



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA E A POSSÍVEL
RELATIVIZAÇÃO NO CASO CONCRETO POR MEIO DO JUÍZO DE
PONDERAÇÃO**

ORIENTANDO (A) - MARIA CLARA MENDANHA COSTA
ORIENTADOR (A) PROF. (A) - MS. MARINA RÚBIA M. LOBO DE CARVALHO

GOIÂNIA-GO

2022

MARIA CLARA MENDANHA COSTA

**DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA E A POSSÍVEL
RELATIVIZAÇÃO NO CASO CONCRETO POR MEIO DO JUÍZO DE
PONDERAÇÃO**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. Orientador: MS. Marina Rúbia M. Lobo de Carvalho.

GOIÂNIA-GO

2022

MARIA CLARA MENDANHA COSTA

**DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA E A POSSÍVEL
RELATIVIZAÇÃO NO CASO CONCRETO POR MEIO DO JUÍZO DE
PONDERAÇÃO**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a) Titulação e Nome Completo Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Titulação e Nome Completo Nota

Dedico este trabalho a Deus, o maior orientador da minha vida, a minha querida mãe, sem ela nada seria possível e em especial ao meu pai (*in memoriam*), cujo empenho em me educar sempre veio em primeiro lugar. Aqui estão os resultados dos seus esforços. Com muita gratidão.

AGRADECIMENTOS

O progresso deste trabalho de conclusão de curso contou com o auxílio de diversas pessoas, dentre as quais eu agradeço:

Primeiramente a Deus, que fez com que meus objetivos fossem alcançados, principalmente por ter me dado saúde e força, para ultrapassar todos os obstáculos enfrentados ao longo do curso.

Aos meus pais Cleide Marques Mendanha e Wagner Antônio da Costa (*in memoriam*), que sempre estiveram do meu lado nos momentos mais difíceis e felizes da minha vida.

A minha irmã Anna Laura Mendanha Costa, por todo apoio e ajuda.

A todos os meus professores e mestres do curso de direito, que através dos seus ensinamentos permitiram que eu pudesse estar hoje concluído mais essa etapa da minha vida.

E a todos familiares e amigos, que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu enorme agradecimento.

“Mas buscai primeiro o Reino de Deus, e a sua Justiça, e as demais coisas vos serão acrescentadas”.

(Mateus 6:33)

RESUMO

A presente monografia, tem por objetivo analisar e discutir o instituto do direito real de habitação, que está introduzido no Código Civil de 2002, em seu artigo 1831, que tem por finalidade proteger o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens e de resguardar o direito fundamental à moradia, mesmo que aquele bem não seja único daquela natureza a inventariar. Sendo assim, a presente discussão, procura-se incorporar, a confrontação dos principais pontos controversos problemáticos, acerca do tema. A grande problemática que vem gerando inúmeros questionamentos e quanto a aplicação do instituto no caso concreto e a necessidade de ponderação do juízo para não dissipar o direito fundamental da propriedade e da herança de outros envolvidos na sucessão hereditária. Ao analisar tais conflitos fundamentais decorrentes, quais sejam: a) direito de propriedade; b) direito à moradia; c) direito a herança; e d) direito real de habitação. O julgador da lei, deve analisar perante o caso concreto, a aplicação mais benéfica dos direitos fundamentais divergentes, empregando o juízo de ponderação, para que haja a máxima execução dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito Real de Habitação, Direitos Fundamentais, Juízo de Ponderação, Sucessão Hereditária.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze and discuss the institute of real right of housing, which is written in the Civil Code of 2002, in its article 1831, which aims to protect the surviving spouse, regardless of the property regime to protect the fundamental right to housing, even if that property is not the only one of that nature to be inventoried. Therefore, the present discussion aims to incorporate the confrontation of the most important problematic controversial points on this subject. The greatest issue that has been conceiving countless questions it is about the application of the institute in the concrete case and the need of the judgment of weight in order to not dissipate the fundamental right of property and the inheritance of others involved in the hereditary succession. When analyzing such fundamental conflicts, which are: a) property right; b) right to housing; c) right to inheritance; d) real right to housing. The judge of the law must analyze before the concrete case, the most beneficial application of the divergent fundamental rights, using the judgment of weight, so that there is maximum execution of the constitutional principles.

Keywords: Real Property Law, Fundamental Rights, weighting judgment, hereditary succession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA E DAS ENTIDADES FAMILIARES	12
1.1 Conceito de Família.....	12
1.2 Do Casamento.....	13
1.3 Da União Estável.....	15
1.4 Monoparental	18
2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E PROPRIEDADE	20
2.1 Princípios dos Direitos Reais	20
2.2 Aspectos do Direito Real de Habitação no Ordenamento Jurídico Brasileiro	24
2.3 Noções Gerais Sobre Propriedade	26
3 ASPECTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	28
3.1 Conceito e Aspectos Históricos do Direito Sucessório Brasileiro	28
3.2 Do Direito de Herança	29
3.3 Das Espécies de Sucessão.....	30
3.3.1 Sucessão Legítima e Testamentária	31
4 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA	34
4.1 Aspectos Históricos	34
4.2 Natureza Jurídica e Finalidade	36
4.3 Comparativa da colisão dos direitos fundamentais	38
4.4 Posicionamento Jurisprudencial e a Mitigação no Caso Concreto.....	40
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

A presente monografia, tem por finalidade abordar o direito real de habitação, e a sua observância no caso concreto, diante da aplicação do juízo de ponderação, como meio de enfrentamento dos direitos fundamentais colidentes.

O direito real de habitação é um instituto que percorre diversos ramos do Direito, e se tornou um tema bastante discutido, pois ao longo dos tempos modernos veio a ganhar grande destaque, levando em consideração ao que concerne a proteção familiar, como um caráter protetivo à mulher sobrevivente e o direito de moradia.

No passado, o direito real de habitação era regulado pelo Código Civil de 1916 e também pelo Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121/1962, como forma de proteger o cônjuge sobrevivente e resguardar o direito fundamental à moradia. Entretanto, para a concessão e a manutenção de tal instituto, eram impostas algumas exigências, como, por exemplo, a necessidade de o cônjuge supérstite ser casado sob o regime da comunhão universal de bens; a de permanência na condição de viúvo a destinação exclusivamente a residência familiar do uso do imóvel e; por derradeiro, que aquele imóvel fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

O grande arcabouço principiológico aplicável ao assunto, adveio da Constituição Federal em seu art. 226, que reconheceu a união estável como entidade familiar, bem como com o art. 1831 do Código Civil de 2002, o qual estendeu o instituto a todo regime de bens.

Outro prisma de grande relevância para assunto, é o debate da jurisprudência e o atual entendimento do STJ, em relação a discussão da necessidade, de que, para exercer o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, o imóvel fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

Percebe-se que o legislador visou no primeiro momento, analisar como direito fundamental o direito à moradia, entretanto, o que não se pode é rechaçar o direito à propriedade e herança, que também têm status constitucional.

A grande problemática acerca do assunto é um crível de enfrentamento dos direitos fundamentais conflitantes, em decorrência da complexidade das relações sociais, diante do caso concreto.

Ademais, o grande debate a respeito do tema, é a extensão de sua aplicação no caso concreto e a relativização e aplicação do juízo de ponderação,

sendo este um viés adequável com finalidade de não ferir o direito à herança dos herdeiros e o direito de propriedade.

Desta forma, o primeiro capítulo discorrerá brevemente sobre conceito de família trazendo os diversos tipos de entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, traz uma importância, para que se possa entender a extensão que o direito real de habitação que abrange em relação a sucessão e as relações sociais.

No segundo capítulo, abordará as noções gerais do direito real de habitação e de propriedade, com foco principal sob o prisma dos direitos fundamentais na sucessão, elencando suas principais características e repercussões, para verificar a análise do instituto dos direitos reais em geral.

O terceiro capítulo tratará dos aspectos sucessórios do direito brasileiro, com foco especialmente ao direito que incumbe o cônjuge sobrevivente em relação da proteção de sua moradia, quando aberta a sucessão, mesmo que este não tenha parte na herança.

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

Assim sendo, o presente trabalho justifica-se na necessidade de compreensão dos direitos aparentemente em conflito, trazendo luz ao debate, com o objetivo de demonstrar a interpretação atual, bem como os mecanismos para chegar-se à melhor solução para as partes envolvidas, na perspectiva constitucional. O tema em foco irá analisar a aplicabilidade do direito real de habitação, na melhor solução para o caso concreto, pois este não pode ser efetivado, de modo isolado e literal, sem que haja prejuízo ao direito à moradia, a herança e a propriedade, tendo como base os princípios constitucionais.

1. DAS FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA E DAS ENTIDADES FAMILIARES

1.1. CONCEITO DE FAMÍLIA

A conceituação de família é de fundamental importância para o encaminhamento do presente trabalho, visto que o instituto estabelece várias categorias de entidades distintas, nas quais o seu estudo se faz imperioso, principalmente na aplicação no que tange a extensão do direito real de habitação posto no ramo dos direitos sucessórios.

Desta forma, a conceituação de família, bem como as suas entidades, servirá como parâmetro delinear, se existir algum reconhecimento, preponderaria ou não a aplicação do instituto do direito real de habitação na sucessão hereditária.

Ademais, ao adentrar no conceito de família, Stolze e Pamplona (2018, p. 917), afirma que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

A família deixou de lado a ideia baseada no poder do pai (*pater família*), e passou, no entanto, a considerar os vínculos afetivos existentes entre os indivíduos, sejam consanguíneos ou não.

A família, logo, não importa qual a sua origem, passou a simbolizar o cerne primordial para a sociedade, com reflexos pessoais, patrimoniais e apoiadores.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2008, p. 43), afirma em dizer:

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção.

Dessa maneira, se retira do conceito atual de família, que o arcabouço familiar é a união de pessoas unidas pelo sentimento do afeto, que vivem entre si, em um sistema de preservação do *LAR* (Lugar de Afeto e Respeito), na qual poderá idealizar conquista de sonhos e felicidades.

A família, independente de qual seja a sua entidade, possui o caráter especial da proteção do Estado, de acordo com o art. 226 e seus respectivos parágrafos.

Acerca da família perante a Constituição Federal, afirma Francisco José Cahali (1995, p. 3-4):

A Constituição Federal, no plano subjetivo-teórico, retrata a posição ideológica de uma nação, fixando as diretrizes a serem seguidas pelo Legislador e Executivo, sob supervisão e controle do Judiciário, nas respectivas funções institucionais, indicando à população o caminho para a convivência da sociedade.

(...)

Embora no Brasil exista predominância da influência política na sua elaboração, também os aspectos sociais, religiosos, intelectuais informam o constituinte na fixação de preceitos básicos, como ocorre nos demais Países. Especificamente com relação ao Direito de Família, desde a sua origem, nosso sistema recebeu significativa influência do direito romano, mantendo fidelidade ao conceito de família como “*cédula mater* da sociedade”.

Apesar de atualmente a família ser baseada nos indivíduos e suas relações de afeto, suas reações patrimoniais sempre foram objeto de discussão, principalmente de ser ver resguardado o patrimônio decorrente das relações familiares, primordialmente quando se trata de matéria sucessória.

Isto posto, a ideia de família, e a formação de suas entidades que constitui a uma determinada natureza, e a forma como os indivíduos se relacionam, que conseqüentemente tal relação acarreta vínculos patrimoniais, sendo como principal característica a existência do sentimento de afeto.

1.2. DO CASAMENTO

Após fazer uma análise conceitual sobre família, e verificar que o instituto se dá pelo vínculo afetivo, e não somente por mero caráter consanguíneo, passa-se a verificar a entidade familiar do casamento, e a sua importância na organização familiar.

Vale ressaltar, que as diversas formas de entidades familiares existentes, possui semelhanças e distinções entre si, e cada modalidade é autônoma consigo. Dessa análise, é possível verificar a importância da repercussão de cada forma familiar, até mesmo para se diferenciar o tratamento oferecido pelo ordenamento jurídico de cada instituto, ainda mais, quando se tratar de questões patrimoniais.

O casamento em meados do século III, era definido como “conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano” (GONÇALVES, 2009, p. 26).

Ainda nos dias de hoje, é comum na sociedade a aceitação da forma religiosa como casamento, mas para isso, terá que seguir a imposição prevista nos arts. 1515 e 1516 do atual Código Civil Brasileiro, para então ser formalizado e ter validade perante o registro em cartório.

A formalização mais comum da união, é o então chamado casamento civil, que no ordenamento jurídico está regulado pelo dispositivo do artigo 1511 do Código Civil de 2002 e aceito pelo Estado. O disposto diz que “O casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2021). Desta forma, é clara a imposição de direitos e deveres igualitários entre os conjugues ao longo de sua comunhão, tendo como a dominante finalidade a constituição plena de vida, conforme preconizado acima.

No casamento civil é imprescindível a presença dos nubentes ou de seus advogados, quando se der através de procuração pública, resguardada a hipótese que cada noivo tenha o seu procurador. Outro ponto importante, é a necessidade de um juiz de paz ou do juiz de direito, que ficará responsável pela lavratura da certidão de casamento.

É crucial ainda, a presença de duas testemunhas (ou quatro, nos casos em que a celebração ocorrer em prédio particular ou quando um dos noivos não souber escrever).

Diniz (2010, p. 1432), arrisca em dizer que o casamento é:

“(...) é a união de um homem e uma mulher, reconhecida pelo Direito e investida de certas condições jurídicas”. Essas condições jurídicas são aquelas impostas pelo Código Civil de 2002, onde a lei expõe diversas exigências para que se constitua o casamento.

Entretanto, ao fazer interpretação dos dispositivos acima, considerando os dias atuais, concluímos que o matrimônio constituído através do casamento, não se dá somente pelo homem e pela mulher, mas sim pela celebração do contrato entre cônjuges independente de seu gênero.

Levando o instituto do casamento para o campo sucessório, em caso de viuvez, poderá em tese ocasionar produzir os efeitos do direito real de habitação ao conjugue supérstite, independente do seu regime de bens.

1.3. DA UNIÃO ESTÁVEL

O grande arcabouço principiológico aplicável a presente entidade familiar, adveio da Lei 9.278/96, que fez interpretações relevantes Constituição Federal em seu art. 226, ao ponto em que reconheceu a união estável entre companheiros como entidade familiar, bem como com o art. 1831 do Código Civil de 2002, o qual estendeu o instituto a todo regime de bens.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (DINIZ, 2019, p1224) a definição de União Estável é:

consiste numa convivência pública entre homem e mulher livres, contínua e duradoura, constituindo uma família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para a sua convalidação.

Para Gonçalves (2008, p. 557), “quem não tem legitimação para casar não tem legitimação para criar entidade familiar pela convivência”.

A única exceção prevista para o enunciado acima, de acordo com o Código Civil em seu artigo 1.723, § 1º, é em relação às pessoas casadas, separadas de fato ou judicialmente que, ainda que impedidas de contrair matrimônio, podem conviver em união estável. (Brasil, 2021):

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.

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

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Ainda sobre a legislação que percorre a União Estável, cumpre assentar o disposto no artigo 1º, da Lei nº 9.278/96, (Brasil, 2021) Art. 1º. “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Para se ver resguardado, os direitos e deveres que concernem a entidade da união estável, os cônjuges/companheiros devem de plano comprovar que há uma relação afetiva entre eles, que esta seja duradoura, pública e com o objetivo de constituir família.

Os companheiros podem, de mútua vontade e em qualquer momento, requerer a conversão de sua união estável em casamento civil, diante petição direcionada ao Juiz, que ao analisar a possibilidade determinará imediatamente as devidas providências ao Registro Civil no cartório competente, na qual será aberto o processo de habilitação.

Cumprе ressaltar, que a união estável não se confunde com o concubinato, Pereira (2004, p. 29), sobre o assunto, argumenta que:

União estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não-adulterina e não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil. E concubinato é a relação entre homem e mulher na qual existem impedimentos para o casamento.

Além do concubinato impuro não se caracterizar como união estável, o simples namoro também não o define. Muitos namorados, com intuito de se beneficiar a proteção que o instituto garante, buscam o reconhecimento, no qual não deve prosperar. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou a constituição da união estável na situação de um namoro de muitos anos, alegando que neste relacionamento não estava presente um dos principais requisitos, qual seja o objetivo de constitui família, segue trecho da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - REQUISITOS - ART. 1.723 DO CC - ÔNUS DA PROVA - AUTOR - NAMORO SÉRIO X UNIÃO ESTÁVEL - INEXISTÊNCIA DO REQUISITO "OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA" - COABITAÇÃO - FORTE INDÍCIO. Para a configuração da união estável são indispensáveis alguns requisitos, quais sejam, dualidade de sexos, convivência duradoura e contínua, honrabilidade (respeito entre os conviventes), notoriedade de afeições recíprocas, fidelidade presumida, coabitação (no sentido de não aceitar o simples namoro ou relação passageira) e, principalmente, o objetivo de constituir família. A coabitação não é elemento essencial para a caracterização de união estável, mas normalmente é um indício importante, sendo que admite-se situações em que os conviventes não residem sob o mesmo teto, quando há um relevante motivo que impeça a concretização de tal circunstância. Na ausência de motivo relevante, a não coabitação entre um casal jovem, livre e desimpedido durante anos, afigura-se como indício de inexistência de união estável. O namoro sério é muitas vezes confundido com união estável, sendo o requisito "objetivo de constituição de família", o elemento diferenciador entre os dois, que deve ser aferido em cada caso, de acordo com suas circunstâncias específicas.

(TJ-MG - AC: 10145990016076001 Juiz de Fora, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 27/11/2008, Câmaras Cíveis Isoladas / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/12/2008)

Seguindo a mesma linha de pensamento anterior, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, (BRASIL, 2019), já se posicionou:

(..) Não há evidências de que houve convivência more uxorio entre o casal, mas, no máximo, um namoro, que inclusive, pelo que dos autos consta, era paralelo a outra relação do falecido, qual seja, a união estável declarada por sentença (transitada em julgado) nos autos da demanda autuada sob o 2012.03.1.033284-5, promovida pela segunda ré (R.R.D.S) contra o espólio.

Ademais, levando para o plano patrimonial, sendo caracterizada a união estável, adotará então as regras previstas pelo regime da comunhão parcial de bens, regulamentada pelo artigo 1.725 do Código Civil.

São inúmeros os aspectos sucessórios que se assemelham ao casamento, dentre eles o direito hereditário à herança e ao direito real de habitação, que será tratado especificamente no decorrer deste trabalho.

No passado a legislação brasileira distinguia fortemente a relação entre cônjuges e companheiros, na qual ofertava direitos e deveres distintos para ambos, tanto ao direito de família, quanto as relações hereditárias. Entretanto, nos dias atuais a atual doutrina, bem como os entendimentos das cortes superiores, condena duramente as distinções em relação aos dois institutos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, fez a interpretação da união homoafetiva como entidade familiar, e como consequência disso seriam aplicadas os direitos e deveres aplicados a união estável entre homens e mulheres.

Sendo assim, havendo o preenchimento dos requisitos para caracterização da união estável, seria atribuído também aos casais homossexuais, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia de vontade. De acordo com JÚNIOR (2011, p.2), a união homossexual “formam uniões estáveis aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício de deveres decorrentes do mesmo sentimento: o amor”.

Destaca-se ainda, que tanto a Lei 9.278/90 (lei da união estável, quanto o Código Civil de 2002), ao dar conceito o instituto da união estável, o legislador visou a princípio ponderar o objetivo da união, no intuito de constituir família. Noutro ponto, o concubinato impuro resta excluído do rol tratado na legislação, sob pena de locupletamento indevido, nas relações patrimoniais.

A união estável pode ocorrer de forma extrajudicial, onde o casal deverá comparar a um cartório e formalizar através de escritura pública. E também judicial, onde promoverá uma ação contra o companheiro a fim de declarar o tempo da união.

Na forma judicial, ainda é possível fazer o reconhecimento após a morte de um dos companheiros, que será promovido em face dos herdeiros do *de cujus*.

Diante de todo o exposto acima, é possível concluir que a legislação brasileira busca proteger os direitos dos companheiros, deixando resguardado o que lhes caibam de direito.

1.4 DA FAMÍLIA MONPARENTAL

Em seguida da conceituação de família, casamento e união estável, é imperiosa a análise da entidade da família monoparental. Destaca-se ainda, que novas formações familiares vêm surgindo ao longo do tempo, discutidas inclusive da doutrina e jurisprudência contemporânea.

Está modalidade de entidade familiar, tem sua proteção no artigo 226, § 4º da Constituição Federal de 1988, que (BRASIL, 2021), “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Ou seja, será formada por apenas um genitor responsável pelo filho (biológico ou adotivo), seja a mãe ou o pai.

Para (RODRIGUES 2005, p. 117), a conceituação da entidade da família monoparental é:

A família monoparental surge, por variadas formas, de relacionamento entre o pai e a mãe e seus respectivos filhos, cujas fontes podem ser a mãe solteira e seu filho natural, mãe e filho adotivo, mãe (separada de fato, separada judicialmente, divorciada ou viúva) e seu filho, situações essas em que, *mutatis mutantis*, enquadra-se também o genitor com seus respectivos filhos.

Há de se destacar, que a modalidade monoparental é comum e frequente a sociedade, principalmente após a decadência do patriarcado e a inclusão da mulher no mercado de trabalho, dentre outras áreas.

Diante disso, o ordenamento jurídico foi certo ao regulamentar tal instituto, haja vista que na maioria das vezes, esse tipo de entidade é a mulher responsável por tudo, Maria Berenice Dias (2010, p. 212), faz crítica ao assunto:

Seu expressivo número, com maciça predominância feminina, é uma forte oposição ao modelo dominante de bipolaridade. Essas 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. A família monoparental é mantida, na maioria dos casos, exclusivamente pela mulher, e essa situação revela, como bem lembra Maria Cláudia Crespo Brauner, mais uma face injusta de nossa realidade social. A discriminação do mercado de trabalho induz as mulheres a aceitar menores salários.

Quanto a origem da expressão do instituto das famílias monoparentais, LEFAUCHEUR, 1997; *apud* VITALE, (2002 p. 490), afirma que:

Foi utilizada, segundo Nadine Lefaucheur, na França, desde a metade dos anos setenta, para designar as unidades domésticas em que as pessoas vivem sem cônjuge, com um ou vários filhos com menos de 25 anos e solteiros.

Ainda assim, o Código Civil de 2002 não traçou os direitos e obrigações acerca do tema, inexistente legislação infraconstitucional que regule o assunto.

Quanto a essa falha de regulamentação, Dias (2009, p.48) faz duras críticas ao discorrer, no que tange aos direitos da família monoparental que:

(...) de forma injustificável, o legislador omitiu-se em regular seus direitos, que acabaram alijados no Código Civil, apesar de esta ser a realidade de um terço das famílias brasileiras.

Nos tempos passados, a família monoparental era vista como relacionamentos conjugais que falharam no seu plano, sendo bem discriminados pela sociedade. Ademais, a realidade de hoje é muito diferente e muitas famílias monoparentais são originadas por livre escolha, não mais uma imposição, como por exemplo, a adoção de um filho sem existir vínculo matrimonial.

Dentre outros exemplos, destaca-se a monoparentalidade no caso de viuvez, separação ou divórcio, inseminação artificial por uma mãe solo ou a fecundação homóloga após a morte do marido, algum parente que não seja um dos pais, mas que tenha vínculo afetivo, o mesmo se aplica para o convívio constituído por quem não seja parente, mas sob a guarda legal.

Se tratando ainda, sobre a importância da regulamentação da entidade monoparental, no que concerne a proteção do direito das famílias, nas palavras de Madaleno (2000, p. 16), aduz:

Paira, portanto, no seio da esperançada sociedade brasileira, uma nova e mais extensa concepção social e jurídica da família, democratizada pelo constituinte de 1988, quando ponderou estender a sua proteção além da tradicional família conjugal, também a família de fato e a entidade monoparental.

A grande preocupação em relação a essa modalidade familiar, é que até nos dias atuais não foram criados programas de políticas públicas, para o auxílio dessa entidade. A necessidade para a criação é evidente, uma vez que se destaca

que a grande responsabilidade muitas vezes é da mulher, e que está ainda hoje tem tratamentos distintos dos homens, principalmente do mercado de trabalho.

2 NOÇÕES GERAIS DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E PROPRIEDADE

1.1 PRINCÍPIOS DOS DIREITOS REAIS

Antes de adentrar aos princípios norteadores dos direitos reais inserido atualmente no ramo do direito das coisas, é de grande importância fixar o seu conceito no sentido jurídico, bem como a maneira de sua utilização e finalidade.

Para isso, Gonçalves (1973, p. 156), traz como definição dos direitos reais, a seguinte menção:

O Direito Real é a relação jurídica que permite atribuir a uma pessoa singular ou coletiva, ora o gozo completo de certa coisa, corpórea ou incorpórea, incluindo a faculdade de a alienar e até a de consumir ou destruir, salvas as limitações da natureza ou da lei (domínio), ora o gozo limitado de uma coisa, que é propriedade conjunta e indivisa daquela e de outras pessoas (compropriedade), ou que é propriedade de outrem (*jus in re aliena*), com a exclusão de todas as demais pessoas, as quais têm o dever correlativo da abstenção de perturbar, violar ou lesar, ou do respeito dos mesmos direitos.

Seguindo a base desse conceito, que meramente foi um marco de grande influência na elaboração do atual Código Civil, especialmente na parte dos direitos reais, que no seu artigo 1.228, do Código Civil (BRASIL, 2022), atesta:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Indo mais adiante, no intuito de demonstrar a inclusão da instituição dos direitos reais vinculada a habitação do cônjuge do âmbito da sucessão é importante o conhecimento dos principais princípios que norteiam tal instituto.

A previsão taxativa dos direitos reais está no artigo 1.225 do Código Civil, ou *numerus clausus* – mas ainda assim, existem outros direitos reais previstos da legislação extravagante, neste sentido é autorizado que a lei crie outros direitos reais que visam regularizar áreas consideradas “favelizadas”.

Para essa análise, é interessante transcrever o rol elencado no artigo 1.225 do atual Código Civil (BRASIL, 2022) que diz:

Art. 1.225. São direitos reais:
I - a propriedade;
II - a superfície;
III - as servidões;
IV - o usufruto;
V - o uso;
VI - a habitação;
VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
VIII - o penhor;
IX - a hipoteca;

- X - a anticrese.
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII - a concessão de direito real de uso; e
- XIII - a laje.

O princípio *numerus clausus*, mais conhecido como princípio da taxatividade previsto no rol do artigo 1.225 do Código Civil, sofre constante processo de mitigação, devido ao preceito constitucional contido no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal (BRASIL, 2022) “A propriedade atenderá a sua função social”.

Devido a publicidade dos atos, uma das mais importantes no campo dos direitos reais, há de se existir uma certa flexibilização dessa taxatividade, como por exemplo, a cláusula de irretratabilidade, que teve origem no ordenamento jurídico a partir do Dec. Lei 58/37, considerada figura dos direitos reais.

Diante disso, segundo Melo (2007), (*apud* CORRÊA e SOARES, 2019, p. 3), discorre em sua obra, sobre a importância da flexibilização de rol, afirma que:

É importante que no estágio atual de revisão do direito civil tenhamos a possibilidade de mitigar o rigor da taxatividade, cumprindo o comando constitucional da função social da propriedade (art.5º, XXIII, C.R.F.B.), pois a flexibilidade desse princípio permite a criação e o reconhecimento da realidade de figuras jurídicas importantes para a sociedade contemporânea como a posse.

Outro grande princípio que norteia o campo dos direitos reais, juntamente com o *numerus clausus* é o da tipicidade ou legalidade. É interesse compreender a distinção de ambos.

Nesse contexto, Godinho (2000, p. 16), faz a seguinte distinção:

(...) enquanto o princípio da tipicidade se refere ao conteúdo estrutural do direito real e, portanto, à modalidade de seu exercício, o princípio do *numerus clausus* diz respeito a única e exclusivamente à fonte do direito real.

Destaca-se, portanto, que o princípio da tipicidade/legalidade determina que o direito real para ser exibido, terá que necessariamente ter previsão em lei.

Em seguida, outro princípio que ganha bastante notoriedade no meio dos direitos reais é o da aderência e/ou especialização. Como se sabe, os direitos reais são oponíveis *erga omnes*, de maneira que há um vínculo entre a coisa e o sujeito, não obstante a existência de qualquer sujeito passivo. A associação entre a coisa e a pessoa é dotada de forma direta e imediata, ponto fundamental da diferenciação dos direitos reais e obrigacionais.

Desta forma, o possuidor do direito terá a faculdade de se contestar a qualquer terceiro que interfira ou que venha causar danos, introduzido inclusive no

direito de sequela, que assegura a permissão perseguir a coisa dada em garantia, em poder de quem quer que esteja podendo até mesmo reivindicá-la.

O princípio da publicidade, destacado no texto do artigo 1.227 do Código Civil (BRASIL, 2022), impõe que os direitos reais sobre bens imóveis só serão adquiridos ou transmitidos através do registro no competente Cartório de Registro de Imóveis, que neste ato é levado a publicidade, para levar a ciência de terceiros (efeito *erga omnes*).

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Já na relação dos bens móveis, a publicidade se dará da efetiva tradição do bem alienado ou doado.

Seguindo a lógica, no campo do direito real também é inserido o princípio da perpetuidade, que basicamente estabelece que a propriedade como o próprio nome já diz é perpétua, e não se perde pelo sua não utilização.

Somente há exceção da regra acima estabelecida, nos casos previstos em lei, tais como: usucapião, renúncia, desapropriação, etc.

Mais adiante, no âmbito dos princípios norteadores do direito real é destacado o princípio da exclusividade, que substancialmente consiste no fato que para duas ou mais pessoas, não há existência de direitos reais de igual modo para a mesma coisa.

Por fim, outro grande princípio que conduz o campo do direito real, especificamente no que concerne o direito real de habitação é o princípio da elasticidade ou desmembramento.

Resumidamente, o princípio citado trata-se da extinção de um direito real específico, a título de exemplo temos: usufruto, servidão, habitação.

Ao enquadrar as características desse princípio para o âmbito do direito real de habitação, é imperioso destacar a que lei realça o direito de propriedade, enquanto permanecer a instituição da habitação. Ulteriormente a sua extinção o elemento de propriedade do poder de usar retorna ao proprietário, detentor do direito.

2.2 ASPECTOS DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vale dizer, que o direito real de habitação, desde muito tempo atrás, tem a sua origem declinada no instituto do usufruto, na qual é retirada diversas características semelhantes, seja na sua formação ou extinção.

Nestes moldes Ruggiero (1971, p. 315), assemelha que:

Uso é usufruto restrito e, como este, ostenta as mesmas características: a) direito real, porque incide diretamente sobre a coisa; b) direito temporário; c) desmembramento da propriedade. Mas, por outro lado, tem predicados exclusivos, porquanto, ao contrário do usufruto, é indivisível e incessível. Nem seu exercício pode ceder-se. Tanto o usufrutuário como o usuário gozam de coisa alheia, porém enquanto o gozo do primeiro se reveste de amplitude, o do segundo sofre restrições.

O direito real de habitação, além de ser um instituto presente nos mais diversos ramos do Direito, especialmente na parte dos Direitos Reais, no art. 1.225, VI do Código Civil.

Outra característica é que o direito real de habitação poderá ser exercido sobre coisa própria ou alheia, de forma onerosa ou gratuita.

Se tratando de forma gratuita o instituto é previsto nos artigos 1.414 ao 1.416 do Código Civil Brasileiro, (BRASIL, 2022).

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.

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

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.

Já em sua forma onerosa, o instituto do direito real de habitação, poderá incidir sobre coisa alheia (hipoteca), e também na própria coisa, hipótese do direito de habitação do promitente comprador do imóvel. Desta forma, Frota e Mold (2015, p. 4) dizem que:

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

Outra grande característica do direito real de habitação, voltado especificamente para o ramo de sucessão é a existência de duas modalidades, quais sejam: i) convencional que basicamente é o respeito da vontade das partes, seja por testamento ou declaração de vontade e; legal, originada por Lei, prevista no artigo 1.831 do Código Civil, que dará direito ao cônjuge sobrevivente direito a habitação em caso de morte de seu consorte.

Via de regra, o beneficiário do direito real de habitação está impedido de alugar ou sub-rogar seus direitos inerentes ao imóvel, sendo-lhe permitido somente a sua moradia e de sua família.

Entretanto, há uma relativização da possibilidade de cobrança de aluguel nos casos em que o domicílio tiver que ser transferido por motivos de trabalho, e também nas hipóteses de mais de um beneficiário sobre o mesmo imóvel, e algum tiver renda reduzida tendo que procurar aluguel mais barato para sobrevivência, ou vice-versa, interpretação retirada do artigo 1.415 do Código Civil (BRASIL, 2022):

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

Em regra, o estabelecimento do direito real de habitação se dá por meio de matrícula no Cartório Registro de Imóveis competente, conforme prevê o art. 167, inciso I, da Lei nº 6.015, de 1973, Lei de Registros Públicos (BRASIL, 2022), tendo como exceção daquele previsto no Direito Sucessório (objeto deste estudo).

Foi acrescentado pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 1962, que incluiu os parágrafos §§ 1º, 2º e 3º ao art.1.611 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2022), que seria estendido ao cônjuge casado somente sob o regime da comunhão universal de bens o direito real de habitação, em relação ao único imóvel daquela natureza a inventariar, sem prejuízo da quota parte da herança, e enquanto perdurasse o estado de viuvez.

Ocorre, que o Código Civil de 1916 não tratava dos casos em que ocorria o instituto da União Estável, sendo esta a ser proposta, somente após a edição da Lei da União Estável nº 9.287/96, em que se regulamentou o direito real de habitação, para o companheiro sobrevivente:

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto

viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Somente no Código Civil de 2002, especialmente em seu artigo 1.831, foi que o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente passou a ser assegurado a todos os regimes de casamento. Sendo um direito real conferido ao cônjuge/companheiro supérstite, vitalício, e ainda independente do regime de bens.

2.3 OÇÕES GERAIS SOBRE PROPRIEDADE

O direito de propriedade pode ser encontrado no campo dos direitos reais, no qual é originário e engloba as particularidades do uso, gozo, disposição e reivindicação. Para isso, Pereira (2001, p. 67), preceitua elementos que apresenta apenas os poderes do proprietário.

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

De acordo com Costa (2003, p. 16), a propriedade é

a propriedade é o direito real por excelência, por abranger a coisa em todos os seus aspectos, sujeitando-a totalmente ao seu titular. É a plenitude do direito sobre a coisa, composta pela unicidade de poderes interligados

A grande singularidade da propriedade, qual seja o uso, possui a característica de admitir o uso da coisa na esfera econômica, e ainda prevê ao possuidor o benefício dos frutos, seja direta ou indiretamente.

Já o gozo ou fruição, trata-se do aproveitamento econômico da coisa em questão. É importante destacar ainda, o elemento da disposição, pois basicamente dá o direito de o titular alienar, doar, transferir, gravar a coisa. Por fim, a reivindicação, último atributo do direito de propriedade, é a faculdade de retomar a coisa de terceiros, que impropriamente passou a possuir.

Vale ressaltar, que a propriedade tem caráter absoluto, e é oponível *erga omnes*, ou seja, serve para todos a obrigatoriedade de quaisquer respeitarem, o direito de outro, quando a este lhe pertence.

Farias e Rosenvald, (2015, p. 30), acerca do histórico do direito de propriedade introduzido no Brasil, dizem que:

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

A Constituição Federal de 1988, passou a interligar a propriedade vinculando-a com o instituto da função social, que podemos ver no art. 5º, inciso XXII e XXIII (BRASIL, 2022).

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

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (grifamos).

Deste modo, ao analisar o direito de propriedade e sua função social, comparado com o direito de herança incluso no art. 5º, inciso XXX, da vigente Constituição Federal, entende-se que o direito sucessório, bem como o direito de herança estão presentes, desde o início da colonização do Brasil, e a todo momento esteve presente nas Constituições passadas, tendo status de direito fundamental.

Entretanto, quanto as normas dos aspectos sociais da propriedade, esta somente passou a ser sanada com a vigência no atual Código Civil, devidamente amparado pela de CF/88.

3 ASPECTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

3.1 CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Para entender os aspectos sucessórios, principalmente aquele que enseja o objeto desse estudo, ou seja, a sucessão *causa mortis*, é importante saber seu conceito geral de modo extensivo.

Desta forma, ao buscar explicar sobre o direito das sucessões Beviláqua (1945, p. 14), afirma que:

(...) se atendermos que a sucessão é um modo de adquirir direitos reais e obrigacionais, a que o patrimônio é noção especial do direito das coisas, mas a sua transmissão *mortis causa* se acha intimamente ligada a esse mesmo direito das coisas, ao da família, ao das obrigações e ao das pessoas consideradas isoladamente, reconheceremos a necessidade lógica de acrescentar-se um outro membro à classificação. Será este o *direito hereditário*.

Direito hereditário ou das sucessões é o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir. Essa transmissão constituiu a *sucessão*, o patrimônio transmitido denomina-se *herança*; e quem recebe se diz *herdeiro*.

Caminhando à diante, quanto ao direito das sucessões nos tempos modernos, e sob o seu enquadramento ao direito de propriedade e de família propriamente ditos, (HIRONAKA 2001, p.6) *apud* Pereira (2000, p. 5 e 50), justifica que:

Uma outra forma de se justificar o direito das sucessões, mormente na modernidade, seria a que busca alinhar ao direito de propriedade, o direito de família. Por esta forma de encarar o problema, o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família, como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mas ainda e principalmente no fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família.

Neste sentido, tem-se que a sucessão *causa mortis* está ligada diretamente com toda transmissão patrimonial deixada pelo *de cuius*, na qual outorga todos os seus bens deixados aos seus sucessores, sejam por determinação de lei, seguindo a vocação hereditária (sucessão legítima), ou disposição de última vontade (testamentária).

No direito brasileiro, tal fenômeno é apoiado pelo princípio da *saísine*, previsto no artigo 1.784 do atual Código Civil, (BRASIL, 2022): “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” E quanto a sua ocorrência, esta se dá forma imediata e automática.

Sendo a propriedade uma quota ideal, daquilo que for transmitido na partilha, ocorrerá a sua formalização e atribuição da cota-parte de cada herdeiro e meeiro, no intitulado procedimento de inventário, que estabelece o seu tempo de instauração no artigo 1.796 CC/2002, seguindo a regra do último domicílio do autor da herança.

Há também a hipótese de renúncia a herança, na qual o herdeiro ou legatário renuncia todos os direitos, deveres e obrigações em relação a herança deixada a este, e deverá necessariamente ser feita por meio escritura pública ou ato judicial.

Deste modo, passa-se a análise do direito da herança e as espécies previstas no âmbito da sucessão.

3.2 DO DIREITO DE HERANÇA

Como foi visto acima, a sucessão decorre da transferência do patrimônio, bens e direitos deixados pela pessoa falecida aos seus herdeiros, seja eles necessários ou legatários, sendo essas espécies explicadas nos tópicos abaixo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX (BRASIL, 2022), assegura como direito fundamental o direito à herança, na qual tipifica suas regras e aplicação no Código Civil.

Nesses moldes, ao se falar diretamente na palavra herança, é presumível que o seu significado seja, (JUS, 2014, p.1):

Finalmente, o conjunto de bens, direitos e obrigações - o patrimônio – que alguém deixa ao morrer é denominado herança ou acervo hereditário, podendo também sê-lo, na ótica processual, espólio.

O instituto da herança, há grande destaque no atual Código Civil, e é possível verificar as espécies de sucessores, o funcionamento da partilha de bens, e por fim, abertura de inventário e testamento.

Se tratando das espécies de sucessores, que melhor será tratado no tópico a seguir, há dois tipos de herdeiros a receber a herança, i) herdeiros necessários (1.845 do Código Civil) e ii) herdeiros testamentários.

Quanto a partilha de bens, trata-se basicamente do processo pelo qual a herança é dividida para seus herdeiros e/ou legatários. Para isso, é importante verificar: se há existência de testamento; levantamento de todo patrimônio, inclusive

dívidas; juntada de toda documentação necessária; escolha da via de partilha (judicial ou extrajudicial); administração dos bens, entre outras diligências que se faz necessária para que ocorra a conclusão da partilha de bens.

A abertura do inventário é o primeiro mecanismo a ser realizado posteriormente a morte do autor da herança. É nele que estará definido o *quantum* da herança deixada, a identificação dos herdeiros, análise de direitos e dívidas deixadas pelo espólio, para que então possa se obter a quantia líquida a ser partilhada.

Poderá ser aberto pela via extrajudicial, realizadas nos cartórios de forma amigável, e que não haja testamento, herdeiro menor ou incapaz.

Já na via judicial, abarcará todos os casos, seja conflitos de interesses, menores e incapazes, existência de inventário, e necessariamente será apresentado por um advogado.

Por fim, a abertura do testamento é um momento em que permite o conhecimento da disposição de última vontade do *de cuius*. Sendo cedido 100% (cem por cento), de seu patrimônio a uma determinada pessoas, quando não a restrição estabelecida em lei, e 50% (cinquenta por cento) para quem desejar, sendo os outros 50% (cinquenta por cento), reservados aos herdeiros necessários (cônjuge, ascendentes e descendentes) de acordo com o artigo 1.857 do Código Civil (BRASIL, 2022).

3.3 DAS ESPÉCIES DE SUCESSÃO

Conforme exposto nos tópicos anteriores, a sucessão ou transmissão da herança, se dá automaticamente no momento em que se constata o falecimento do autor da herança, através do princípio da *saisine*.

Primeiramente, a sucessão poderá ser legítima, estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil e seguintes, e será tratada a fundo a seguir, acompanha a seguinte ordem especificada (BRASIL, 2022):

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

E por fim, a testamentária que tem sua previsão elencada nos artigos 1.857 ao 1.990 do Código Civil de 2002, que poderá ocorrer em virtude de lei, por disposição de última vontade do testador através de instrumento adequado.

Posto isto, será caracterizado abaixo cada espécie de sucessão, na qual tornar-se-á possível as suas peculiaridades.

3.3.1 Sucessão legítima e testamentária

A sucessão legítima, nas palavras de (CUNHA, 1973, p. 1.352), se denota que:

A sucessão diz-se legítima quando, por ter o dono dos bens falecido sem instituir sucessor, ou por ter sido anulada, revogada ou estar caduca a instituição, ou ter aquele disposto só se da parte de seus bens, a lei, baseando-se na presunção derivada das relações de família e da afeição natural que, no seio desta, une os seus membros, indica quais serão os sucessores desses bens, graduando-os conforme os graus e a natureza do parentesco.

Porventura, a sucessão testamentária, se quando por própria vontade, a pessoa dispões de seus bens para depois de sua morte, seja total ou parcial em favor de terceiros.

A disposição da totalidade do patrimônio, só poderá ocorrer quando não existirem herdeiros necessários, pois é vedado que o testamento exclua o direito destes, conforme §1º do artigo 1.857 (BRASIL, 2022):

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º — A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

Havendo a ocorrência dessa hipótese, poderá o testador dispor somente 50% (cinquenta por cento), dos seus bens, ou ainda valor menor. Quaisquer descumprimentos das normas testamentárias, inclusive o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, ensejará a invalidade do testamento, sendo este totalmente nulo. A regras tem previsão nos artigos 1.857 a 1.990 do CC/2002 (BRASIL, 2022).

É de grande importância observar, que quando se der sucessão por testamento teremos o denominado legatário, não existindo este, teremos a figura do herdeiro.

Ao adentrar mais a fundo, é possível identificar as hipóteses de sucessão por título universal, quando não houver especificação e destinação dos bens, que será fixada após a partilha, que poderá incidir tanto na sucessão legítima e testamentária. E sucessão a título singular onde o denominado legatário receberá sua parte previamente estipulada e definida pelo autor da herança.

À vista disso, Itabaiana de Oliveira (1952, p. 59-60), descreve sobre a distinção entre herdeiro e legatário:

- Conquanto o herdeiro e o legatário continuem a posse do *de cuius* e a recebam com os mesmos caracteres, qualidades e vícios, entretanto a instituição de herdeiro é fundamentalmente diversa da de legatário, porque:
- a) O herdeiro sucede a título universal e o legatário a título singular ou particular;
 - b) O herdeiro responde pelas dívidas e encargos da herança na proporção de sua quota hereditária, pois sucede *in omne jus quod defunctus habuit*; enquanto o legatário está isento desta responsabilidade, por isso mesmo que sucede somente *in rem aliquam singularem*;
 - c) O herdeiro sucede numa porção ou quota indefinida da herança, e o legatário sucede só numa parte definida e determinada da herança;
 - d) O herdeiro tem direito de acionar, em juízo, para anular contratos e atos jurídicos feitos pelo autor da herança com terceiros, ao passo que esse direito é negado ao legatário.

Haja vista, são várias as características de distinção entre herdeiro e legatário, inclusive as de responsabilidade e administração dos bens deixados pelo espólio.

Se tratando do direito real de habitação, objeto central desse estudo, a diferença entre herdeiro e legatário possui notória relevância, principalmente para a destinação do benefício deste. O direito real de habitação, que decorre da sucessão hereditária, incidente sobre um determinado bem imóvel, distingue-se do benefício do testamento, pois o resultado poderá que haja sucessão *ab intestato*, que recaia sobre um determinado bem, e que este seja destinado ao direito real de habitação ao cônjuge supérstite.

Diniz (2019, p. 25), trata do assunto do *status* do legatário no momento do falecimento do autor da herança.

É preciso lembrar que o legatário, em relação ao herdeiro legítimo ou testamentário, tem uma situação diferente, pois só entra na posse dos bens após a partilha, adquirindo a propriedade dos bens infungíveis desde a abertura da sucessão, e dos fungíveis somente depois da partilha, tendo em vista que é sucessor a título singular, já que seu direito sucessório se refere a bens determinados e precisos.

Compreendido, os aspectos gerais do direito sucessório, se passará adiante a análise do direito real de habitação na sucessão hereditária, como seus aspectos gerais e problemáticas.

4 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O direito real de habitação é um instituto que percorreu diversos ramos do Direito, e se tornou um tema bastante discutido, pois ao longo dos tempos modernos veio a ganhar grande destaque, levando em consideração ao que concerne a proteção familiar, como um caráter protetivo à mulher sobrevivente e o direito de moradia.

O surgimento do direito real de habitação decorrente da sucessão hereditária, se originou no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 4.121/62, denominada também como Estatuto da Mulher Casada, que regulava os benefícios da mulher casada em relação ao matrimônio com um homem.

Os benefícios do Direito Real de Habitação, atingiam tanto a mulher quanto o homem sobrevivente, em caso de falecimento do outro, como forma de proteger e resguardar o direito fundamental à moradia.

Entretanto, não era tão simples obter tais benefícios, pois eram impostas exigências, como a necessidade de o cônjuge supérstite ser casado sob o regime da comunhão universal de bens; a de permanência na condição de viúvo a destinação exclusivamente a residência familiar do uso do imóvel e; por derradeiro, que aquele imóvel fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

A intenção do instituto, era de afastar a enorme desvantagem que o Código Civil de 1916, tinha em relação a categoria feminina.

De fato, na época foi um grande avanço principiológico em relação as mulheres, conforme leciona Leite (2005, p. 230):

(...) parágrafos foram introduzidos por força da Lei 4.121, de 1962 (Estatuto Jurídico da Mulher Casada) que procurava, assim, minorar os efeitos nefastos da inferioridade feminina decorrentes das discriminações de gênero. Ainda que se considere tímida a proposta de 1962, foi extremamente útil na apontada melhoria na posição cônjuge, resgatando o usufruto viual e o direito real de habitação, quando o regime de bens fosse o da comunhão universal.

O grande arcabouço principiológico aplicável ao assunto, adveio da Constituição Federal em seu art. 226, que reconheceu a união estável como entidade familiar. E quanto ao requisito do regime da comunhão universal de bens, não durou muito após edição da Lei 9.278/96 (BRASIL, 2022).

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

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

Em seguida, houve alteração legislativa no artigo 1.611 do Código Civil de 1916, que através da Lei 10.050/2000, que estendeu os benefícios do direito real de habitação ao filho portador de deficiência. Entretanto, não foi recepcionado pelo atual código.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve considerável mudança acerca do tema central desse trabalho, especialmente com a redação do art. 1831 do Código Civil de 2002, o qual estendeu o instituto a todo regime de bens, considerando qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo a sua parte na herança e pôr fim a relativização do único imóvel destinado a família.

Em relação à extensão do instituto na União Estável, com a edição e validade da Lei 8.971/94, foi introduzida o usufruto sobre os bens do cônjuge falecido, nesse momento não se falava ainda no direito real de habitação do companheiro sobrevivente (BRASIL, 2022).

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do companheiro (a) nas seguintes condições:

- I- O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;
- II- O (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes.

Entretanto, somente no ano de 1996, que o direito real de habitação do companheiro foi reconhecido pela ementa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, decisão proferida pelo Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que manteve o direito real de habitação e o usufruto em favor do companheiro, segue trecho da ementa:

União Estável – Constituição de 1988. Colaboração Presumida. Direito de Habitação e usufruto. Sucumbência. 1. A união havida constituiu uma família, sendo irrelevante, se iniciou antes da Constituição, importando é que findou sob a égide dessa nova carta de princípios. A união *more uxório* existente antes da Constituição ganhou rótulo de união estável, mas não sofreu qualquer alteração na sua natureza e essência. A nova Carta trouxe ao campo do Direito o fato social relevante que reclamava o afastamento dos

preconceitos, bem como o reconhecimento formal e a proteção do Estado. 2. Desnecessidade de prova da contribuição para o patrimonial, pois esta é presumida. 3. A Lei nº 9.278/96 não revogou a Lei 8.971/94, coexistindo o direito real de habitação com o usufruto vitalício, que é mais benéfico aos conviventes. (...) Recurso Provido em parte. (ac. AC 70.000.859.587).

No entanto, não há codificação no atual Código Civil, para esse benefício diretamente para os companheiros, tendo os estudiosos travado inúmeros debates acerca da omissão.

Deste modo, a partir do primeiro surgimento do direito real de habitação na sucessão hereditária em relação ao cônjuge sobrevivente em 1962, está no ordenamento jurídico brasileiro até os dias de hoje, estendendo ao companheiro, e buscando sempre a garantia familiar e dos princípios fundamentais.

4.2 NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE

O direito real de habitação na sucessão hereditária, foi um grande mecanismo garantidor da manutenção familiar, especialmente no que tange ao cônjuge/companheiro sobrevivente, em continuar habitando em seu lar de forma resguardada, independente do regime de bens.

A grande finalidade do instituto é proteger o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens de resguardar o direito fundamental à moradia, mesmo que aquele bem não seja único daquela natureza a inventariar.

Nesse aspecto, sobre o alcance da norma em relação ao direito real de habitação, nas palavras de Tartuce (2016, p. 219) “que o seu fim social é proteger o direito à moradia, o que está em sintonia com a teoria do patrimônio mínimo, do Ministro Luiz Edson Fachin.”

Consiste principalmente, meio de evitar que o cônjuge/companheiro sobrevivente não tenha onde habitar após a extinção, pela morte, e do vínculo de convivência com o falecido.

Entretanto, há de se destacar de tal direito nunca será perpetuo, extinguindo-se com a morte, por se tratar de um direito de caráter personalíssimo. Seguindo o raciocínio, a legislação não manifesta sobre a garantia do direito, caso o cônjuge sobrevivente venha a adquirir novo casamento ou união estável, o gera inúmeros debates sobre a aplicação da garantia.

Para Hironaka (2004, p. 247), o direito real de habitação em benefício ao cônjuge sobrevivente deveria se cessar no fim da viuvez.

Melhor seria que o direito real de habitação cessasse com o fim da viuvez, visto que quem constituiu nova união ou novo casamento, presumidamente, deve ter condições de subsistência da nova família.

Nesse caso, deverá ser feita uma análise concreta, pois se a habitação está atendendo ao fim que é destinada, ou se, o beneficiário adquirir novo casamento ou união passa a ter outros imóveis, o que acarretaria a má-fé, e ainda o abuso do direito de quem teria a propriedade, impedindo este de ocupar o imóvel e até mesmo aliena-lo.

A natureza jurídica do instituto do direito real de habitação na sucessão hereditária, se baseia no legado (*ex lege*), na qual o cônjuge sobrevivente, conseqüentemente é o beneficiário legítimo.

Giorgis (2005, p. 124-125), ao tratar da natureza jurídica do direito real de habitação ao que concerne na sucessão hereditária, admite:

O direito real de habitação é a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens adotado no casamento e, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, de permanecer no imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, preservando-se a moradia da estirpe (CC, art. 1.831).

Em razão de sua destinação específica, o bem que servia à família será submetido a um regime especial, não se considerando somente a natureza do bem, mas a qualidade do sujeito a quem o direito sucessório será conferido. É sucessão anômala que derroga o princípio da unidade da sucessão e, como se trata de um legado *ex lege*, transmite-se ao cônjuge um direito real limitado quanto a objeto individualmente considerado, certo e determinado, separado do patrimônio hereditário para tal fim, caracterizando tipicamente uma sucessão a título singular.

A especial natureza do direito real de habitação, como um verdadeiro legado e finalidade definida, impede que ele desocupe o imóvel; mas, ao contrário, tem dele posse imediata, exercida ainda que sobre a legítima dos descendentes e ascendentes, embora a metade do acervo pertença aos sucessores do autor da herança.

O cônjuge sobrevivo não se torna herdeiro pela atribuição do direito real de habitação, senão legatário legítimo, com as sequelas próprias de semelhante condição.

Nesse prisma, é acertado que o instituto objeto deste trabalho, não tem como finalidade criar dificuldades para os então proprietários decorrentes da sucessão.

4.3 COMPARATIVA DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, estabelece uma enorme abrangência de direitos fundamentais, tendo como um deles por exemplo, o direito à moradia resguardado pelo instituto do direito real de habitação; temos ainda o direito à herança e direito de propriedade, que, em várias ocasiões, há uma colisão que se esbarram uns com os outros, diante de um caso concreto e sua complexidade.

Para Mendes, (2009, p. 375), “a colisão dos direitos fundamentais ocorre quando há um conflito entre direitos individuais de diferentes titulares ou entre estes e bens jurídicos da sociedade.”

Para isso, quando estamos diante de um caso similar, mostra-se a necessidade de aplicação de um juízo de ponderação, que será analisado o caso concreto e qual preceito fundamental irá se sobressair diante do caso.

Nesse sentido, diante de tal controvérsia, é o mais adequado para que o legislador se amolde, Mendes (2009, p. 375):

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

Ainda assim, seguindo o mesmo entendimento, dita Branco (2009, p. 146):

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

Em se tratando do direito real de habitação na sucessão hereditária, é possível visualizar a existência de colisão de direitos fundamentais, quanto no sentido estrito e amplo. Pois, a primeira discórdia advém delas somente entre direitos fundamentais, e a última, dentro dos direitos fundamentais e dos princípios que protejam preceitos da sociedade em geral.

Sendo assim, tomando os aspectos influenciadores da doutrina alemã, ao evidenciar diversas possibilidades de embate de direitos fundamentais, como forma de solucionar, foi empregado o uso adequado de um juízo de ponderação.

Outrossim, Gonet (2009, p. 166), ao se basear acerca da teoria do filósofo alemão Robert Alexy, tem sua afirmação despendida no seguinte pressuposto "permite afirmar que o exercício da ponderação - método para aplicar normas princípios - tem a sua racionalidade assegurada, justamente por ser uma expressão da argumentação jurídica".

Caminhando adiante, para que seja feita tal consideração no caso concreto, é imprescindível o emprego do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Visto que, a solução da colisão dos direitos fundamentais, deve-se buscar entender a sua melhor adequação a fim, de evidenciar a real necessidade das partes envolvidas.

A primeira análise que deverá ser realizada, para que então possa realizar a devida aplicação desse juízo de valor, é examinar a real importância do princípio, diante do caso concreto, ou seja, a pertinência do agrupamento das normas constitucionais. Nesse sentido é o que diz nas palavras de Branco (2009, p. 179):

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

A próxima análise é verificar a proporção da aplicação do princípio conflitante, que deverá ser observado a consequência positiva e negativa desses no caso concreto.

Por fim, e não menos importante, é averiguar se ocorrerá algum dano se na hipótese de não satisfazer a aplicação de uns dos princípios contudentes a devida comparação de qual princípio será mais benéfico no seu emprego. Desta forma, será a maneira mais adequado e lógica que mostre a necessidade de desconsiderar um princípio em razão do outro.

Os princípios fundamentais possuem a mesma hierarquia constitucional não havendo gênero nem espécie, deste modo, não deve haver presunção de uma norma em relação a outra, que no caso de antinomia essas regulamentações de caráter constitucional, deverá se valer da ponderação seguindo os dispostos de aplicação acima indicados.

Dessarte, diante de um caso concreto, em que há a colisão do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, enquanto proteção ao direito à moradia, o direito de propriedade e ao direito à herança, quando houver conflitos destes, deve julgador da lei fazer a interpretação de um juízo de ponderação, na qual será avaliado a bagagem de cada princípio colidentes, devendo "fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles" (BARROSO, 2009, p. 338).

4.4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL E A MITIGAÇÃO NO CASO CONCRETO

As referências jurisprudenciais e doutrinárias aqui apresentadas têm seu intuito de elucidar as soluções de casos concretos em que há o confronto dos princípios normativos.

Tassinari (2022, p. 2), ao falar a sistemática jurisprudencial, acerca do direito real de habitação, afirma em seu artigo científico que:

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

Levando o direito real de habitação para um real caso concreto, tem-se o julgado do Recurso Especial em que a ministra Nancy Andrihy diz, JUS (2022):

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DO DE CUJOS. 1.- O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos. 2.- Recurso Especial improvido.

(STJ - REsp: 1134387 SP 2009/0150803-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2013)

Argumento ainda no inteiro teor da decisão:

Neste cenário de colidência entre o direito de propriedade sobre fração do imóvel e o direito real de habitação da viúva, estendido aos filhos do segundo casamento, fixado por dispositivo de lei ao cônjuge sobrevivente, é necessário ponderar sobre a prevalência de um dos dois institutos, ou, ainda, buscar uma interpretação sistemática que não acabe por esvaziar, totalmente, um deles, em detrimento do outro, vindo a tratar sem isonomia todos os filhos do falecido.

No caso exposto acima, é um exemplo em que há conflitos dos preceitos fundamentais, pois se mostra a possibilidade dos herdeiros do antigo casamento poderem se opor ao cônjuge sobrevivente, os direitos provenientes sobre a quota do imóvel que são herdeiras na sucessão do falecido.

Nesse sentido, a julgadora ao proferir seu voto levou em consideração a interpretação extensiva do instituto do direito real de habitação ao cônjuge

sobrevivente, pois ao mesmo tempo que temos o direito de propriedade juntamente com o da herança e possível visualizar o conflito com o direito de moradia concedido ao cônjuge.

Conceituou a verdadeira finalidade do direito, objeto desse trabalho, na qual argumentou pela proteção da assistência familiar, que no julgado acima no caso as Recorrentes alegam não possuir nenhuma relação com o cônjuge sobrevivente, em detrimento de não haver vínculos consanguíneos.

Saliente ainda, que diante haver mais demais herdeiros necessários (filhos da viúva), teria como afronta ao princípio isonomia que possui *status* constitucional, pois estes últimos também estão usufruindo do imóvel juntamente com a genitora. Jus (2022, p.4) "não é razoável que fora do grupo familiar, prevaleça essa imposição, porquanto aqui não há justificativa que dê foros de legitimidade à exceção legal".

Deste modo, foi empregado a ponderação relativa ao direito real, pois não justo que os herdeiros exclusivos do falecido, e que se encontram em um estado de hipossuficiência, e que não haja vínculo de parentalidade com o cônjuge sobrevivente tenham o seu direito de herança rechaçado.

Nesse contexto, segue recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca da aplicação à exceção do artigo 1.831 do Código Civil Jus (2022, p. 1):

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UM IMÓVEL RESIDENCIAL A INVENTARIAR. MITIGAÇÃO DO RIGOR DA NORMA DO ART. 1831, CC QUE, NA HIPÓTESE NÃO SE JUSTIFICA. 1. A exceção à regra do art. 1831, do CC, é pontual, sendo reservada para hipóteses de casamentos longevos, em que se busca preservar um mínimo existencial ao cônjuge supérstite que, muitas vezes em idade avançada, encontra no imóvel onde reside uma referência sentimental, posto se tratar do núcleo onde se desenvolveu a família ao longo de toda a sua vida. 2. Na hipótese em apreço, possível constatar que a cônjuge supérstite é jovem, contando com pouco mais de trinta anos, tem registro profissional que demonstra a existência de experiência para fins de recolocação profissional. Além disso permaneceu casada com o "de cujus" por menos de dois anos, não tendo com ele filhos. 3. A razão humanitária que levou o e. STJ a excepcionar o rigor da norma do art. 1831 do Código Civil não se aplica à hipótese vertente, de modo que, havendo mais de um imóvel residencial a ser inventariado, não se cogita do direito real de habitação. 2. Recurso improvido.

(TJ-SP - AI: 20373598120228260000 SP 2037359-81.2022.8.26.0000, Relator: Ademir Modesto de Souza, Data de Julgamento: 30/03/2022, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/03/2022).

No caso acima, o legislador entendeu que a viúva teria condições suficientes de moradia, sem usufruir do direito real de habitação, na qual ocasionaria conflito com os direitos fundamentais dos herdeiros.

Entretanto tal interpretação, ainda está sendo bastante debatida com a doutrina majoritária e outras jurisprudências, pois há em que vá de contrário com a proteção de pessoas em situação de maior vulnerabilidade, e que precisaria de fato usufruir do benefício do direito à moradia.

Quando se tem uma viúva, com vários imóveis e um poder aquisitivo elevado, nada se prejudicaria sua qualidade de vida e até mesmo sua moradia, a possibilidade de vender/alugar o imóvel objeto de herança, para que os demais herdeiros possam ter o devido acesso ao direito de herança e propriedade.

Sobre o assunto (TARTUCE, 2015, p. 234) afirma:

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

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

Finalmente, é nitidamente possível de um juízo de ponderação no caso concreto do direito real de habitação produziria efeitos mais benéficos aos valores normativos. O instituto do direito real de habitação foi criado para finalidade da proteção do cônjuge sobrevivente, sendo aplicado a família que esteja numa condição hipossuficiência e vulnerável.

CONCLUSÃO

A presente monografia visou analisar o conflito entre os direitos fundamentais, do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, direito de herança e direito de propriedade, além de trazer reflexões como a possível aplicação do juízo de ponderação, para efetividade das normas conflitantes, e, por conseguinte, a maior efetivação dos princípios constitucionais previstos.

Em um primeiro momento, o trabalho buscou discorrer sobre conceito de família, momento em que trouxe diversos tipos de entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e sua grande importância, para que se possa entender a extensão que o direito real de habitação que abrange em relação a sucessão e as relações sociais, como por exemplo como por exemplo, a de reconhecimento da união estável entre os companheiros como entidade familiar, com o advento da Lei 9.278/96.

Adiante, foi abordada as noções gerais do direito real de habitação e de propriedade, tendo seu foco principal sob o prisma dos direitos fundamentais na sucessão.

O estudo do direito real de habitação, suas características e repercussões, foi de fundamental importância para o deslinde do trabalho, pois os direitos reais, trata-se basicamente, da relação entre o homem e a coisa e as suas formas de utilização, na qual reúne os poderes do proprietário como os de usar, gozar, dispor e reivindicar.

Além de ter sido evidenciado a previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXII, os predicados do proprietário mencionados têm disposição no artigo 1.228 do Código Civil.

Foi explanado mais a frente, os aspectos sucessórios brasileiro, com foco especialmente ao direito incumbente do cônjuge sobrevivente em relação da proteção de sua moradia, quando aberta a sucessão, mesmo que este não tenha parte na herança.

O direito de herança decorre da sucessão *causa mortis*, que em decorrência de tal evento, nada mais é a totalidade dos bens, direitos e deveres deixados pelo de cujus que é repassado para seus herdeiros legítimos ou testamentários, denominado, portanto, de “espólio”. Tal direito também há previsão constitucional do art. 5º, inciso XXX.

Conduziu na problemática suscitada na presente monografia, acerca da colisão dos direitos fundamentais, que possui como um meio de solução a aplicação o juízo de ponderação diante de um caso concreto.

Os casos de conflitos normativos fundamentais são inúmeros no Direito Brasileiro. É vem sendo possível mitigar a aplicação dos princípios para haja maior efetividade da tutela constitucional.

Nesse sentido, essa monografia defendeu que o direito real de habitação não poderá ser aplicado de modo estrito e isolado. Para que haja melhor benefício e efetividade da norma, a solução diante de um caso concreto, em que o cônjuge sobrevivente se encontre de maneira superior a dos demais herdeiros, mesmo que não haja vínculo familiar com o(a) viúva, será medido a melhor condição para as partes, a partir da ponderação das normas constitucionais que garantirá o direito à moradia e o direito de herança e o direito de propriedade, juntamente com instituto do direito real de habitação.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 11 de jan. de 2002. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em 15 de agosto de 2021.

BEVILÁQUA, C. **Direito das Sucessões**. 4 ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

_____. **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Lei de Registros Públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 15 de março de 2022.

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

CAHALI, Francisco José. **A união estável e os alimentos entre os companheiros**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo. Puc São Paulo, 1995.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União de 05 de out. de 1988. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 14 de agosto 2021.

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

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

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

GODINHO, André. **Direitos reais e autonomia de vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**, Vol. VI – Direito de Família, 6ª ed. (2009).

GONÇALVES, L. da C. **Tratado de Direito Civil**. 2 ed. Atual. E aum. São Paulo: Max Limonad, v. XI, t. 1. 1973.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito Sucessório Brasileiro: ontem, hoje e amanhã**. Palestra Proferida no Congresso Anual na Associação de Juristas Alemanha/Brasil. 2001.

_____. **IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. (Do Instituto Brasileiro de Família). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, A. V. **Trata de Direito das Sucessões**. 4. Ed. Ver. E atual. Com colaboração de Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.

JUSBRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – **Apelação Cível : AC 0016076-55.1999.8.13.0145 Juiz de Fora – <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1122411927/apelacao-civel-ac-10145990016076001-juiz-de-fora>**, acesso em: 20/11/2021.

_____, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF : **0023141-03.2015.8.07.0018 - Segredo de Justiça 0023141-03.2015.8.07.0018 - <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900978754/231410320158070018-segredo-de->**

justica-0023141-0320158070018, acesso em: 20/11/2021.

_____, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo TJSP**: AI: 20373598120228260000 SP 2037359-81.2022.8.26.0000, Relator: Ademir Modesto de Souza, Data de Julgamento: 30/03/2022, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/03/2022). Acesso em 03/04/2022.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais TJMG: 000.196.455-0/00 – 2ª Camara Cível – Rel Des. Abreu Leite – DJMG 30/03/2022).**

Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 05 de jan. de 1916. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em 17 de agosto 2021.

Lei 9.278 de 10 de maio de 1996. Lei da União Estável. Publicada no Diário Oficial da União de 13 de maio de 1996. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm> Acesso em 15 de agosto. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XXI.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

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

PEREIRA, rodrigo cunha. **Concubinato e União Estável**, 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte. Del rey 2004.

PUBLICA DIREITO.
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec62f93b5e03666f>. Acesso em 12/03/2022.

RODRIGUES, O. P. **A família decorrente do casamento e sua repercussão no Código Civil de 2002**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo, 2005.

RODRIGUES, S. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25. Ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

RUGGIERO, R. de. **Instituições de Direito Civil: introdução e parte geral: direito das pessoas**. 3. ed. Italiano por Ary dos Santos. São PAULO: Saraiva, 1971, v.1.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. "**Amor e Família Homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF**". Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727> Acesso em: 19/05/2011.

STOLZE, pablo gagliano. PAMPLONA, Rodolfo filho. **Manual de Direito Civil**. 20 ed. São Paulo. Saraiva. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277 DF, em: em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 05/11/2021.

TASSINARI CARDOSO, Simone. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhas dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. Disponível em: Acesso em: abril o de 2022.

VITALE, Maria Amália Faller. **Famílias monoparentais: indagações**. In: **Revista Serviço Social & Sociedade** nº 71 Especial Famílias. São Paulo: Cortez, 2002.