor do que dispõe o artigo 1.412 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá seus frutos, quando o exigirem as necessidades suas e de sua família.

A Habitação é ainda mais restrita, sendo, portanto, o Direito Real de Fruição de menor amplitude. A habitação se destina somente à moradia do beneficiário e de sua família, como será verificado a seguir.

2.3.3 Direito Real de Habitação

O Direito Real de Habitação é o direito real em coisa alheia com a menor amplitude. Está ele estampado no artigo 1.414 da novel Lei Civil, *in verbis*:

¹⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 463.

¹⁹² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 355.

Art. 1.414. 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.

Basicamente, consiste o Direito Real de Habitação, no uso gratuito de casa de morada. Seu objeto há de ser bem imóvel – casa ou apartamento, não necessariamente urbano, com finalidade de proporcionar moradia gratuita¹⁹³.

Na Direito Real de Habitação o proprietário faz o destaque em favor do beneficiário da sua faculdade de uso, que nesse caso se restringirá ao exercício de moradia.

Porém, há entendimento, colacionado de Rizzardo¹⁹⁴, que o Direito Real de Habitação, ainda que se destine a moradia do beneficiário e sua família, estanque disposto no Código Civil, pode ter utilidade mais ampla, desde que compatíveis com o direito de residência, como por exemplo, consulta de profissionais liberais, pequeno comércio, e prestação de serviços.

Neste sentido também entende Farias, para quem, “permite-se o exercício de atividade comercial, desde que a finalidade precípua seja a habitação do favorecido, sozinho ou com a sua entidade familiar”¹⁹⁵.

Gomes¹⁹⁶, em posição divergente, afirma não ser possível o habitador dar destinação diferente da moradia ao imóvel em que constituído este Direito Real.

A proibição legal se restringe em alugar e emprestar o imóvel, ainda que não exista vedação de haver co-habitadores, desde que não paguem aluguel, uns aos outros, ou embarquem o exercício dos direitos dos demais¹⁹⁷.

¹⁹³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 353.

¹⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 3. v. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 1095.

¹⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 579.

¹⁹⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 353.

¹⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 578.

Porém, esta prerrogativa de co-habitação não se refere ao proprietário como bem destaca Aronne¹⁹⁸:

[...] desdobrando-se o domínio, o anterior detentor não mais a possui, e não pode se manter em condomínio com titular do direito real sobre coisa alheia, por não poder conviver sob o abrigo da mesma titularidade, eis que sua condição de proprietário consigna a titularidade dos direitos reais que enfeixa como sendo na coisa própria e não alheia.

A instituição do Direito Real de Habitação é personalíssima, sendo, portanto, incessível, não sendo possível transmiti-la a terceiros. Entretanto, é constituída *intuitu familiae*, descaracterizando o instituto cláusula que impeça o habitador de morar com toda sua família ou membro específico¹⁹⁹.

No mesmo norte indica Gomes²⁰⁰:

[...] tal como o *direito de uso*, do qual é, afinal, simples modalidade, o *direito de habitação* tem cunho *personalíssimo*, não podendo ser transferido, nem mesmo seu exercício. O titular o exerce residindo na casa alheia. Tem, portanto, destinação invariável, a casa não pode ser habitada por outrem, nem ser usada para outro fim.

Como o objeto do Direito Real de Habitação se dá em bem imóvel, necessária a inscrição no Registro de Imóveis para que se torne Direito Real. Enquanto não for perfectibilizada esta transcrição, tem-se mera relação obrigacional entre o proprietário e o habitador²⁰¹.

Uma visão geral do Direito Real de Habitação é extraída dos ensinamentos de Farias²⁰², quando afirma que:

¹⁹⁸ Aronne, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 293.

¹⁹⁹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: direito das coisas**. v. 5. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303.

²⁰⁰ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 353.

²⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 492/493

²⁰² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 577.

[...] no campo dos direitos reais de fruição, a menor amplitude concerne ao direito real de habitação. Seria um direito real de uso limitado á habitação, pois, além de incessível, não admite qualquer forma de fruição. Como o próprio nome descreve, circunscreve-se à faculdade de seu titular residir gratuita e temporariamente em um prédio com sua família (art. 1.414 do CC). O imóvel só destina à ocupação direta do beneficiário posto insuscetível de locação ou, ao menos, comodato, sob pena de resolução contratual.

Neste mesmo sentido, colaciona-se de Melo²⁰³:

[...] desta forma, o direito real de habitação consiste na possibilidade de o habitador utilizar gratuita e temporariamente bem imóvel alheio para fim exclusivo de sua moradia e de sua família, não podendo, por conseguinte, alugar nem emprestar o imóvel, sob pena de resolução do contrato. Incidindo sobre bem imóvel, sua criação se dará com o registro do contrato no cartório imobiliário. Assim como acontece com o uso, a habitação é celebrada, *intuitu familiae*, de modo que não produzirá efeito eventual cláusula que impeça o habitador de mora no imóvel sem a família ou excluindo-se algum membro desta. Pode ser constituída por contrato, por testamento ou pela lei.

O Direito Real de Habitação, assim como os demais direitos reais em coisa alheia, é temporário, ainda que seja vitalício. Este tipo de direito não se transmite por ato *inter vivos* ou por sucessão *mortis causa*²⁰⁴.

A extinção deste *jus in re aliena* pode se dar pela renúncia do beneficiário, a qual deve ser expressa, dependendo o ato de escritura pública²⁰⁵ ou por sua morte. Neste caso, a reversão do gravame sobre a propriedade, independe de sentença judicial²⁰⁶.

Não obstante o Direito Real de Habitação poder ser instituído por ato *inter vivos*, ele adquire maior relevo quando da morte do cônjuge. O fim

²⁰³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 349.

²⁰⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 348/349.

²⁰⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 492.

²⁰⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 349.

precípua deste direito é garantir à moradia do cônjuge supérstite, impedindo que fique desprovido do lar do casal²⁰⁷.

Será no direito sucessório que se observará com maior ênfase o Direito Real de Habitação, tutelando o cônjuge sobrevivente, que não ficará a mercê dos outros herdeiros, caso não possua outro bem que possa lhe servir de morada.

²⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 578.

CAPÍTULO 3

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO FRENTE AOS INSTITUTOS FAMILIARES E SEU REFLEXO SUCESSÓRIO

3.1 BREVE ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO

Antes de se verificar a acepção do direito real de habitação frente à sucessão, necessário se faz estabelecer o conceito de sucessão, que nos dizeres de Diniz²⁰⁸ é “o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento”

Coaduna deste entendimento Beviláqua²⁰⁹:

Direito das sucessões é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir.

Dias conceitua o direito das sucessões como sendo aquele que “se ocupa de estudar as relações econômicas advindas de transmissões do patrimônio (ativo e passivo) do *de cujus*, autor da herança, em favor dos seus herdeiros”²¹⁰.

Na abertura da sucessão verifica-se a ocorrência do chamado princípio da saisine, o qual estabelece que no exato momento da morte de alguém, aberta está sua sucessão, e automaticamente se transmite a herança aos herdeiros legítimos e testamentários²¹¹.

²⁰⁸ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 3.

²⁰⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1945. p. 44.

²¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1109.

²¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 101.

Tal princípio encontra amparo no Código Civil Brasileiro, no art. 1.784: "*aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*"²¹².

Entende-se, após a leitura deste dispositivo legal que, no mesmo instante em que ocorre a morte, ocorrerá também a abertura da sucessão, investindo-se, a partir deste momento, os herdeiros legítimos ou testamentários nos direitos do *de cujus*.

A massa de bens e direitos que será transmitida aos herdeiros e recebe o nome de espólio, contém tanto o patrimônio ativo do *de cujus*, – direitos creditórios, garantias – como seu patrimônio passivo – dívidas, hipotecas e afins.²¹³

O Código Civil prevê a sucessão legítima e a testamentária. A primeira, deste modo é definida por Nery Junior²¹⁴:

a Sucessão Legítima (ou *ab intestato*) é aquela definida por lei. Ocorre quando o falecido não deixou testamento ou codicilo, ou seja, as divisões, quinhões finais, serão todos definidos segundo a legislação. Encontra-se disposto no artigo 1.829 do código civil.

A sucessão testamentária é espécie de sucessão voluntária, a qual é instituída pelo autor da herança em vida, praticado pelo *acto mortis causa*, especificando ele a forma como se fará a sucessão de seus bens, após a sua morte, designando quais serão seus sucessores²¹⁵.

Destarte, Nery Junior²¹⁶ cita que há três maneiras para formalizar-se o testamento:

[...] público – é o tipo mais seguro de testamento, por ser elaborado pelo próprio tabelião, as declarações do testador serão realizadas na presença de cinco testemunhas.

²¹² BRASIL. **Código Civil**, 2007, Saraiva. p. 196.

²¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 242. apud Sílvia Venosa, *Direito Civil*, v 7, p. 378.

²¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. p. 218.

²¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1154.

²¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. p. 1158/1160/1162.

Cerrado – é escrito pelo próprio testador, ou por alguém a seu rogo, e só tem eficácia após o auto de aprovação lavrado por tabelião, na presença de duas testemunhas. A intervenção do tabelião objetiva dar-lhe caráter de autenticidade exterior. Portanto, a característica do testamento cerrado é ninguém saber o que consta nele, é secreto. Por outro lado, tem a desvantagem, que é o fato dele ficar com o testador, pois caso este venha a perder o testamento, a cópia não terá validade.

Particular – é a forma privada de testar, sendo elaborada pela mão do testador ou mediante processo mecânico, na presença de, pelo menos, três testemunhas, que o subscreverão, dispensada a presença do oficial de justiça.

Indiferentemente da forma de sucessão, há de se resguardar o direito dos sucessores no que tange à totalidade da herança. Neste sentido, o cônjuge, condicionando o regime de comunhão de bens adotado, bem como o companheiro, terá direito à quinhões da herança, nos termos delineados no rol enumerado pelo artigo 1.829 do citado Código Civil Brasileiro, ressaltando-se a meação.

Acerca da meação, leciona DIAS²¹⁷:

quando da dissolução do casamento pelo divórcio ou pela morte, a identificação do regime de bens permite saber se existem bens em estado de comunhão: patrimônio comum pertencente a ambos em partes iguais. Só nessas hipóteses há direito à meação, ou seja, à metade de um universo patrimonial.

E a citada doutrinadora arremata:

no regime de comunhão universal, integra a meação todo o acervo: os bens particulares de ambos os cônjuges e os adquiridos, a qualter título, depois do casamento. Na comunhão parcial, a meação é somente sobre os aquestos, ou seja, o patrimônio adquirido na Constância do matrimônio. Mesmo na separação obrigatória (obrigatória porque imposta pela lei) existe direito à meação dos bens adquiridos durante a Constância do enlace matrimonial, por força da Súmula 377 do STF. No regime da participação final nos aquestos, só cabe falar em meação quanto aos bens amealhados em comum durante o casamento. Os adquiridos em nome próprio, na vigência da sociedade conjugal, sujeitam-se à compensação, e não à divisão. Por fim, no regime da separação convencional, inexistente comunicação de patrimônios. Esta é a única hipótese em que, a princípio, não há direito à meação, ainda que a jurisprudência venha admitindo o

²¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 220-221.

direito à partilha mediante prova da contribuição na formação do acervo.

Desta forma, mesmo em concorrência com os descendentes ou ascendentes, deve-se atentar primeiramente à meação dos bens, atentando-se para o regime de comunhão adotado pelos cônjuges. No caso de união estável, aplicar-se o regime de comunhão parcial de bens, por disposição expressa do artigo 1.725 do *Codex Civil*.

3.2 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO SUCESSÓRIO

Os direitos oriundos da ruptura da relação *more uxório* devido à morte ou à vontade mesmo de um ou de ambos os companheiros, apresentam realmente grande traço evolutivo²¹⁸.

No direito real de habitação, a sucessão é garantida por imposição legal, nos termos do artigo 1.831 do Código Civil brasileiro²¹⁹, *in verbis*:

Artigo 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.

Conceituando ingitado artigo, VENOSA²²⁰ afirma que o “direito real sucessório estabelece-se no momento da abertura da sucessão, de modo que desde então tem o cônjuge as ações próprias para exercê-lo”.

Ainda, nos dizeres do citado doutrinador:

o objetivo da lei foi assegurar moradia ao cônjuge, que dela poderia ser privado quando concorresse com os demais herdeiros. Por vezes, o cônjuge supérstite era levado a situação angustiosa de não

²¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 899.

²¹⁹ BRASIL, **Código Civil**, 2007, Saraiva. p. 189.

²²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 491.

ter onde residir, após ter convivido por muito tempo no mesmo lar conjugal.²²¹

Não destoa deste entendimento FARIAS²²², para quem:

[...] apesar de poder ser instituído *inter vivos ou causa mortis*, o modelo só assume relevo no ordenamento jurídico quando do estudo do direito de sucessões, no tocante ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente sobre o imóvel residencial da família, ao concorrer na sucessão com descendentes e ascendentes (Art. 1.831 do CC).

A finalidade de habitação é dúplice: garantir certa qualidade de vida ao cônjuge supérstite e impedir que após o óbito do outro cônjuge seja ele excluído do imóvel em que o casal residia, sendo ele o único bem residencial do casal a ser inventariado. Com efeito, se os filhos do falecido e o cônjuge sobrevivente não se entendessem, poderia a qualquer tempo ser extinto o condomínio, com a perda da posse. Com o direito real de habitação, embora partilhado o imóvel entre os herdeiros, o cônjuge reserva para si o direito gratuito de moradia.

Nesta mesma senda, preleciona DINIZ²²³:

O art. 1.831 do Código Civil, com o intuito de proteger o cônjuge sobrevivente, em casamento efetuado sob qualquer regime de bens, confere-lhe o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

A nova norma trouxe garantia ao cônjuge supérstite, não importando, para salvaguardar o direito real de habitação, o regime de casamento adotado, conforme entendimento de MELO²²⁴:

O artigo 1.831 do Código Civil dispõe que independentemente da participação do cônjuge sobrevivente na herança, a ele será

²²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 491 e 492.

²²² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.578

²²³ DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. p. 106.

²²⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: Direito das coisas**. v. 5. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303.

assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar a matéria, assim decidiu:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CODIFICAÇÃO ATUAL. REGIME NUPCIAL. IRRELEVÂNCIA. RESIDÊNCIA DO CASAL.

Segundo o artigo 1.831 do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza que integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido²²⁵.

Objetiva a norma jurídica a preservação do cônjuge sobrevivente, evitando que fique ao bel-prazer dos demais herdeiros, especialmente quando há instituição de condomínio, e a qualquer, mormente ser privado da moradia que por tanto tempo habitou.

Para que seja instituído o direito real de habitação, na sucessão, deve haver apenas um imóvel residencial, mesmo que, o autor da herança seja proprietário de outros bens mais valiosos²²⁶.

O legislador, ao prever a constituição do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, culminou por extirpar injustiça legal, que privilegiava apenas os cônjuges cujo regime de bens fosse a comunhão universal, deixando a míngua os demais, que se viam desprovidos de moradia, mesmo após de anos de convivência no lar conjugal.

Panorama do Direito Real de Habitação no Casamento:
Ordenamento Jurídico de 1.916 e a Novel Lei Civil

²²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2006/0047945-7. Relator: Ministro Castro Filho. Data do julgamento: 25/09/2006. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicado no DJ em 16/10/2006. p. 373. Disponível em < <http://www.stj.jus.br> > Acesso em 14 nov. 2010.

²²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 491 e 492.

O Direito do cônjuge supérstite ao direito real de habitação é aplicável a qualquer modalidade de casamento, sem distinção do regime de bens adotado.

Entretanto, a Lei 3.071/1.916, denominada de Código Civil de 1.916, revogada pela Lei n.º 10.406/2002, somente garantia o direito de habitação sucessório, quando os cônjuges houvessem pactuado o Regime Universal de Comunhão de Bens, *verbis*:

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

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

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

§ 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.050, de 14.11.2000)²²⁷.

Verifica-se, pois, que o revogado Código Civil brasileiro de 1.916, instituíu o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, conquanto que

²²⁷ BRASIL. Código Civil (1.916). Disponível: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>> Acesso em 14 nov. 2010.

casados em regime de comunhão universal de bens, desde que aquele permanecesse viúvo, sendo pela doutrina nominado de direito vidual.²²⁸

Conforme leciona Farias²²⁹:

[...] comparando-se o art. 1830 do Código Civil de 2002 com o seu antecessor (art. 1611, CC 1916), houve substancial acréscimo qualitativo do direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente. Primeiro, o cônjuge passa a desfrutar do direito real de habitação, independente do regime de bens adotado no matrimônio – no CC de 1916, só caberia em prol do meeiro no regime da comunhão universal. Segundo, no CC de 1916 o direito real de habitação era vidual, posto condicionada a sua permanência à manutenção da viuvez. Doravante, mesmo que o cônjuge sobrevivente case novamente ou inaugure união estável, não poderá ser excluído da habitação, pois tal direito se torna vitalício”.

A nova disciplina trazida no artigo 1.831 do Código Civil Brasileiro de 2002 vem corrigir uma iniquidade, nos dizeres de Venosa²³⁰:

O código Civil de 2002, no art. 1.831, estabelece esse direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, ‘qualquer que seja o regime de bens’. Com isto corrige injustiça, pois nem sempre o cônjuge sob outro regime que não o da comunhão universal estaria protegido com bens da herança, a ponto de ter um local para residir. Não havia razão para a manutenção da redação anterior.

Assim, verifica-se que o Novo Código Civil Brasileiro de 2002, alterou a aplicabilidade do direito real de habitação aos sucessores do *de cujus*, não fazendo distinção entre o regime de comunhão de bens entre as partes, visando a proteção do cônjuge supérstite.

Outrossim, destaque-se a importância de não haver necessidade de permanência no estado de viuvez. Pode o cônjuge sobrevivente

²²⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: Direito das coisas. v. 5. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 303.

²²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.578.

²³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.5. p. 491

casar-se novamente ou constituir união estável, e ainda assim, manterá hígido seu direito real de habitação.

3.3 APLICAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO INSTITUTO FAMILIAR DA UNIÃO ESTÁVEL

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º reconheceu a união estável como entidade familiar para efeitos de proteção do Estado. O legislador constituinte equiparou a união estável ao casamento, conferindo vários direitos inerentes a este instituto, aos companheiros.

No entanto, antes do advento da Carta Política de 1.988, a união estável, não era reconhecida como entidade familiar, galgando a duras penas os degraus da escada pelo seu reconhecimento jurídico perante os tribunais pátrios, em um calvário que agora tem se repetido no tocante à união entre pessoas do mesmo sexo²³¹.

Em maio de 1996 foi promulgada lei para regular a união estável, tal qual prevista na Constituição.

O parágrafo único do artigo 7º de mencionada instituiu o Direito Real de Habitação ao companheiro sobrevivente, enquanto vivo e não constituir nova união estável ou contrair casamento, como se pode ser verificado a seguir:

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 família²³².

²³¹ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 88.

²³² BRASIL. Lei n.º 9.278. (1.996). Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm > Acesso em 14 nov. 2010.

Entretanto, a Lei nº 10.046/2002, a qual instituiu o Novo Código Civil, em que pese ter inovado em diversos aspectos no tratamento dos companheiros, garantindo direito, por exemplo, direito à alimentos, à aplicação do regime da comunhão parcial de bens, atribuiu o Direito Real de Moradia, que se encontra previsto no artigo 1.831 somente ao cônjuge, sem contemplar o convivente.

Diante da omissão do legislador neste particular, ao deixar de conceder ao companheiro sobrevivente o Direito Real de Habitação, iniciou-se debate doutrinário, com duas correntes se contrapondo.

Cahali e Hironoka²³³ são defensores da tese que a Lei n.º 9.278/96 fora revogada pelo Código Civil de 2002:

[...] em nosso entender, houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira 'participará da sucessão do outro [...] nas condições seguintes'. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro.

Nesse mesmo sentido, Rizzardo²³⁴ entende que não subsistem esses direitos:

[...] no novo Código Civil não ficou ressalvado o direito real de habitação na dissolução da união estável por morte, diferentemente do que constava na Lei nº 9.278, de 10.05.1996, cujo art. 7º, parágrafo único estendia ao companheiro sobrevivente enquanto não constituísse nova união ou casamento, o direito real de habitação, relativamente sobre o imóvel destinado a residência da família. De forma contrária a essas ressalvas, alguns críticos afirmavam que os problemas que decorreriam seriam maiores que os benefícios, pois gerariam atritos e prejuízos aos herdeiros, em geral aos descendentes apenas de um dos conviventes, em favor do companheiro sobrevivente. Ademais, isso inviabilizaria o benefício, diante da dependência da produção de provas da efetividade da união.

²³³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. Direito das Sucessões, v. 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 233.

²³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.p. 205 e 206.

De outro norte, Venosa²³⁵ defende que existirá o Direito Real de Habitação para os companheiros:

[...] por outro lado, a Lei no 9.278/96 estabeleceria, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família

Coadunando com o entendimento de VENOSA, LEITE²³⁶ preleciona:

[...] por óbvio, a resposta negativa se impõe. No estágio atual que nos encontramos, em matéria de reconhecimento da união estável, seria um retrocesso sustentar tal hipótese. Além do mais, se aos cônjuges reconhece-se a incidência desse direito, de igual modo deve ser reconhecido ao companheiro sobrevivente, não em decorrência da união, mas pura e simplesmente em razão da proteção dos membros da família. São estes os membros da entidade familiar e não a ocorrência de formalismo, que resgatam a necessidade de se estender o benefício também ao companheiro, e que redundaria em alargamento do artigo” Por outro lado, a Lei no 9.278/96 estabeleceria, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Nessa mesma senda, o Ilustríssimo Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 70020389284, entendeu:

[...] não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistirem, também, "parentes sucessíveis", o que implicaria em verdadeiro retrocesso social frente

²³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões, v. 7. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 158

²³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: direito das sucessões. v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 228

à evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então²³⁷.

Os tribunais pátrios, sobretudo do Estado do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, vêm exarando decisões no sentido de conceder igualdade àqueles que constituíram União Estável:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre essa Lei e o Código Civil em vigor. A equiparação entre união estável e casamento foi levada a efeito pela Constituição Federal. Caso em que se reconhece o direito real de habitação à companheira, considerando a verossimilhança na alegação de que ela conviveu com o de cujus por mais de 20 anos, pelo fato dela atualmente estar morando de favor e por ser o imóvel que serviu de morada ao casal o único dessa espécie a inventariar. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA²³⁸.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. O direito real de habitação está calcado nos princípios da solidariedade e da mútua assistência, característicos da união estável. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre as duas legislações. Equiparação entre união estável e casamento levada a efeito pela Constituição Federal. NEGARAM PROVIMENTO²³⁹.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS PRESENTES. Sendo verossímil a alegação de existência de união estável entre a requerente e o falecido, proprietário de imóvel a ser inventariado, e diante do risco de dano irreparável e de difícil reparação ao direito de moradia da companheira sobrevivente, impõe-se o deferimento de

²³⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70020389284. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 12 set. 2007. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em: 14 nov. 2010.

²³⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70019892595. Órgão julgador: 8ª Camara cível. Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 29/05/2007.

²³⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70019892595. Órgão julgador: 8ª Camara cível. Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 01/03/2007.

tutela antecipada para assegurar-lhe, provisoriamente, o direito real de habitação. Recurso conhecido e provido²⁴⁰.

EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO - BEM IMÓVEL UTILIZADO PELA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA - DIREITO DE REAL DE HABITAÇÃO. - Independente da contribuição para a aquisição do imóvel, é assegurado pelo novo Código Civil ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativo ao único imóvel destinado à residência da família, regra que é estendida à companheira, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade, até porque o Código vigente não revogou a Lei nº 9.278/96, que também assegura o direito real de habitação quando do falecimento de um dos conviventes da união estável²⁴¹

Admitir a revogação do parágrafo único do artigo 7º da Lei n.º 9.278/96, seria, pois, retroceder o entendimento perfilhado pela jurisprudência, haja vista que esta tem se posicionado favoravelmente à equiparação da União Estável ao casamento.

A União Estável, embora tenha adquirido pela Constituição Federal caráter de instituto familiar, ainda encontra algumas resistências legislativas.

No direito sucessório, por exemplo, o companheiro não foi incluído no rol dos herdeiros legítimos, do artigo 1.829. Pereira critica a posição do legislador, o qual indevidamente tratou a matéria, relegando a sucessão dos companheiros no capítulo dedicado às Disposições Gerais²⁴².

Ademais, houve clara omissão em referência ao Direito Real de Habitação, cabendo à doutrina e jurisprudência a colmatação da Lei Civil, corrigindo possíveis injustiças.

Ademais, o não reconhecimento do Direito Real de Habitação ao convivente, tanto hetero, quanto homossexual, iria de encontro à evolução do direito no país, já que negaria, expressamente, direitos que vem sendo conquistado,

²⁴⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0145.06.339966-4/001. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relator. Des. Albergaria Costa. Julgado em: 19 jun. 2007. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> >. Acesso em: 14 nov. 2010.

²⁴¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0145.06.339966-4/001. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara Cível. Relator. Des. Duarte de Paula. Julgado em: 02 ago. 2006.

²⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v 6. p.154

relegando os sobreviventes ao preconceito que insiste em vigorar em nossa sociedade.

3.4 DA APLICAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À UNIÃO HOMOAFETIVA

A União de casais homoafetivos, como foi tratada brevemente no item 1.5 do presente trabalho, vem encontrando respaldo jurídico das doutrinas contemporâneas e hodierna jurisprudência.

No entanto, tais uniões são encaradas, em sua maioria apenas sob o pálio de sociedades de fato, sem lhes admitidas o caráter familiar.

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há regulamentação para as uniões homoafetivas; portanto, a união entre homossexuais juridicamente não existe, nem pelo casamento, nem pela união estável, só podendo ser considerada sociedade de fato, cuja dissolução atinge contornos econômicos, resultantes da divisão de patrimônio comum, com incidência, assim, do direito das obrigações²⁴³.

Esta nova dogmática é aferível através dos dizeres dos doutrinadores Pereira e Dias²⁴⁴:

[...] as transformações da sociedade estão associadas a um novo discurso sobre a sexualidade, cuja base foi assentada pela psicanálise, ensejando constar que a sexualidade se insere antes na ordem do desejo, que na genitalidade, como sempre fora tratado pelo Direito. Antes essa mudança, o pensamento contemporâneo ampliou seu horizonte sobre as diversas formas de manifestação da afetividade, compreendendo as várias possibilidades de constituir-se uma família. Principia, aí, a liberdade de afeto. Ou seja, a possibilidade de não se sujeitar aos moldes herdados e ainda postos como lei. Ganho curso histórico a libertação dos sujeitos."

(...) A legislação vigente regula a família do início do século passado, constituída unicamente pelo casamento, verdadeira instituição, matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual, ao passo que o moderno enfoque dado à família se

²⁴³ BRASIL. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido STJ, REsp n. 648.763/RS, Quarta Turma, rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, julgado em 7-12-2006, DJU 16-4-2007, p. 204.

²⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2002. p.VI.I

volta muito mais à identificação dos vínculos afetivos que enlaçando os que a integram consolidam a sua formação.

Ainda que o Direito pareça conforme em não estender os efeitos jurídicos do casamento à união homossexual, o mesmo não tem acontecido com relação à possibilidade de analogia em face da união estável, em nível doutrinário e jurisprudencial.

Vale frisar que, mesmo assim, vozes conservadoras ainda ecoam pelos tribunais pátrios, com base na interpretação literal da dicção do art. 226, §3º da Constituição Federal, como bem observa Dias²⁴⁵:

[...] quem ainda resiste em reconhecer tais uniões como entidade familiar que ao menos invoque a analogia, para aplicar as regras de direito das famílias, pois são as que se aproximam das uniões homoafetivas, uma vez que têm a mesma origem: um vínculo afetivo.

Ao serem reconhecidas estas uniões, apenas tem se assegurado a divisão dos bens amealhados durante o convívio, para evitar o enriquecimento sem causa, motivo de grande repúdio no direito pátrio. Desde que um dos sócios prove a sua efetiva participação na aquisição dos bens, garantida está sua divisão. Assente entendimento jurisprudencial vislumbra exclusivamente um vínculo negocial, como se o fim comum do contrato de sociedade não fosse uma relação afetiva com características de uma família. Mas esta idéia começou a mudar, com algumas decisões que reconheceram essa sociedade afetiva como entidade familiar²⁴⁶.

O limite da autoridade absoluta do Estado deve ter alcance aos princípios e garantias que identificam o modelo aprovado pela sociedade, a que a Carta Magna deve servir²⁴⁷.

Preceitua ainda Dias²⁴⁸:

²⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 191/192.

²⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 193.

²⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. p. 81.

²⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. p. 81.

o núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.

Frisa-se por importante o que preleciona Dias²⁴⁹:

[...] não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso da morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amearhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada.

E complementa²⁵⁰:

[...] para reconhecer o direito a meação não é necessária que a união estável persista até o falecimento de um dos companheiros. Basta ter existido. E, se durante sua vigência houver aquisição de bens, é necessário assegurar ao ex-companheiro o direito à metade do patrimônio adquirido durante sua vigência.

Durante muito tempo, o Judiciário resistiu em admitir as uniões fora do casamento como família. Essas uniões extra-matrimoniais eram excluídas do âmbito daquilo que a sociedade tinha como família legítima, ou seja, a família advinda do casamento.

A Constituição culminou por extinguir as chamadas família de fato, e reconheceu a união estável como entidade familiar, retirando essas uniões da marginalidade legal.

No atual estágio social, a justiça tem, vagarosamente, é verdade, concedido *status* familiar às uniões homossexuais. A jurisprudência tem se inclinado, em reconhecer, ao menos, a estas uniões a existência de mera sociedade de fato²⁵¹.

De acordo com Dias²⁵²:

[...] o Juiz desrespeita a lei e deixa de cumprir com o seu dever toda vez que nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei. Nem a

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 47.

²⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 68-69

²⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. p. 77.

²⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 191.

ausência de leis, nem a omissão do Judiciário podem levar à exclusão da tutela jurídica. Preconceitos de ordem moral não devem servir de justificativa para alijar direitos.

O preconceito que ronda as uniões homossexuais é tão patente, que gera uma grande tendência de negar direitos, o que não deveria ser concebido, já que se trata de dissolução dos vínculos afetivos²⁵³.

O direito chancela as mais variadas formas de relações interpessoais e não deveria dar abrigo a situações em que se desprestige o ser humano e suas vontades, ainda que íntimas. “Como cabe ao direito regular a vida, sendo ela uma eterna busca da felicidade, impossível não reconhecer que o afeto é um valor jurídico merecedor de tutela”²⁵⁴.

Rizzardo²⁵⁵ possui o entendimento de que:

[...] o comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade na sua dissolução cumpre partilhar os bens.

A união de pessoas do mesmo sexo pode não estar de acordo com o modelo de família que a sociedade concebe como “normal”, mas a sociedade civil entre eles resulta de um ato lícito, pois a legislação não veda a formação do patrimônio comum de pessoas do mesmo sexo.

Além disso, o não reconhecimento deste tipo união como entidade familiar se mostra em desacordo com os ditames constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Não pode o Estado negar tutela aos seus cidadãos baseado na opção sexual de cada um. No atual Estado Democrático de Direito em que está inserida a sociedade brasileira, é inconcebível que se dê azo a tamanho preconceito.

²⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. p. 77.

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. p. 192.

²⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 930.

Esta tese vem encontrando guarida dos Tribunais de Justiça da Federação, senão vejamos:

Civil e processual civil. Apelações cíveis interpostas por ambas as partes. Preliminar de nulidade da sentença por afronta aos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz suscitada pela parte autora-recorrente. Matéria que se confunde com o mérito. Transferência da sua análise para a fase meritória. Mérito. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva cumulada com partilha de bens. Sentença que reconheceu a união como uma sociedade de fato. Partilha dos bens amealhados na proporção da colaboração de cada uma das partes. Possibilidade de analogia com a união estável como método integrativo. Conjunto probatório suficiente para atestar a existência de união estável entre às partes. Partilha realizada de forma igualitária. Recurso da parte autora conhecido e parcialmente provido. Apelo da parte ré conhecido e desprovido. Sentença reformada²⁵⁶.

Para arrematar, vale transcrever recente entendimento exarado pelo Emérito Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Apelação. União homossexual. Reconhecimento de união estável. Apelo da sucessão. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual²⁵⁷.

A união de duas pessoas do mesmo sexo, em muito se assemelha à união estável, desde que configurada a convivência pública e duradoura, com intuito de constituir família, a teor do que dispõe o artigo 1.723 do Código Civil.

²⁵⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação cível nº 2010.002501-0. Relator. Des. Amaury Moura Sobrinho. Julgado em: 15 jul. 2010. Disponível em <<http://www.tjrn.jus.br:8080/sitetj/>>. Acesso em 14 de Novembro de 2010.

²⁵⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70035804772. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 10 jun. 2010. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 de Novembro de 2010.

Scalquette²⁵⁸ ressalta que:

[...] a “pretensão ao respeito por parte das demais pessoas” e “garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimento evitáveis na esfera social”, temos o fundamento legal necessário para que se reconheçam as uniões homoafetivas e sejam garantidos seus efeitos, sob pena de infringirmos um dos maiores bens tutelados em nosso ordenamento, ou seja, a dignidade.

Para Barroso²⁵⁹, presentes nas uniões homoafetivas os caracteres que circunscrevem a união estável, deve aquela ser estendidos os mesmos efeitos garantidos pela lei a estas:

[...] os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural que o regime jurídico de uma ser estendido à outra. – diferentes mas iguais.

Ainda, acerca da tutela das uniões homoafetivas, ensina Andrade²⁶⁰ que:

[...] apesar de pequenos entendimentos contrários, percebemos que as uniões homoafetivas encontram-se implicitamente tuteladas pela Constituição Federal, não necessitando esperar a manifestação do legislador ordinário a fim de regular a matéria, pois a doutrina e a jurisprudência igualam situações que necessitam de isonomia. Além do mais, é dever do Judiciário reconhecer o caráter de família às uniões homoafetivas [...], pois os princípios já protegem as uniões homoafetivas desde 1988.

Em sendo assim, demonstra-se acertada a jurisprudência, como as colacionadas ao presente trabalho, que se esmeram em reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e lhe conceder os efeitos que são próprios da união estável.

²⁵⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **União estável**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Diferente, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relação homoafetivas no Brasil. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, 2007. p. 193.

²⁶⁰ ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. **Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 30, Jun./Jul.2005. p. 107.

A omissão legislativa em reconhecer direitos e conceder efeitos legais aos vínculos familiares decorrentes das uniões homoafetivas, não pode servir de sustentáculo para que o Judiciário se omita em fornecer solução jurídica satisfatória, aqueles que buscam a sua proteção.

Diante da omissão da Lei, a Lei de Introdução ao Código Civil – LICC determina, em seu artigo 4º que:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Acerca da omissão da lei em relação às uniões homoafetivas, colaciona-se entendimento extraído do corpo do acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁶¹:

Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna.

No que diz com lacunas no Direito, a doutrina nos apresenta duas posições fundamentais: uma centrada na doutrina de Kelsen, outra baseada nas lições de Bobbio.

A primeira (de Kelsen) sustenta que o brocardo *permittitur quod non prohibetur* (o que não é proibido é permitido) afasta qualquer possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico. Entende o doutrinador que com essa máxima o sistema jurídico regula todas as condutas seja de forma positiva ou negativa. Esta forma de ver a questão da lacuna não é isenta de crítica. Contudo, aqui já encontramos um bom início para fundamentar a necessidade de se retirar consequências jurídicas (pessoais e patrimoniais) ainda que não haja expressa previsão legal a respeito das relações afetivas homossexuais. Ocorre que, em todo o ordenamento jurídico, não se encontra um dispositivo legal proibindo seja a relação afetiva homossexual seja a proibição de que o juiz retire efeito das relações homossexuais. Não estamos diante daqueles casos em que a lei expressa e imperativamente proíbe o tipo de relacionamento e seus efeitos, tais como são os casos de nulidade de pleno direito dos casamentos. Logo, utilizando-se a mesma máxima e o mesmo raciocínio de Kelsen podemos dizer, sem medo de errar que, já que não é proibida, a união homossexual, ela é permitida pelo Direito.

²⁶¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70035804772. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 10 jun. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 de Novembro de 2010.

Assim, tomando-se do espírito kelseniano, não se pode negar efeitos jurídicos a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo sem se cogitar de lacuna no direito, é de rigor reconhecer juridicidade às uniões afetivas homossexuais, porquanto a completude do sistema jurídico abarcaria tais relações de fato, mesmo sem expressa previsão legal a respeito.

Uma outra forma de ver a teoria das lacunas centra-se na doutrina de Norberto Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico. A teoria do jurista italiano parte da idéia de incompletude. Assim, “se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.”(Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 115).

Para Bobbio, na mesma obra (p.139), a incompletude ocorre não no sentido da falta de uma norma a ser aplicada, mas da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. O autor entende por lacuna ‘a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas deveriam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distinguir daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas de *iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são de *iure condito* (de direito já estabelecido)’. [...]

Enfim, seja tomando-se Kelsen e sua teoria da completude, seja acompanhando Bobbio e a teoria das lacunas, o juiz deve julgar. “Data vênia”, aquelas decisões que julgam improcedentes esse tipo de ação, sob o argumento de que não há lei a respeito, na verdade, estão pronunciando o non liquet

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

No presente caso, a lacuna será preenchida com princípios constitucionais e analogia. [...]

A CF, no artigo 3º, IV, reza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse passo, a discriminação por orientação sexual é uma forma de tratar sem igualdade. Tratar desigualmente, com preconceito.

Outro princípio que deve ser invocado para preencher a lacuna jurídica é o previsto no artigo 1º, III da CF, o da dignidade da pessoa humana, o qual é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função de características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. (Roger Raup Rios, ob. Cit. p.89)

Certa a existência de lacuna a respeito do tema das uniões homossexuais, certo que o não reconhecimento de direitos aos parceiros do mesmo sexo significa uma afronta aos princípios constitucionais, cumpre, agora, ainda em na procura da colmatação da lacuna no Direito, buscar definição das consequências jurídicas em outro instituto jurídico. Ou seja, vamos entrar no campo da analogia, pois Bobbio entende por “analogia” o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante. (ob. cit. p. 151).

Convém que se diga logo, a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas consequências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, como a desnecessidade da prova da colaboração.

Plenamente cabível, sob a invocação dos mais diversos aspectos legais- seja para salvaguardar princípios constitucionais basilares, seja apenas o Judiciária colmatando lacunas legislativas, que as uniões homoafetivas sejam reconhecidas como entidades familiares, uma vez que o seu cerne são as relações de afeto, como existentes nos demais tipos de família, aplicando-se-lhes os efeitos jurídicos e legais das uniões estáveis.

Como aventado no tópico anterior, ao ser editado o *novo* Código Civil, o legislador foi omissivo ao deixar de garantir ao companheiro sobrevivente o Direito Real de Habitação.

Entretanto, constatou-se que posição doutrinária e jurisprudencial mais acertada, para corrigir tamanha iniquidade da lei, é conferir ao companheiro sobrevivente o mesmo direito que é assegurado ao cônjuge supérstite, proteção esta concedida pelo artigo 1.831 do Código Civil.

Deste modo, evita-se que o cônjuge seja, injustamente, privado do lar conjugal, e fique a mercê da vontade dos demais herdeiros, no caso de instituição de condomínio sobre o imóvel que servia de garantia ao casal.

Considerando que o ordenamento jurídico vem galgando, a lentos passos, o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, por certo que conferir ao companheiro homossexual sobrevivente brasileiro o Direito Real de Habitação é medida da mais lúdima justiça.

Apesar de ter se procedido uma profunda pesquisa jurisprudencial, não foi possível detectar nenhum acórdão que se manifestasse acerca do tema. Inclusive em pesquisa realizada no site²⁶² da pioneira autora Maria Berenice Dias, conhecida em todo o país por sua luta incansável em defesa dos direitos dos homossexuais, o qual contém as mais recentes decisões proferidas em todo o país no que se refere aos direitos das famílias homoafetivas, também não foi encontrada nenhuma disposição acerca do tema.

Por certo, como exposto, que se às uniões homoafetivas não de ser conferidos, por analogia, os mesmos direitos cotejados às uniões estáveis, não há de ser diferente no tratamento do Direito Real de Habitação.

²⁶² Disponível em <www.direitohomoafetivo.com.br>. Acesso em 14 de Novembro de 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objeto a análise da aplicabilidade do Direito Real de Habitação às diversas entidades familiares reconhecidas, ou não, pelo ordenamento jurídico.

Ante ao exposto, no decorrer da pesquisa, verificou-se que o Estado Constitucional Moderno vem passando por transformações que influenciam e clamam por mudanças em sua estrutura.

Para se chegar ao pretendido foi necessária a construção de três capítulos, cada qual com seus próprios objetivos. Foi através dos clássicos que se chegou ao entendimento do conceito de família e sua evolução histórica, partindo-se dos primórdios da origem familiar, até a discussão ao final da realidade atual frente a entidade familiar homoafetiva.

Definido o marco teórico da evolução da Família, com o referente sempre em mente, foi descrito, no segundo Capítulo, os caracteres do Direito Real de Habitação e sua aplicabilidade, pois sem o conhecimento destes tópicos não se atingiria o alvejado, isto é, análise dos novos paradigmas da de tal instituto.

Neste norte, foi descrito, no terceiro capítulo a alteração legal quanto à sucessão e requisitos para caracterizar o Direito Real de Habitação, nas diversas entidades familiares existentes. Observa-se que as alterações no Código Civil ampliaram o rol de legitimados a se utilizarem do instituto legal do Direito Real de Habitação. Ao final do Terceiro Capítulo, verificou-se que a relação homoafetiva, embora não tenha qualquer proteção do Estado Brasileiro, em face da evolução da sociedade deve ser reconhecido como instituto capaz de gerar direitos.

Quanto às hipóteses do trabalho, observa-se que:

Quanto a primeira hipótese: Ainda que conste expressamente no Código Civil que o Direito Real de Habitação aplica-se somente aos cônjuges, tal instituto poderia ser estendido às demais espécies de institutos familiares existentes

no ordenamento jurídico, especialmente à união estável, atendendo-se aos princípios constitucionais basilares da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Verifica-se neste momento que a hipótese foi verificada, eis que a evolução doutrinária e jurisprudencial têm apontado para a equiparação da União Estável ao casamento, tendo, pois, o convivente Direito real de Habitação, desde que preenchidos os requisitos constantes da legislação.

Assim, pode-se afirmar que a União Estável goza de proteção do Estado, nos termos do Artigo 226 da Constituição da República Federativa, devendo seus deveres e obrigações ser equiparados àqueles que constituem casamento na forma da lei. Entende-se desta forma que a hipótese foi confirmada.

Quanto a segunda hipótese observa-se que: não obstante sequer exista reconhecimento legislativo à União Homoafetiva, poderia, através da utilização da analogia, diante da ausência de norma, ser estendido os efeitos jurídicos e legais dispensados à União Estável e, por conseguinte ser instituído o Direito Real de Habitação em favor do companheiro homoafetivo sobrevivente. Esta hipótese também fora verificada, já que conforme analisado, a evolução da sociedade tem tornado necessário que o operador jurídico amplie seus conceitos dogmáticos, albergando neste entendimento que a evolução social é concernente à vida comum, sendo necessário que o julgador, ao deparar-se com casos concretos em que haja silêncio da lei, deve-se aplicar a analogia e os princípios norteadores do direito, em especial, dando-se azo ao respeito primordial à dignidade humana e à igualdade. Mas, pelo que demonstrado no trabalho e seguindo a lógica atual do direito positivo brasileiro não é possível afirmar que a analogia dever-se-ia ser utilizada neste caso visto os elementos necessários e garantidores da segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, assim sendo, entende-se que a hipótese não foi confirmada.

Importante ressaltar que a presente pesquisa não teve a intenção de esgotar o assunto, mas apresentar elementos para futuras e constantes discussões. O tema é abrangente e atual e merece constante estudo frente as constantes alterações legislativas,

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 39, p. 131-153, dez./jan 2007.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. **Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 30, Jun./Jul.2005. p. 107.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**: historia e instituciones. 3 ed. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1998.

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

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº. 10.406, de 10-01-2002. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferente, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relação homoafetivas no Brasil. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTIN, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. 3.v. 5 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. 4 ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1945.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. Rio de Janeiro: Alba, 1985.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1994.

BRASIL, **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2006/0047945-7. Relator: Ministro Castro Filho. Data do julgamento: 25/09/2006. Órgão Julgador: Terceira

Turma. Publicado no DJ em 16/10/2006. p. 373. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 14 nov. 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0145.06.339966-4/001. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relator. Des. Albergaria Costa. Julgado em: 19 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0145.06.339966-4/001. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara Cível. Relator. Des. Duarte de Paula. Julgado em: 02 ago. 2006.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação cível nº 2010.002501-0. Relator. Des. Amaury Moura Sobrinho. Julgado em: 15 jul. 2010. Disponível em <<http://www.tjm.jus.br:8080/sitetj/>>. Acesso em 14 de Novembro de 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70020389284. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 12 set. 2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70019892595. Órgão julgador: 8ª Camara cível. Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 29/05/2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70035804772. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 10 jun. 2010. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 de Novembro de 2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70035804772. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 10 jun. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 14 de Novembro de 2010.

BRASIL. Artigo 3º, inciso I da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

BRASIL. Código Civil (1.916). Disponível: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>> Acesso em 14 nov. 2010.

BRASIL. EDcl no Recurso Especial nº 1.026.981 do Rio de Janeiro, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 04/08/2010.

BRASIL. Lei 10.406/2002, **Código civil**. artigos comparados: código civil x código de 1916. Organizado por OLIVEIRA, Álvaro Borges de. e MAC LAREN, Alexandre. Florianópolis: Momento Atual, 2003. Art. 1521 e 1522.

BRASIL. Lei n.º 9.278. (1.996). Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm > Acesso em 14 nov. 2010.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. Direito das Sucessões, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.6

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3 ed. Rio de Janeiro Forense 1957.

COSTA, Cristina. **Introdução a ciência da sociedade**. 3 ed. São Paulo: Moderna, 2005.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. o direito romano e o direito civil brasileiro. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito e a justiça. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. direito de família. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 17 ed., Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v 4. São Paulo: Saraiva. 1995.

FIUZA, César. **Direito civil curso completo**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. direito das sucessões. 2 ed. Editora Saraiva, 2008. v. 7.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5 ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A superação democrática do estado constitucional moderno e os novos aportes teóricos da propriedade**. 2009. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: LTR, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.

LEITE, Heloisa Maria Daltro. **O Novo código civil do direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: direito das coisas. 5 ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 2001.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, São Paulo: Saraiva, 1997.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das coisas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado**: direito das coisas. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 3. v.

MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Á. B. **A função (f(x)) do Direito das Coisas**. Novos Estudos Jurídicos, v. 11, p. 117-134, 2006. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9044/8610>>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

OLIVEIRA, Á. B. ; MACIEL, M. L. . A Natureza Jurídica da Posse: Um Estudo Conforme Suas Quatro Dimensões. **Ciência jurídica**, v. 141, 2008.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. Uma definição de propriedade. **Pensar** (UNIFOR), v. 13, 2008.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**, com as posições doutrinárias mais recentes: Lei 9278/96 4 ed. Rio de Janeiro Lumen Juris 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11 ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial/ Millennium, 2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v 6.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável, de acordo com o novo Código Civil**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 4. v.

PIRES, Francisco Eduardo Orcioli, PIZZOLANTE, Albuquerque. **União estável no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 3 v.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. **Alimentos decorrentes da união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático**. 7. v. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **União estável**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. Propriedade em face da ordem constitucional brasileira. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, 1998.

VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. **União estável: requisitos e efeitos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil**, direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 5.

VIANA, Marco Aurélio S.. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 10 ed. São Paulo: RT, 1995.

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos na união estável**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.