



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA DE OLIVEIRA BASTOS

**DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE SUA FLEXIBILIZAÇÃO EM PROL DA PROTEÇÃO
E PRIORIDADE MÁXIMA INFANTO-JUVENIL**

Salvador

2022

RENATA DE OLIVEIRA BASTOS

**DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE SUA FLEXIBILIZAÇÃO EM PROL DA PROTEÇÃO
E PRIORIDADE MÁXIMA INFANTO-JUVENIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Dr. Camilo Colani.

Salvador

2022

RENATA DE OLIVEIRA BASTOS

**DIREITO REAL DE HABITAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE SUA FLEXIBILIZAÇÃO EM PROL DA PROTEÇÃO
E PRIORIDADE MÁXIMA INFANTO-JUVENIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2023

Aos meus pais, Lindbergue e Carla, e
à memória do meu tio, Cláudio
Henrique.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao Prof. Camilo Colani, meu orientador, por todos os conselhos que auxiliara na construção do presente trabalho e por estar sempre presente para me ajudar durante o processo.

Também gostaria de agradecer ao Prof. Cristiano Chaves, por ter me despertado paixão por direito das sucessões e por, ainda que no início do projeto, aceitar ser meu orientador e se predispor a auxiliar no que eu precisasse. E à Prof.^a Ana Thereza Meirelles pelo auxílio e pelas orientações na disciplina de Projeto de Monografia.

Agradeço também à toda a equipe da Faculdade Baiana de Direito, desde o corpo diretivo, docentes e coordenadores, à equipe administrativa, funcionários da limpeza e da segurança.

Agradeço, acima de tudo, aos meus pais, familiares, por todas as oportunidades e incentivos ao longo da minha vida, ao meu namorado por ter sido um grande apoio nessa fase final da minha graduação, e aos meus amigos que tornaram essa jornada mais leve e prazerosa.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar sobre o atual cenário legislativo acerca do direito real de habitação, seus conceitos e aplicabilidade no direito das sucessões, através de um olhar não apenas protetivo ao cônjuge sobrevivente, mas, também aos demais herdeiros, principalmente os herdeiros mirins. Será apresentado o contexto histórico do direito real de habitação, os motivos que lhe originaram, bem como o cenário que entrou em vigência. Em paralelo, será analisada a sua aplicabilidade, conjuntamente com suas características, como a vitaliciedade e incondicionalidade, estas que podem desencadear confronto com os direitos infanto-juvenis. No que tange a esses últimos direitos, será também apresentado um contexto histórico, bem como as legislações nacionais e internacionais que proporcionaram a atual proteção integral, prioridade máxima, bem como o princípio do melhor interesse do menor. Assim, com a presença de referidos direitos o mais razoável é a adoção de um juízo de ponderação que avalie caso a caso para determinar qual direito deve prevalecer (os direitos infanto-juvenis ou o direito à moradia, contemplado pelo direito real de habitação). Ademais, já existem precedentes que apoiam referido método, tendo em vista que, por serem mais vulneráveis, os descendentes menores de idade também precisam de amparo em um momento de perda de seus genitores, por serem dependentes a eles e, assim, restam desamparados com a impossibilidade de usufruir o bem imóvel deixado, em razão do direito à moradia do cônjuge sobrevivente, este que não é absoluto. Assim, já se encontra um projeto de lei que visa referidas modificações no Código Civil, este que será apresentado conjuntamente.

Palavras-chave: Direito real de habitação; direitos infanto-juvenis; proteção integral; prioridade máxima.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ONU	Organização das Nações Unidas
TJ	Tribunal de Justiça
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	13
2.1	CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	13
2.2	DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO E SEUS POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE CÔNJUGES E DESCENDENTES	19
2.3	O JUÍZO DE PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO	26
3	A PROTEÇÃO INFANTO-JUVENIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO	32
3.1	A EVOLUÇÃO DA POSIÇÃO INFANTO-JUVENIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO	32
3.2	A PROTEÇÃO E PRIORIDADE MÁXIMAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ECA	40
3.2.1	O princípio do melhor interesse	41
3.2.2	A prioridade absoluta	45
3.2.3	A proteção integral	47
4	PRECEDENTES	49
5	PROJETOS DE LEI	59
6	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas os modelos familiares sofreram grandes transformações. O modelo patriarcal ficou no passado, conjuntamente com diversos costumes e a chamada popularmente “família tradicional”. Uma das principais mudanças que geraram referidas transformações foi a possibilidade de divórcio e sua conseqüente popularização. Pais e mães se divorciando e iniciando novas famílias com novos companheiros e, assim, gerando novos filhos. As antigas rígidas famílias foram desestruturadas e tornam-se atualmente cada vez mais heterogêneas.

Na ciência do direito, é entendido e adotado que o direito é um instrumento de regulamentação social e que deve estar em constante acompanhamento da evolução da sociedade e seus costumes. Dessa forma, tendo em vista a mudança legislativa sobre a concessão do divórcio, a partir da Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977 e a sua conseqüente aderência cada vez maior da sociedade, deve-se o legislador se atentar para as normas que ainda vão de encontro com a atualidade.

Neste tocante, pode-se falar do direito das sucessões. O direito sucessório é uma matéria do direito que visa à continuidade das relações patrimoniais diante da morte de um ente querido, o qual tinha bens a serem deixados com a sua partida. Trata-se de um instituto que tem como função social a transmissão/sucessão de referidos bens para os herdeiros do *de cuius*, a fim de que estes continuem as relações patrimoniais em prol da economia.

Contudo, existem diversas prolemáticas a respeito de como a legislação definiu a divisão dos bens deixados pelo *de cuius*, tendo em vista que a figura do cônjuge sobrevivente, a partir do Código Civil de 2002, foi colocada em uma posição exarcebadamente privilegiada, menosprezando os descendentes diretos, que são os descendentes, os quais, por derradeiro, encontram-se com o direito de herança, previsto na Constituição Federal de 88, evidentemente prejudicado, afinal, como foi dito anteriormente, com a popularização do divórcio e a estrutura cada vez mais heterogênea das famílias, comumente os filhos do *de cuius* não são filhos do cônjuge sobrevivente.

Nesse diapasão, referida situação legislativa proporcionou e ainda

proporciona diversos embates doutrinários acerca do pedestal no que foi colocado o cônjuge e mais recentemente, o companheiro, no direito sucessório, tendo em vista que concorrem na sucessão com os descendentes e ascendentes, sendo, pode-se dizer, o principal sucessor. E um dos institutos que é alvo desses referidos debates é o direito real de habitação, o qual concede aos viúvos o direito de residir no imóvel deixado pelo *de cuius*, onde constituíam família, de forma vitalícia, incondicionada e gratuita, independente do regime matrimonial¹.

Em paralelo a este cenário sucessório, temos o cenário de garantias das crianças e adolescentes. Afinal, outra mudança que permitiu que velhos costumes ficassem no passado, foi a definição de direitos dos menores. Estes que antes eram colocados à margem da sociedade, desprovidos de garantias e de proteção da família e do Estado, atualmente possuem um grande escudo de direitos em prol da sua proteção e desenvolvimento, graças aos tratados internacionais que iniciaram o movimento e, atualmente, à Constituição Federal de 1988 e ao ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dentre os direitos acertadamente definidos para o amparo das crianças e adolescentes, está o direito a proteção e o direito à prioridade máxima infanto-juvenil no ordenamento jurídico brasileiro. São pessoas ainda em fase de desenvolvimento e, por isso, vulneráveis em comparação aos demais e que, assim, necessitam ser atendidas como prioridade, através do princípio da prioridade dos interesses do menor, e de proteção, que deve ser fornecida, principalmente pela família e pelo Estado.

Nessa perspectiva, pode-se analisar que pode existir um desencontro entre as garantias infanto-juvenis e o direito real de habitação, no âmbito sucessório. Afinal, com o usufruto do bem imóvel sendo concedido ao cônjuge sobrevivente que, ressalte-se novamente, muitas vezes não é o genitor dos filhos herdeiros, estes últimos encontram-se com seus direitos de proteção e prioridade prejudicados, pois não podem usufruir do bem, mesmo que para sua subsistência, já que este encontra-se sob a posse do cônjuge.

Referida problemática vai mais além pelo direito real de habitação ser um direito vitalício, incondicionado e gratuito. Ou seja, encerra-se o direito real

¹ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

apenas com a morte do cônjuge possuidor, além deste poder ter a possibilidade de casar-se novamente, constituir nova família, possuir outro bem imóvel e, ainda assim, ter o direito de residir no imóvel deixado pelo *de cujus*, sem o filho menor, ou mesmo maior, ter a possibilidade de tomar posse ou utilizá-lo para as suas necessidades.

Assim, referido tema possui uma relevância jurídica no que tange à adequação de referido direito real às normas constitucionais, tendo em vista que fere diretamente o direito de proteção e prioridade máxima prevista na Constituição, em relação às crianças e adolescentes, em razão da sua vitaliciedade e incondicionalidade – características que ultrapassam a necessidade de moradia, tornando o direito real de habitação um direito abusivo em face dos herdeiros do imóvel.

Nesse espectro, a relevância jurídica de referido tema perpassa o mero dano alheio, uma vez que contradiz a proteção concedida às crianças e adolescentes, estes que, por muitas vezes, não são filhos do cônjuge sobrevivente e restam prejudicados por não poder usufruir o bem herdado. Assim, trata-se aqui de uma violação à norma constitucional, a qual deve se sobrepor às demais leis e, por isso, a aplicabilidade do direito real da habitação necessita ser revisitada.

Ademais, o direito das famílias e das sucessões são, sobretudo, direitos sociais, os quais necessitam estar em constante acompanhamento às evoluções sofridas pela sociedade. Dessa forma, a relevância social do presente artigo é, justamente, a proteção das crianças e adolescentes prejudicados pelo direito real da habitação e, que, mesmo necessitando do bem herdado para a sua subsistência, ficam a mercê do cônjuge sobrevivente.

Trata-se aqui da evolução familiar, tendo em vista que a sociedade evoluiu e o divórcio tornou-se costumeiro, e a proteção infanto-juvenil diante de referido cenário, pois muitos não são filhos do cônjuge sobrevivente. Dessa forma, as crianças e adolescentes restam prejudicadas diante de referida norma, mesmo que necessitem de referido bem herdado para sua subsistência, o que é um aspecto social que merece ser analisado.

Ademais, não há dúvidas que o direito das sucessões é um direito que intervém diretamente no âmbito social, tendo em vista que lida diretamente com entidades familiares. A pretensão da presente pesquisa é analisar sobre a

possibilidade de flexibilização do direito real da habitação, este que se mostra ser um instrumento inflexível e antiquado no direito sucessório, pois não acompanha a evolução do modelo familiar e prejudica diretamente o direito daqueles que são considerados como máxima prioridade pela Constituição Federal de 1988: as crianças e adolescentes.

Assim, pretende-se no presente artigo analisar as características do direito real da habitação, a vitaliciedade e incondicionalidade, os quais ferem diretamente os herdeiros infanto-juvenis, que são constitucionalmente concedidos à prioridade e devem ser garantidos à proteção aos seus direitos fundamentais, como educação, lazer, saúde, etc... Estes que não são usufruídos com louvor, já que não podem herdar o que lhes é de direito, restando prejudicados em face do cônjuge sobrevivente, que por muitas vezes não é sua mãe/pai.

2 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Como foco da problemática, não poderia começar o presente trabalho de outra maneira além de abordar acerca do direito real de habitação, este que, além de ter origem nos direitos reais, tem presença marcante no direito das sucessões, provocando debates como este, no que tange à sua aplicabilidade e características que, apesar de visarem contemplar o direito fundamental à moradia dos cônjuges sobreviventes, acabam tendo um grande desencontro com demais direitos e princípios constitucionais, como os infante-juvenis, foco do presente debate.

2.1 CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

De início, em prol da didática do presente trabalho, faz-se necessária uma análise acerca dos direitos reais, que são a origem do direito real de habitação. Assim, o direito das coisas trata-se de normas que “regulam as relações jurídicas entre os indivíduos e as coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do direito e a coisa sobre a qual o direito recai, criando um dever jurídico para todos da sociedade”². Ou seja, são as normas que vinculam os sujeitos e as coisas de direito.

O direito das coisas possui alguns princípios norteadores para seu funcionamento, são eles: o princípio da taxatividade (os direitos reais admitidos devem estar expressamente previstos em lei) e tipicidade (o fato deve se encaixar perfeita e estritamente com o dispositivo normativo), pois os direitos reais não podem ser criados a partir da vontade das partes, devendo estar vinculadas com disposição jurídica preexistente³. Dessa forma, é inviável a criação de novos direitos reais sem sua previsão expressa em lei, além do fato ensejador do direito dever se encaixar nos moldes que a legislação determina.

Com fulcro no princípio da taxatividade, as possíveis modalidades de direitos reais estão previstas no art. 1.225, do Código Civil, sendo elas:

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

² WALD, Arnold. Direito Civil: Direito das coisas, v. IV, p. 1.

³ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, p. 965.

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; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso; e

XIII - a laje.

Dentre referidas hipóteses, como se pode constatar, estão os direitos de uso, usufruto e habitação, que serão os direitos mais relevantes para o presente trabalho e sendo estes, também, os mais restritos, garantindo o direito de gozo da coisa.

Partindo da primeira modalidade exemplificada e a que origina as demais hipóteses, o direito de usufruto é um direito real pautado no direito de usar e gozar de coisa alheia. Ou seja, na lição de Carlos Alberto Gonçalves, “é o direito de usar de uma coisa pertencente a outrem e de perceber-lhe os frutos, ressalvada sua substância”⁴. Assim, trata-se de um instituto mais abrangente, em que o usufrutuário tem o direito de posse, podendo, além de usar a coisa, usufruir e colher os frutos da mesma, mas tendo o dever de preservar a integridade do bem, como dispõe o art. 1.394 do Código Civil⁵.

Já o direito de uso é um pouco mais restrito, possui as mesmas características do usufruto, contudo, a posse do bem não é feita de forma plena, sendo apenas aproveitada estritamente para suprir as necessidades do possuidor e de seus familiares, como dispõe o art. 1.412 do Código Civil:

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

⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro, 14ª ed. 2019, p. 486.

⁵ Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.

Assim, o direito de uso concede ao seu titular um usufruto restrito, enquanto o usufrutuário tem o direito de usar e perceber os frutos plenamente, o direito de uso concede apenas a posse do bem, não estando incluídos os seus frutos, portanto.

Em terceiro lugar, há o direito real de habitação, o qual possui, conceitualmente, grande semelhança com as demais modalidades, contudo, é o direito mais restrito da tríade citada. O direito real de habitação pode ser também considerado como um subtipo do direito de usufruto⁶. Dessa forma, pode-se conceituar referido direito como o instituto que “assegura ao seu titular o direito de morar e residir na casa alheia.

Referido direito tem, conforme Carlos Alberto Gonçalves, portanto, destinação específica: “servir de moradia ao beneficiário e sua família. Não podem alugá-la ou emprestá-la”⁷. Trata-se aqui de um direito temporário e personalíssimo, o qual tem sua aplicabilidade em *ope legis* (por força de lei, sendo o titular desse direito chamado de legatário), e que possui como objeto bens imóveis.

O direito real de habitação, como será mais aprofundado a seguir, tem grande presença no direito das sucessões, tendo em vista que este é um direito concedido ao cônjuge sobrevivente, em caráter hereditário, de residir no imóvel deixado pelo *de cuius*, de forma vitalícia, incondicionada e gratuita, até o momento que o possuidor falecer. Dessa forma, é uma subespécie de usufruto, pois, mesmo que não seja o proprietário do imóvel, torna-se possuidor, dotando do direito de residir, contudo, sendo proibida a utilização do imóvel para fins financeiros, como locação, através do artigo 1.414 do Código Civil:

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.

Abrindo um breve parêntese, no que tange ao companheiro sobrevivente, houve grandes discussões se referida figura sucessória teria direito ao direito real de habitação, como tem o cônjuge sobrevivente. O entendimento inicial era de que, em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96 não ter sido revogado pelo Código Civil de 2002, seria aplicado, então, referida legislação aos

⁶ CHAVES, Cristiano. Direito Civil, Sucessões. Editora Juspodvm, v. 7, 2017, p. 333.

⁷ GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro, 14ª ed. 2019, p. 518.

companheiros sobreviventes⁸, leia-se:

Art. 7º Dissolvida a união estável por recisão, 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.

Contudo, a supracitada norma não pareceu justa em comparação ao artigo 1.831, do CC⁹, o qual não determina limitação acerca da constituição de nova entidade familiar, sendo um direito vitalício e incondicionado, enquanto para o companheiro seria um direito vitalício e condicionado.

Assim, diante da dualidade normativa, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu em Recurso Especial nº 1.249.227/SC que o direito real de habitação dos companheiros deveria ser aplicado nos mesmos moldes do direito real de habitação dos cônjuges sobreviventes, em consonância com a Constituição Federal, leia-se:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O Código Civil de 2002 regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando, assim, as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Portanto, é descabido considerar que houve exceção apenas quanto a um parágrafo. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a

⁸ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Sucessões, 8ª edição. Editora: Juvpodium, 2022, p. 387.

⁹ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido pelo seguro de vida do falecido resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão. 5. Ademais, o imóvel em questão adquirido pela ora recorrente não faz parte dos bens a inventariar. 6. Recurso especial provido.

(STJ, Ac. 4ª T., Resp. 1.249.227/SC, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 17/12/2013, DJE 25/03/2014)

Posteriormente, o STF também decidiu no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG que o até então sistema sucessório dos companheiros era inconstitucional e que, assim, deveria o art. 1.831 do CC ser aplicado analogicamente para os companheiros. Dessa forma, foram sanadas todas as dúvidas e o direito real de habitação é aplicado também aos companheiros de forma vitalícia e incondicionada. Segue abaixo ementa da decisão:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.

(STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 878.694/MG, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tema 809, j. 10/05/2017)

Fechando parêntese e seguindo adiante, como se sabe, a legislação que determina o direito real de habitação é o art. 1.831 do Código Civil de 2002, contudo, há previsão no art. 1.416 dispondo que serão aplicadas a referido direito real as legislações que tratam do usufruto, ou seja, o art. 1.410, do Código Civil. Dessa forma, de maneira suplementar, este último dispositivo traz em seu conteúdo as hipóteses de exclusão dos direitos de usufruto, sendo eles aplicáveis ao direito de habitação, com exceção à extinção pelo não uso¹⁰, são elas:

¹⁰ BLIKSTEIN, Daniel. Direito Real de Habitação na Sucessão Hereditária. PUC/ São Paulo. p. 105.

Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:

I - pela renúncia ou morte do usufrutuário;

II - pelo termo de sua duração;

III - pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer;

IV - pela cessação do motivo de que se origina;

V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2ª parte, e 1.409;

VI - pela consolidação;

VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395;

VIII - Pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399).

Ressalte-se que o direito real de habitação, por ser um direito personalíssimo, não pode ser cedido para terceiros, além de não poder exercer atividade diversa da de residir, como, por exemplo, atividades de locação, empréstimos ou para fins comerciais, como dispõe o art. 1.414 do Código Civil de 2002, sobre pena de extinção de referido direito e devolução do mesmo ao proprietário:

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.

Ademais, cabe destacar que esse direito é um dos meios utilizados para que seja garantida a proteção à moradia, conjuntamente com o objetivo de garantir a manutenção do patrimônio familiar. Ou seja, é um instrumento que efetiva referido direito constitucional, assegurando que o cônjuge possa continuar habitando no imóvel até então residido conjuntamente com o *de cujus*, mesmo após o falecimento do mesmo.

A Carta Magna prevê em seu artigo 6º¹¹ que a moradia é um direito fundamental, o qual é dever do Estado e da sociedade a garantia do mesmo.

¹¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Com fulcro neste dispositivo, surge o direito real de habitação como medida que visa a proteção de referido direito fundamental, especialmente para quem residia no imóvel, mas não era proprietário do bem. Dessa forma, mesmo após a abertura da sucessão, em que o cônjuge não sucederia o imóvel (hipótese, por exemplo, do regime de separação obrigatória de bens), poderá continuar residindo de forma segura e estável.

2.2 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO E POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE CÔNJUGES E DESCENDENTES

O direito sucessório é uma das vertentes do direito civil que visa à continuidade das relações patrimoniais de alguém que falece, transferindo a propriedade para seus herdeiros e assim, proporcionando a continuidade das relações jurídicas. Trata-se, nos dizeres de Maria Helena Diniz, de “um complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do de cujus ao herdeiro”¹².

Pode-se dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, em que, para doutrinadores como Cogliolo¹³, é um direito fundado na propriedade e na família, onde há uma continuação biológica entre o falecido e seus sucessores, para que a propriedade não perca um dos seus principais caracteres, a perpetuidade.

Ademais, a herança é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, XXX. O dispositivo supracitado visa contemplar a função social da herança, qual seja, a garantia de distribuição de riqueza deixada pelo falecido, assegurando que os herdeiros não de receber o patrimônio deixado, criando-se, portanto, a transmissão automática no momento do falecimento do indivíduo para os seus sucessores, fenômeno este de origem francesa, nomeado de *droit saisine*, previsto no art. 1.784 do Código Civil de 2002.

Trata-se aqui de um dos principais princípios do direito das sucessões, Rodolfo Pamplora e Pablo Stolze lecionam:

Consiste o *Droit Saisine* no reconhecimento, ainda que por ficção

¹² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões. 33ª edição, editora Saraiva, 2019, p. 17.

¹³ COGLIOLO, Filosofia de direito privado, p. 298 *APUD* DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões. 33ª edição, editora Saraiva, 2019 p. 19 e 20.

jurídica, da transmissão imediata e automática do domínio e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, no instante da abertura da sucessão¹⁴.

Com fulcro nesses fundamentos do direito sucessório, surgem as modalidades de sucessores, estes para os quais são transferidos os bens do *de cuius*. Nessa perspectiva, dentro dos modelos de sucessões, há a sucessão legítima, que são os sucessores expressamente previstos em lei, tendo estes direito a pelo menos 50% do montante deixado pelo falecido, e os sucessores testamentários, que, mesmo não incluídos no rol dos sucessores legítimos, podem herdar patrimônio por meio do testamento deixado escrito, com o limite de 50% dos bens.

No que tange aos herdeiros legítimos, foco do presente trabalho, leia-se a legislação vigente:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

A ordem dos incisos da supracitada lei não foi colocada ao acaso. Na abertura da sucessão há uma ordem de vocação hereditária para suceder o patrimônio deixado. Pode-se dizer, como fez Maria Helena Diniz, que é uma “distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, baseada nas relações de sangue”¹⁵ e que, assim, se incidir o direito sucessório da primeira classe, a segunda não herdará, assim como se não houver parentes da classe anterior, a posterior terá direito à sucessão.

Também pode-se perceber que a figura do cônjuge está majoritariamente presente na sucessão do *de cuius*, estando como principal figura sucessória, concorrendo com os descendentes, ascendentes e, por vezes, herdando todo o patrimônio.

¹⁴ PAMPLONA, Rodolfo e STOLZE, Pablo. Novo Curso de Direito Civil, 4ª edição, p. 60.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões. Editora Saraiva, 2019, p. 126.

Contudo, nem sempre foi assim. O Código Civil de 1.916 previa apenas a participação do cônjuge na abertura da sucessão em caso de ausência de descendentes ou ascendentes, além de que em tempos mais distantes já fora colocado na ordem de vocação em uma posição abaixo dos parentes colaterais.

Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados (at. 1611).

(...) Mas nem sempre foi assim. No direito pré-codificado, os colaterais até o décimo grau tinham primazia sobre o cônjuge sobrevivente¹⁶.

Dessa forma, foram concedidos direitos que não permitissem tamanho desamparo ao cônjuge sobrevivente, os quais foram o usufruto vidual e o direito real de habitação, sendo assim também chamados de “direitos sucessórios paralelos” por Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze¹⁷.

Entretanto, o Código Civil de 2002 a partir de sua vigência determinou uma grande reviravolta: passou a incluir o cônjuge em três incisos da legislação de herdeiros legítimos, podendo ser considerada, para além de uma compensação pela norma anterior, a qual não os amparava, em uma verdadeira mudança que beneficia avassaladoramente o cônjuge/companheiro.

Apesar de ter posicionamentos doutrinários que apontam a inclusão do cônjuge na legítima foi a atitude mais acertada, “pois a afeição e a intimidade entre marido e mulher não são inferiores ao da consanguinidade”¹⁸, como defende Maria Helena Diniz, doutrinadores, como Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, questionam veementemente a posição desnecessariamente privilegiada concedida ao cônjuge sobrevivente, tendo em vista que, mesmo em regime de separação obrigatória de bens, este é eleito herdeiro necessário/legítimo na abertura da sucessão:

Seguramente, o sistema sucessório desenhado para o cônjuge teve uma em mira a arquitetura da unicidade casamentária, considerada a sua insolubilidade e o fato de ser o único modo de constituição de um núcleo familiar. Não se imaginou que o deferimento de herança para o cônjuge exige a retirada de herança dos filhos do falecido. (...) No entanto, esta nova fase das relações familiares, consagrado, em sede constitucional, o princípio da multiplicidade de núcleos familiares, a

¹⁶ MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões, 33ª edição. Editora: Saraiva, 1999, p. 74 e 75.

¹⁷ PAMPLONA, Rodolfo e STOLZE, Pablo. Novo Curso de Direito Civil, 4ª edição. Editora: Saraiva, 2017, p. 228.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões. Editora Saraiva, 2019, p. 150.

ordem jurídica tem de reconhecer a possibilidade de reconstrução de núcleos familiares (como nos exemplos de divórcio e união estável), protegendo novas entidades formadas por pessoas que, anteriormente, compunham outras famílias.¹⁹

Diante de tal mudança, para além da problemática da pluralidade de famílias, há, de fato, um debate que circula em volta da intervenção estatal na autonomia privada do *de cuius*, este que, quando opta por regime de separação total de bens, de certo prioriza que seu patrimônio seja direcionado para seus descendentes, “os destinatários naturais”, como os supracitados autores lecionam.

Ademais, ainda pode-se falar em demais benefícios concedidos em lei, como o direito real de habitação, o qual foi criado visando amparar os cônjuges claramente ignorados pela legislação do CC de 1916, mas que mesmo com a vigência do Código Civil de 2002 e a drástica mudança legislativa, ainda é concedido e aplicado da mesma forma que era aplicado há mais de 30 anos, ignorando completamente as mudanças familiares ao longo desse tempo.

Explicando melhor, contextualmente, sobre o referido direito, este ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a vigência da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, na presidência de João Goulart. Referida lei, que também era conhecida como Estatuto da Mulher Casada, visava conceder à mulher benefícios em razão da relação matrimonial com seu marido, tendo em vista que na antiguidade as mulheres não possuíam o direito de suceder. Contudo, referido direito real não abarcou somente as mulheres, atendendo, também, aos homens, favorecendo o cônjuge de forma geral, contudo, com a exigência de que o matrimônio deveria ser obrigatoriamente do regime universal de bens²⁰.

A vigência da Lei nº 4.121/62 trouxe no art. 1.611 a previsão expressa sobre o direito real de habitação e o direito de usufruto viual, em seus dois parágrafos subsequentes. Leia-se:

Lei no. 4.121, de 27 de agosto de 1962.

Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

(...) Art. 1º Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código do Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

¹⁹ CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Sucessões. V. 7, Editora: Jusvpodium, 2017, p. 301.

²⁰ BLIKSTEIN, Daniel. Direito Real de Habitação na Sucessão Hereditária. PUC/ São Paulo. p. 192.

I – Código Civil:

(...)

"Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

§ 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 filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus".

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação (sic) relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Referida novidade legislativa foi um grande passo dado em direção às garantias que as mulheres ocupam/possuem atualmente. Contudo, o direito real de habitação sofreu fortes críticas em razão da sua limitação aos casamentos realizados sobre o regime de comunhão universal de bens, limitação esta que não sobreviveu em razão da vigência da Lei nº 9.278/96, a qual não previu restrições sobre regimes matrimoniais²¹.

Após referida trajetória legislativa, o direito real de habitação encontra-se atualmente tutelado pelo art. 1.831 do Código Civil de 2002, este que prevê a aplicação de referido direito independente do regime matrimonial; no seu caráter personalíssimo; sem prejuízo da participação na herança; sendo um direito aplicado ao imóvel destinado à residência da família, quando for o único a inventariar:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Cabe ressaltar que o Código Civil de 2002 não faz qualquer ressalva a respeito da necessidade de continuidade do *status* da viuvez, ao contrário do Código Civil anterior, para aproveitamento do direito real de habitação, pois faz jus a uma de suas características, qual seja, a incondicionalidade. Trata-se de uma particularidade em que o titular "permanecerá residindo no imóvel em que o

²¹ BLIKSTEIN, Daniel. Direito Real de Habitação na Sucessão Hereditária. PUC/ São Paulo. p. 197.

casal fixou o lar até que venha a falecer, mesmo que constitua nova entidade familiar”²².

Contudo, dentre as hipóteses de exclusão do direito real de habitação, que foram abordadas anteriormente, leia-se no art. 1.410 do Código Civil que há exclusão quando houver a “cessação pelo motivo que se origina”, no inciso IV²³. O inciso apontado faz parte da problemática do presente trabalho, tendo em vista que, ainda que constitua nova família após o falecimento do *de cujus*, o cônjuge sobrevivente ainda pode continuar residindo no imóvel que é fruto do direito real de habitação, mesmo com a extinção do seu status de viuvez.

Pode-se perceber que há uma clara contradição com a norma supracitada, tendo em vista que o motivo pelo qual foi originado o direito debatido – a viuvez – foi extinto, não sendo coerente, portanto, o prolongamento do direito real de habitação mesmo após a celebração de nova relação matrimonial. Esse pensamento é compartilhado com Daniel Bliskem:

Melhor seria que o direito real de habitação cessasse com o fim da viuvez, visto que quem constitui nova união ou novo casamento, presumidamente, deve ter condições de subsistência da nova família e não embarçará o direito de propriedade dos demais sucessores²⁴.

Para além da incondicionalidade, pode-se falar também em uma segunda característica polêmica do direito de habitação: a vitaliciedade. Segundo referida natureza do direito debatido, o cônjuge sobrevivente, titular do direito real, possuirá a garantia de residir no bem deixado até o momento do seu falecimento, mesmo que possua outros imóveis aptos para morar. Assim, ao falecer, o imóvel não será direcionado para seus herdeiros, mas sim volta para a propriedade plena dos proprietários.

²² CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Sucessões, 8ª edição. Editora: Juvpodium, 2022, p. 362.

²³ Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:

I - pela renúncia ou morte do usufrutuário;

II - pelo termo de sua duração;

III - pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer;

IV - pela cessação do motivo de que se origina;

V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2ª parte, e 1.409;

VI - pela consolidação;

VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395;

VIII - Pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399).

²⁴ BLIKSTEIN, Daniel. Direito Real de Habitação na Sucessão Hereditária. PUC/ São Paulo. p. 211.

necessidade de olhar para demais sujeitos que podem vir a ser lesionados.

Trata-se, portanto, de uma necessidade de mudança legislativa, tendo em vista que o direito fundamental à moradia não é absoluto, para que o direito real de habitação seja analisado por um juiz (*carater ope judicis*) e, assim, demais direitos sejam contemplados.

Os direitos infanto-juvenis, como será aprofundado a seguir, são um dos direitos que são negligenciados com a atual aplicação do direito real de habitação, tendo em vista que, por serem menores de idade, ainda em fase de desenvolvimento e conseqüente vulnerabilidade, além de que, em uma abertura de sucessão, perderam um pai/mãe, também necessitam de amparo em tal momento delicado. A Constituição Federal e o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – expressamente preveem a prioridade de seus interesses e a proteção máxima que deve ser proporcionada pelo Estado, sociedade e as famílias.

Ressalte-se que as entidades familiares atuais abarcam modalidades totalmente divergentes da época em que o direito real de habitação foi criado. A Lei do Divórcio, Lei 6.515/77, foi um divisor de águas no direito de família e direito brasileiro. A partir de referida legislação as modalidades familiares evoluíram consideravelmente, sendo corriqueiros os cenários de famílias com pais divorciados, com presença de madrastas, padrastos e meio-irmãos.

Levando em consideração a popularização de famílias cada vez mais heterogêneas, conjuntamente com a previsão constitucional junto com Estatuto da Criança e do Adolescente de que os direitos infanto-juvenis devem ser tratados com prioridade e protegidos, pode-se dizer que existe um conflito entre o direito do cônjuge, que seria o direito de habitação e os direitos das crianças e adolescentes herdeiras, que ficam impedidas de usufruírem do bem, ainda que em prol de sua subsistência, ferindo, assim, o princípio da prevalência dos interesses do menor²⁷.

2.3 O JUÍZO DE PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO

Dentro de um ordenamento jurídico eventualmente pode ocorrer conflitos entre normas ou entre princípios, de acordo com o caso em concreto. Robert

²⁷ MENDES. Moacyr. A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90. PUC/SP. p. 53.

Alexy²⁸ leciona que antes de ser feita a resolução de uma eventual tensão, deve-se, sobretudo, determinar a diferenciação entre regras e princípios.

Para Alexy, ao contrário das regras, as quais ou são cumpridas ou não são cumpridas, os princípios devem ser cumpridos da maior maneira possível, funcionando, portanto, de maneira qualitativa e sendo definidos pelo mesmo como “mandamentos de otimização”, em que os princípios podem ser satisfeitos em diversos graus, prezando-se sempre pro maior possível²⁹.

Com fulcro nessa diferenciação, a resolução da colisão entre regras e princípios também são divergentes. Enquanto as normas podem ser solucionadas com uma cláusula de exceção ou a invalidez de uma das regras, em relação aos princípios o solucionamento se dá através de uma relação de precedência condicionada, ou seja, haverá a precedência parcial de um princípio em face ao outro, dependendo das circunstâncias do caso em concreto. Dirley da Cunha leciona:

Exclui-se aqui a ideia de precedência incondicionada, pois nenhum princípio tem precedência absoluta sobre o outro. Assim, em face da relação de precedência condicionada, o princípio que não precedeu, ante as condições postas, cederá diante da aplicação do que precedeu. Mas, sob outras condições, é possível que se inverta a relação de precedência, de modo que o princípio que cedeu em face de condições anteriores prevaleça em razão de novas condições. Isso significa que, diante de um caso concreto e das condições existentes, os princípios se apresentam com pesos distintos, de modo que terá prevalência o princípio que maior peso revelar³⁰.

Assim, muito embora possa existir normas de diferentes pesos dentro da Constituição, como o princípio da dignidade humana, que é um dos princípios basilares de todo o ordenamento, a possibilidade de fixação de uma “hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los, por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico”³¹. Kátia Regina Maciel³² acrescenta:

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91 *APUD*. COLCCI, CAMILA. Princípio do Melhor Interesse da Criança: Construção Teórica e Aplicação Prática no Direito Brasileiro. FASESP, 2014, p. 43.

²⁹ CUNHA, Dirley. Curso de Direito Constitucional, 13ª edição. Editora: Juspodivm, 2019, p. 145 e 146.

³⁰ CUNHA, Dirley. Curso de Direito Constitucional, 13ª edição. Editora: Juspodivm, 2019, p. 146.

³¹ MENDES, Gilmar e GONET, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 10ª edição. Editora: Saraiva, 2015, p. 238.

³² MACIEL, Kátia Regina. Em Defesa Do Superior Interesse Da Criança Como Princípio Constitucional E Sua Interpretação Pelas Cortes Superiores No Brasil Nas Demandas De Relações Parento-Filiais. Revista do Ministério Público. MPRJ, nº 47, 2013, p 122 e 123.

No estudo de Ávila foram analisados quatro critérios distintivos entre regras e princípios: a) caráter hipotético-condicional (princípios apenas indicam os fundamentos a ser utilizado pelo aplicador para depois encontrar a regra para o caso concreto); b) modo final de aplicação (os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos); c) relacionamento normativo (o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento a ser solucionado pela ponderação, que atribua dimensão de peso a cada um deles) e, por fim, d) o critério do fundamento axiológico (princípios são fundamentos axiológicos para a decisão a ser tornada).

Dessa forma, a escolha de um juízo de ponderação para a resolução de conflitos fundamentais é pacificamente compreendida como a decisão mais acertada, sendo método mais acatado pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo um sopesamento entre os direitos conflitantes de acordo com o caso em concreto, fazendo prevalecer um direito parcialmente em face de outro.

Assim, conceitua-se o juízo de ponderação como uma técnica criada para situações em que se está diante de uma colisão entre dois ou mais direitos fundamentais. Consiste em uma análise dos princípios em questão, para que seja feita uma ponderação entre os mesmos, visando uma solução que minimize a restrição de um direito em relação ao outro, a partir de uma interpretação conjunta com as particularidades do caso em concreto.

Trazendo para o caso do presente trabalho, estar-se-á diante de uma situação conflituosa entre o direito fundamental à moradia, contemplado pelo direito real de habitação para os cônjuges sobreviventes, e os direitos infanto-juvenis, contemplados pelo artigo 227 da Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além de de tratados internacionais acordados com o Brasil, os quais determinam a proteção e prioridade máxima dos interesses dos menores. Cabe também ressaltar que o direito fundamental à herança também é ignorado com a aplicação do direito de habitação³³.

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

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXX - é garantido o direito de herança;

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Referido dispositivo (art. 227, CF/88), foi fruto de uma longa trajetória de construção legislativa para garantir que as crianças e adoelscentes sejam atualmente consideradas sujeitos de direitos. Referida trajetória trouxe consigo, também, o princípio do superior/melhor interesse dos menores, qual seja, o princípio que deve servir como bússula para todos dentro da sociedade, incluindo o Estado, exigindo-se que os interesses infanto-juvenis sejam analisados em todas as decisões e em todos os âmbitos possíveis quando uma criança ou adolescente estiverem envolvidos. Camila Colucci defende:

Por tudo quanto firmado, pode-se concluir que o princípio do melhor interesse é, na verdade, um macro princípio, localizando-se abaixo apenas da dignidade da pessoa humana. Isso significa que ele deve ser analisado primariamente, antes que se passe à análise de outros princípios. Além disso, resta claro que deve ele permear toda a produção, interpretação e aplicação do direito positivo. O melhor interesse paira acima dos demais princípios constitucionais: e isso porque a própria Constituição Federal impõe-lhe a primazia. Assim, pode-se dizer que, no ordenamento brasileiro, a dignidade da pessoa humana encontra-se em seu topo, logo seguida pelo princípio do melhor interesse da criança. Após, localizam-se os demais princípios e direitos fundamentais³⁴.

Referido tema será aprofundado em seguida, contudo, pode-se desde já perceber que diante da existência de uma previsão legislativa que dá às crianças e aos adolescentes uma atenção especial, em conjunto ao princípio da prioridade máxima, a qual deve ser garantida, dentre outros agentes, pelo Estado, identifica-se uma clara negligência sobre os herdeiros infanto-juvenis que são impedidos de usufruir do imóvel deixado pelo de cujus, em razão da aplicabilidade *ope legis* do direito real de habitação, sem existir uma análise criteriosa de um juiz.

Afinal de contas, as características que fazem parte de referido direito real (a vitaliciedade e incondicionalidade) permitem que o cônjuge, mesmo que possua outros imóveis e tenha nova entidade familiar, ainda resida no bem deixado até o momento de seu falecimento.

Ou seja, referido direito permite a existência de brechas em que, mesmo que o cônjuge não tenha a necessidade do caráter protetivo do direito real de habitação, uma vez que pode ter outros lugares para residir e que a construção de nova família pressupõe-se ter condições arcar com a sua subsistência e com

³⁴ COLUCCI, Camila. Princípio do Melhor Interesse da Criança: Construção Teórica e Aplicação Prática no Direito Brasileiro. FASESP, 2014.

os frutos do novo matrimônio, impessa os menores herdeiros de usufruírem do bem em prol de sua subsistência.

O presente posicionamento não deve ser confundido com uma visão de que o cônjuge deve ser retirado do seu lar em um momento tão doloroso como o da perda de seu companheiro/companheira ou em que em cem por cento das vezes não necessite da proteção que o direito real de habitação proporciona, contudo, há de ser feita uma análise caso a caso para que demais princípios fundamentais, não sejam negligenciados e colocados em segundo plano em comparação ao direito de moradia do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Trata-se, portanto, “episodicamente e causisticamente, de *superar, derrotar, a norma-regra, garantindo o império dos valores almejados pelo sistema* (nessa hipótese, a proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente)”³⁵.

Como foi exposto anteriormente, nenhum direito pode ser considerado como absoluto e, muito embora o direito real de habitação contemple o direito fundamental de moradia, essencial para a garantia do direito à dignidade humana, há a existência de outros princípios que também servem para garantir a dignidade, como o do art. 227, da CF/88.

Dessa forma, a aplicabilidade *ope judicis* (por decisão do juiz) torna-se a mais coerente e compatível com o modelo unitário da Carta Magna, para que o juiz, a partir da sua interpretação ao caso em concreto, decida qual direito deve prevalecer parcialmente, sem ignorar completamente um em face de outro, como tem ocorrido até então majoritariamente na jurisprudência brasileira. Vale a pena citar, a respeito do tema, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald para quem:

De qualquer modo, de lege ferenda, afigura-se-nos ideal uma alteração legislativa para afastar a concessão do direito real de habitação por força de lei (*ope legis*), indiscriminadamente a qualquer viúva ou viúvo. Para nós, a sua concessão deve ser *ope judicis*, por força de decisão judicial, a depender, das particularidades da viuvez, ali encartadas a situação patrimonial do sobrevivente, permanente ou transitória, e a própria situação material dos descendentes. Caberia ao magistrado, em cada inventário ou noutra demanda, conceder ao viúvo ou viúva o direito de continuar residindo no imóvel de lar do casal, de acordo com as circunstâncias do caso, evitando claras distorções e prejuízos aos descendentes – que não raro, não são filhos da viúva ou viúvo³⁶.

³⁵ CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Sucessões, 8ª edição. Editora: Juspodivm, 2022, p. 365.

³⁶ CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Sucessões, 8ª edição. Editora: Juspodivm, 2022, p. 367.

Claro que, conseqüentemente, a demanda judicial poderia crescer em grande escala em razão da necessidade da utilização de um juízo de ponderação aos que demandarem do poder judiciário. Contudo, não deve ser esquecido o direito de garantia de acesso à justiça³⁷, este que determina que nenhum direito deve ser ignorado. Dirley da Cunha defende:

Enfim, o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão ao direito. O controle judicial, portanto, deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça ao direito de alguém. Até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do Poder Judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial, sempre que se verifique uma ofensa ao direito³⁸.

A partir dos ensinamentos o supracitado autor, ainda que seja argumentado que a tese aqui defendida causaria aumento de demandas no poder judiciário, deve ser lembrado que a garantia de efetivação de direitos constitucionais e o acesso à justiça são sublimes para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, concluindo o presente tópico, a utilização de um juízo de ponderação que flexibilize a aplicabilidade do direito real de habitação é uma medida imprescindível, tendo em vista que, para além do direito fundamental à moradia, existem demais direitos que devem ser assegurados pelo Estado, dentre eles, os infante-juvenis, garantidos pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos tratados internacionais os quais o Brasil selou compromisso de cumprimento.

³⁷ 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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁸ CUNHA, Dirley. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição. Editora: Juspodivm, 2019, p. 647.

3 A PROTEÇÃO INFANTO-JUVENIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

No que tange à proteção infanto-juvenil no ordenamento jurídico, deve-se ressaltar que trata-se aqui de uma luta social. Para as crianças e adolescentes ocuparem o espaço social e legislativo que possuem atualmente, houve uma grande trajetória de luta pela proteção e zelo de referido grupo social, negligenciado por séculos e colocados à margem da sociedade. Dessa forma, para adentrar ao cerne do presente artigo é imprescindível, sobretudo, explicar o contexto que o debate pertence.

3.1 A EVOLUÇÃO DA POSIÇÃO INFANTO-JUVENIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

As crianças e adolescentes já foram, na história, muito negligenciados. Desde os primórdios das entidades familiares, na época do Direito Romano, era adotado o princípio do *patria potestas*, ou seja, um núcleo familiar paternalista, pautado no *jus vitae et necis*, que consistia no direito que os pais, chefes de família, possuíam de matar seus filhos, os expor e entregá-los como meio indenizatório³⁹. Assim, percebe-se que as crianças e adolescentes era totalmente negligenciadas nos núcleos familiares, tratadas como escravas e desprovidas de quaisquer direitos ou garantias.

Com o passar do tempo, os poderes conferidos ao chefe de família foram sendo restringidos, e a visão paternalista nas entidades familiares foi cada vez mais dirimida, tornando os pais os responsáveis por tutelar seus filhos, possuindo o poder como genitores, mas destinado apenas aos interesses e cuidados, como um *múnus público* (poder-dever) em relação aos seus filhos⁴⁰.

Referida evolução no tratamento e garantias infanto-juvenis foi feita a passos lentos e através de discussões internacionais. A proteção integral das crianças e adolescentes foi iniciada no ano de 1924 com a Liga das Nações⁴¹, através da Declaração de Genebra, em que, pela primeira vez na história, as

³⁹ MENDES. Moacyr. A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90. PUC/SP. p.12

⁴⁰ MENDES. Moacyr. A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90. PUC/SP. p. 14.

⁴¹ TAVARES, José de Farias. Direito da Infância e da Juventude. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 55-58.

garantias a serem concedidas aos grupos infanto-juvenis foram abertamente discutidas, sendo, mesmo de forma tímida, um grande avanço e primeiro passo para a construção de direitos, como se pode ler abaixo:

ASSIM, A ASSEMBLÉIA GERAL PROCLAMA esta Declaração dos Direitos da Criança, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios:

PRINCÍPIO 1º A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração.

Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

PRINCÍPIO 2º A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade.

Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

PRINCÍPIO 3º Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade.

PRINCÍPIO 4º A criança gozará os benefícios da previdência social.

Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais.

À criança terá direito a alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequadas.

PRINCÍPIO 5º À criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos

pela sua condição peculiar.

PRINCÍPIO 6º Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão.

Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

PRINCÍPIO 7º A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

PRINCÍPIO 8º A criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro.

PRINCÍPIO 9º A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

PRINCÍPIO 10º A criança gozará proteção contra atos que possam suscitar

discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza.

Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal e em plena consciência que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.

Após referido marco, em 1927 foi aprovado o Código de Menores, no Decreto de nº 17.943-A, o qual foi apresentado inicialmente por Mello Mattos em 1921, o qual gerou pela primeira vez o dever de assistência às crianças por parte do Estado, além de tirar os filhos da condição de submissos aos pais, para gerar certos deveres dos pais para com seus filhos⁴². Referido código, no seu art. 1º, definia que os menores de idade que seriam cobertos pela legislação deveriam ter menos de 18 (dezoito) anos, de ambos os sexos e que fosse delinquente ou abandonado.

Dessa forma, referida legislação abarcava apenas os menores que se encontrassem em situação irregular, abandonados, acusados de algum crime, e que, por isso, necessitassem de alguma assistência estatal. Assim, era um código extremamente restrito, e que, apesar de ser assistencialista, atuava mais no âmbito penal, onde apenas reprimia a situação de abandono parental ou a criminalidade infantil, sendo esta conhecida como a fase “direito penal do menor”⁴³, Camila Colcci explica:

Toda esta primeira etapa de legislação voltada à infância é vista como a fase do direito penal do menor, e isso porque, embora muitas das leis tratassem de proteção à infância, vê-se que estavam mais preocupadas com o viés penal da situação, já que a infância delinquente (bem como a abandonada) era reprimida, retirando-se as crianças das vistas da sociedade, institucionalizando-as. Não havia uma preocupação com a reinserção da criança na sociedade. A criança e o adolescente eram vistos “como ameaça à sociedade e o modelo vigente era o correccional repressivo, o qual se caracterizou pelos reformatórios para ‘menores infratores’”.

Após referida fase, em 1979, ocorreu a promulgação do Código de Menores, através da Lei nº 6.697/79. Assim, iniciou-se a segunda fase, a fase de situação irregular. Trata-se aqui ainda de crianças e adolescente em situação irregular (as demais crianças eram regidas pelas Varas de Família, através do

⁴² COLUCCI, Camila. Idem. P. 17.

⁴³ COLUCCI, Camila. Idem. P. 19.

Código Civil) que agora tornam-se responsabilidade do Estado, ainda institucionalizando-as, e as excluindo de convívio social, com a presença do caráter paternalista, insistindo-se na repressão⁴⁴. Andréa Amin explica:

Em resumo, a situação irregular era uma doutrina não universal, restrita, de forma quase absoluta, a um limitado público infante-juvenil.

(...)

Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas predefinía situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, “apagando incêndios”. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos⁴⁵.

Dessa forma, percebe-se que, apesar de ter um fim assistencialista, o Código de Menores era uma legislação extremamente segregatória, onde os direitos infante-juvenis eram limitados, não abarcando a todos, além de não amparar por completo as crianças e adolescentes que se encontram em situação vulnerável, agindo de forma corretiva da “mancha” que os menores irregulares causavam na sociedade, através de internatos, reformatórios e inexistindo “preocupação em manter vínculos familiares, até porque a família, ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular”⁴⁶.

Ademais, havia a figura do Juiz de Menores, este que era o responsável pela função jurisdicional e administrativa, que decidia as medidas a serem tomadas para a rede de atendimento. Contudo, haviam questionamentos e indefinições sobre até onde a sua competência alcançava.

Contudo, após a vigência da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o tratamento infantil se transformou por completo, onde inicia-se a terceira fase protetiva, qual seja, a fase de proteção integral. Trata-se aqui da fase atual do ordenamento jurídico brasileiro, onde a Carta Magna inclui em seu art. 227 todas as crianças e adolescentes indistintamente, ao contrário da legislação anterior, e com caráter preventivo (ao

⁴⁴ COLUCCI, Camila. Idem. P. 20.

⁴⁵ AMIN, Andréa. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

⁴⁶ AMIN, Andréa. Idem. P. 55.

invés de repressivo, como era com o Código de Menores), atuando na proteção infantil, em que as crianças e adolescentes devem ser vistas como prioridade máxima, em razão da sua vulnerabilidade.

Camila Colcci escreve que:

Nesta última fase, muda-se o paradigma, passando a crianças e adolescentes a serem tratados como sujeitos de direito, e não mais meros objetos, passíveis de proteção em caso de situação irregular, bem demonstrada pela tríade abandono, infração e carência⁴⁷.

Assim, as crianças e adolescentes, pela primeira vez, tornam-se sujeitos de direito, detentores de direitos fundamentais, em que se tem o Direito da Criança e do Adolescente, como direito universal, que abrange a todos e exigível.

Ressalte-se que com a vigência da Lei nº 8.069/90 trouxe muitas mudanças administrativas ao sistema que antes era adotado com o Juiz Menor, determinando o dever dos três poderes para garantir medidas assistencialistas, políticas públicas e assistência social para todas as crianças e adolescentes que se encontram em “situação de risco”, e não mais em “situação irregular”. Ainda trouxe consigo o princípio da descentralização político-administrativa, tornando o município, este que atuaria na linha de frente da comunidade, em conjunto com o Conselho Municipal de Direitos e o Conselho Tutelar, de acordo com o art. 88, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, deve-se ressaltar, sobretudo, a importância das legislações internacionais para referido avanço. Após a Liga das Nações, foi feita a Convenção de Genebra, em 11 de outubro de 1933, prevendo a proibição do tráfico de crianças e mulheres. Posteriormente, em 1948, na IX Conferência Internacional de Bogotá, foi construída a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, que apesar de não ter tratado diretamente sobre as crianças e adolescentes, no seu artigo XXX previu a obrigação de todos de amparar e auxiliar seus filhos menores de idade, trazendo uma nova visão social sobre referido grupo.

Importante trazer também sobre a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, declarada pela ONU em 29 de novembro de 1959, que foi um grande marco na luta infanto-juvenil, já que trouxe em seus artigos sobre a necessidade

⁴⁷ COLCCI, Camila. Idem. P. 21.

de proteção das crianças em razão da sua vulnerabilidade e fase de crescimento. Dessa forma, foram definidos 11 princípios básicos para os menores, são eles:

- Proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, 2º;
- Direito à nacionalidade, 3º;
- Benefícios à previdência social, criando-se com saúde, alimentação, recreação e assistência médica, 4º;
- Cuidados especiais às crianças com incapacidade física, mental e socialmente, 5º;
- Responsabilidade dos pais em um ambiente de afeto e segurança moral e material, não sendo apartada da mãe, salvo circunstâncias excepcionais, 6º;
- Educação gratuita e compulsória, 7º;
- Direito de brincar e distrair-se, idem, 2ª alínea;
- Direito de ser a primeira a receber proteção e socorro, 8º;
- Proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração, 9º;
- Proibido de empregá-la antes da idade mínima conveniente, 9º, 2ª alínea; Proteção contra atos que possam suscitar a discriminação racial, religiosa, ou de qualquer natureza; 10º⁴⁸.

Outrossim, ainda vale a pena trazer a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto San José da Costa Rica, de 1969, que foi aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 27, no ano de 1992, e que foi promulgada em pelo Decreto Executivo nº 678, em que no seu artigo 5º, item 5, prevê o tratamento judicial especializado em da menoridade, além do seu art. 19º, que traz a ideia de medidas de proteção a que têm direito as crianças (também os adolescentes), que são deveres da família, da sociedade e do Estado, princípio inserido no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

Moacyr Mendes, por sua vez, acerca dos demais tratados essenciais para a garantia de proteção e prioridade máxima infanto-juvenil, assevera:

De grande importância na história internacional dos direitos dos menores foi o de 1979, declarado Ano Internacional da Criança, tendo a Comissão de Direitos Humanos da ONU organizado um grupo de trabalho que preparou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, subscrita aos 20.11.2989, mais um passo de grande importância para a defesa internacional desses

⁴⁸ MENDES. Moacyr. A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90. PUC/SP, p. 18.

direitos, obrigando, inclusive, os países signatários, a adaptar suas normas à legislação interna, a qual era fundamentada em três princípios básicos inerentes aos menores, quais sejam, (i) a proteção especial como ser em desenvolvimento; (ii) o lugar ideal para seu desenvolvimento é a família, (iii) as nações obrigam-se a constituí-la como prioridade⁴⁹.

Assim, a partir dos diversos tratados internacionais citados anteriormente, estes ensejaram a construção da Constituição Federal de 1988, a dispor no seu art. 227 sobre a proteção e prioridade máxima infanto-juvenil, propondo o direito à vida, à liberdade, à saúde, alimentação, educação, lazer, dignidade, respeito, cultura, profissionalização, à convivência familiar e colocando-os a salvo de violências negligências, exploração, discriminação, crueldade e opressões. Além dos respectivos direitos, coloca como responsáveis pela proteção e prioridade infanto-juvenil a família, a comunidade, a sociedade e o Estado. Este último, muito importante para o presente estudo, tendo em vista que possui, pode-se dizer, o “munus” público, ou seja, o dever de promover e auxiliar às famílias as garantias previstas tanto na CF/8850.

Também deve ser ressaltada no presente trabalho a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente nessa luta por direitos e garantias infanto-juvenis. Referido estatuto teve seu início marcado em um projeto apresentado à Câmara dos Deputados, como projeto de Lei nº 1.506/89, pelo Deputado Nelson Aguiar⁵¹. O ECA veio, de fato, como instrumento legislativo que serviu para quebrar obstáculos até então enfrentados, tendo em vista que as crianças e adolescentes viviam em situação diversa da que necessitam para seu desenvolvimento.

Deste modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi considerado como fenômeno revolucionário no direito brasileiro, marcado pelo enfim equilíbrio do direito dos menores com os demais direitos da sociedade. Sílvia de Salvo Venozza opina:

A nova lei representou uma mudança de filosofia com relação ao menor. Desaparece a conceituação do “menor infrator”, substituída pela expressão

⁴⁹ MENDES. Moacyr. A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90. PUC/SP, p. 19 e 20.

⁵⁰ MENDES. Moacyr. A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90. PUC/SP. p. 23.

⁵¹ MENDES. Moacyr. A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90. PUC/SP. p. 27.

“proteção integral à criança e adolescente”, presente em seu art. 1º. Esse diploma, em 267 artigos, regula extensivamente a problemática assistencial social e jurídica do menor, inclusive vários institutos originalmente tratados pelo Código Civil, como a perda e suspensão do pátrio poder, tutela e adoção, que serão aqui examinados⁵².

Passou-se de um cenário em que os direitos infanto-juvenis não existiam, sendo tutelados apenas por dispositivos genéricos do Código Civil, para uma proteção específica, direcionada e universal, em que foram colocados como prioridade no ordenamento brasileiro, para além de dispositivos constitucionais, mediante um código próprio.

Os direitos infanto-juvenis são fruto de uma luta social secular, a qual obteve grandes conquistas na sua trajetória, mas ainda está longe de ser finalizada. Afinal, ainda existem algumas legislações que ferem os direitos das crianças e adolescentes, como sua proteção e prioridade máxima, prevista na Constituição Federal de 1988, mas que é negligenciada ao tratar-se do direito real de habitação, instituto dentro do direito sucessório.

3.2 A PROTEÇÃO E PRIORIDADE MÁXIMAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ECA

Os Direitos Humanos são uma conquista essencial para o exercício da dignidade da pessoa humana. Contudo, em um país como o Brasil, referidas garantias chegaram tardiamente, além de ainda não terem completa efetivação. Dessa forma, como país ainda em desenvolvimento, é imprescindível lutar pela expansão e aplicação dos direitos humanos, para proporcionar mais dignidade a todos os cidadãos.

Nessa perspectiva, para lutar por referidos direitos é preciso, sobretudo, ter autonomia para exercer a cidadania. Assim, as crianças e adolescentes têm grande desvantagem, pois, além de terem seus direitos violados, possuirão dificuldades para erigi-los. Dessa forma, é papel da família, da sociedade, da comunidade e do Estado garantir a efetivação de referidos direitos, visando, para além de amparo e proteção, uma futura geração mais segura, com oportunidades e mais protetora por ter sido protegida e ter se sentido parte.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil 3, Estudo Comparado com o Código Civil de 1916, Direito de Família. São Paulo, Atlas 2003, p. 31.

Portanto, é papel de todos a procura pela prioridade máxima e proteção integral dos direitos infanto-juvenis.

3.2.1 O princípio do superior interesse

Para se falar na prioridade máxima dos direitos infanto-juvenis, é preciso, sobretudo, trazer sobre o princípio do melhor/superior interesse das crianças e adolescentes. Referido princípio teve sua origem do instituto inglês *parens patriae*, em que a Coroa da Inglaterra utilizava para a proteção de incapazes e suas propriedades, incluindo os menores de idade e que acabou evoluindo para o princípio *the best interest of child*.

Assim, a primeira aparição da prevalência dos interesses do menor ocorreu no caso *Finlay x Finlay*, em 1925, em que foi decidido que, entre os direitos dos pais e os direitos das crianças, este último é o que deve prevalecer. Ademais, ainda há certos precedentes, como *Rex x Deval*, em 1763, e o caso *Blissets*, em 1765, em que em ambos também já vinha demonstrado que os interesses infanto-juvenis devem ser vistos como prioridade, contudo, tornou-se princípio efetivo na Inglaterra em 1836⁵³.

A partir de referidas jurisprudências, o princípio do melhor/superior interesse do menor foi ganhando cada vez espaço e passou a ser previsto na Convenção dos Direitos das Crianças, no seu art. 3º:

Artigo 3.1 Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

3.2 Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

O presente instituto (princípio) foi responsável por transformar a “proteção” antes dada ao grupo infanto-juvenil, este que apenas possuía como legislação

⁵³ MACIEL, Kátia. Em Defesa Do Superior Interesse Da Criança Como Princípio Constitucional E Sua Interpretação Pelas Cortes Superiores No Brasil Nas Demandas De Relações Parento-Filiais. Revista do Ministério Público. MPRJ, nº 47, 2013, p. 111.

assistencialista o Código de Menores (da Lei nº 6.697/79), o qual, como já dito anteriormente, apenas “amparava” crianças e adolescentes em situações “irregulares”, não sendo de fato uma legislação protetiva, além de ser extremamente restrita, excluindo todos os que não se encontravam em situações irregulares.

Com o art. 227 da Lei Maior e a vigência do ECA, houve uma grande reviravolta legislativa, a qual tornou os infantes em sujeitos de direitos, reconhecendo que necessitam de proteção e de diversas medidas assistencialistas, pois, como dispõe o art. 6º⁵⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente, possuem maior vulnerabilidade por estarem em fase de desenvolvimento, além de serem o futuro da sociedade.

Para além de torná-los sujeitos de direitos, a nova legislação os colocou em posição de prioridade de todo o ordenamento jurídico, ou seja, todas as decisões devem prezar, sobretudo, pelo bem-estar das crianças e adolescentes, devendo seus interesses prevalecer em face aos demais. O princípio do melhor interesse tornou-se “regra basilar do direito da criança e do adolescente, devendo permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes”⁵⁵, como prevê o artigo 100, parágrafo único, IV da Lei nº12.010/09:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Nessa perspectiva, “sempre que, ao se discutir alguma situação, houver criança ou adolescente envolvido, o primeiro passo a ser seguido é levar em

⁵⁴ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁵⁵ FONSECA, Antônio Cezar. Direitos da Criança e do Adolescente, 3ª edição; Editora Atlas, 2015, página 15.

conta o melhor interesse”⁵⁶. Trata-se aqui de uma ferramenta auxiliadora na tomada de decisões, prezando sempre pelo melhor das crianças e adolescentes no sopesamento diante de um conflito com direito de terceiros, devendo prioritariamente olhar para os interesses infanto-juvenis, devendo decidir, portanto, o que seria condizente em garantir a dignidade dos mesmos:

Assim, na análise do caso em concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens.

(...)

Melhor interesse não é o que o julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível⁵⁷.

Assim, o princípio *the best interest* funciona lado a lado com o direito da dignidade humana, tendo em vista que ambos valores nucleares para as interpretações legislativas, Camila Colcci explica:

Também o melhor interesse, em comparação à dignidade da pessoa humana, pode ser visto como valor nuclear da ordem jurídica, além de princípio, a um porque crianças e adolescente também são pessoas humanas, devendo ser consideradas como centro de todo o ordenamento, aplicando-se a elas o princípio da dignidade; a duas porque, em caso de conflitos envolvendo a dignidade de um adulto e a dignidade de uma criança e um adolescente, e a destes últimos que prevalecerá, e isso exatamente pelo princípio do melhor interesse. Afinal, toda a legislação que trate de crianças e adolescentes alçou-os ao patamar de receber respeito e atenção em primeiro lugar. Assim, se pensássemos em uma pirâmida de princípios regentes da ordem jurídica brasileira, então a primeira posição estaria a dignidade humana. Logo após, viria o princípio do melhor interesse da criança. Em seguida, apareceria a camada dos demais princípios⁵⁸.

No mesmo sentido, leciona Antônio Cezar Lima da Fonseca:

Dito princípio opera de espécie análoga ao princípio da dignidade humana e foi expressamente acolhido pelo estatuto como um dos princípios que

⁵⁶ COLCCI, Camila. Idem. P. 31.

⁵⁷ AMIN, Andréia. Idem. P. 69.

⁵⁸ COLUCCI, Camila. Idem. P. 45.

regem a aplicação de medidas de proteção afirmando-se que a intervenção do Estado deve atender prioritariamente os interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto⁵⁹.

Contudo, há uma peculiaridade em referido princípio, que é a sua ausência de definição, ou seja, não há expressamente previstos requisitos que possam dar parâmetros para tomadas de decisões, tornando referido princípio, de certa forma, subjetivo.

José Manuel de Torres Perea⁶⁰, assim como demais autores defendem que referida subjetividade pode ser positiva no que tange à ausência de limitações, afinal, tendo em vista a complexidade das relações familiares, não se pode prever todas as situações que possam ocorrer. Dessa forma, com a definição de requisitos que determinem a incidência/aplicabilidade do princípio do superior interesse, conseqüentemente, certas situações não estarão incluídas e, assim, pode ocasionar em injustiças com os direitos infanto-juvenis.

Contudo, outros acreditam que, apesar do caráter aberto do princípio, a determinação de critérios mínimos é essencial. Enquanto alguns trazem critérios mais específicos, relacionados diretamente com adoção/guarda, o presente trabalho compartilha dos critérios mais amplos trazidos por Camila Colcci, os quais permitem que o princípio do melhor interesse possa ser estendido por todo o ordenamento jurídico:

Apesar de a indeterminação trazer suas vantagens, um mínimo de diretrizes deve existir. Assim, para esta pesquisa, devem ser considerados critérios a serem analisados na busca do melhor interesse: o bem da criança e do adolescente, suas relações afetivas, a continuidade de suas rotinas, seu atendimento prioritário e, por fim, suas preferências⁶¹.

Dessa forma, um aspecto que possa dificultar a compreensão da aplicação do princípio do superior interesse infanto-juvenil é a sua subjetividade. Entretanto, referida característica também o torna um princípio abrangente, sem restrições

⁵⁹ FONSECA, Antônio Cezar. Direitos da Criança e do Adolescente, 3ª edição; Editora Atlas, 2015, pagina 16.

⁶⁰ PEREA, José Manuel de Torres. Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar, Madrid: Iustel, 2009, p. 21 *APUD* COLCCI, Camila. Idem. P. 32.

⁶¹ COLUCCI, Camila. Idem. P. 38.

circunstanciais, prezando, sempre, pelo interesse dos infantes, e desprovido de eventuais limitações que possam impossibilitar referida prioridade. Contudo, como foi dito, requisitos mínimos como os citados acima podem ser interessantes para auxiliar em direção ao objetivo de referido princípio: a prevalência dos interesses do menor.

3.2.2 A prioridade absoluta

A prioridade absoluta vem também como instrumento que garante direitos infante-juvenis, uma vez que preza pela prioridade destes em todos os âmbitos da sociedade. Ou seja, as crianças e adolescentes devem ter seus direitos priorizados pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Leni Silva, Ísis Mellory e Monique Araújo explicam que a Lei Maior é clara o determinar aos direitos nela inscritos o caráter de igualdade, contudo, pelo legado histórico, tratando-se de direitos infante-juvenis, faz-se necessária a garantia do direito à equidade.

Dessa forma, é preciso analisar os Direitos Humanos com um olhar sobre o princípio da prioridade absoluta, já que visa garantir o direito à equidade, ou seja, garantir direitos a aqueles que necessitam de referido instrumento para chegar à igualdade, pois possuem as mesmas necessidades e demandas, mas que são mais vulneráveis por se encontrarem em desenvolvimento, revelando, portanto, a imprescindibilidade de intensificar-se os serviços de proteção para referido segmento⁶².

Antônio Cezar Lima Fonseca explica:

A garantia da absoluta prioridade ou princípio da prioridade absoluta, como já afirmamos, tem sua natureza intrínseca de cunho constitucional; é um verdadeiro princípio, ou uma norma/princípio, sendo um dos componentes de distinção às garantias protetiva de crianças e adolescentes, separando-as das demais garantias outorgadas aos adultos em geral. É o norte para a efetivação de demais direitos e garantias fundamentais, retratando um

⁶² SILVA, Leni; MELLORY, Ísis; ARAÚJO, Monique. Prioridade Absoluta: uma condição para o aprofundamento dos direitos humanos, das políticas públicas e da cidadania de crianças e adolescentes. Revista Brasileira de Estudos Jurídicos v. 7, n. 1, jan./jun. 2012, p. 66.

“priorizar” à infância e juventude, desde o recém-nascido ao adolescente⁶³.

Trata-se de princípio que garante a prioridade infanto-juvenil em “receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, ter precedência em atendimento, preferência na elaboração de políticas públicas e destinação de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção à infância e à adolescência”⁶⁴, como dispõe o artigo 4º do ECA. Ou seja, referido segmento deve estar em primeiro lugar na escala de preocupação do governo, devendo ter suas necessidades atendidas prioritariamente.

E para além desses aspectos, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente amplia ainda mais:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Dessa forma, para além de políticas públicas e preferência de socorro, os interesses infanto-juvenis devem ser encarados como prioridade em todo o ordenamento jurídico, para efetivar os direitos fundamentais de referido segmento, assim como o princípio da proteção integral, agindo estes em conjunto.

Como é sabido, o Estatuto amolda-se sobre quatro orientações: o asseguramento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os princípios do melhor interesse, da proteção integral e da prioridade absoluta. São como elos de uma mesma corrente, que visam amparar e proteger a criança e o adolescente. A criança e o adolescente eram vistos como meros objetos na relação com adultos e agora têm o reconhecimento de pessoa, titular de direitos subjetivos⁶⁵.

Assim, formam a tríada protetiva referidos princípios, essenciais para os direitos infanto-juvenis, passando a seguir a explicação do último, porém não menos importante: a proteção integral.

⁶³ FONSECA, Antônio Cezar. Direitos da Criança e do Adolescente, 3ª edição; Editora Atlas, 2015, p. 21.

⁶⁴ SILVA, Leni; MELLORY, Ísis; ARAÚJO, Monique. Idem, p. 70.

⁶⁵ FONSECA, Antônio Cezar. Direitos da Criança e do Adolescente, 3ª edição; Editora Atlas, 2015, p. 25.

3.2.3 A proteção integral

Como já visto anteriorente, os direitos infanto-juvenis passaram por uma grande metamorfose nos últimos anos.

Partiram de uma situação de total inexistência de garantias, em que se submetiam por completo à posição autoritária paternalista, encarados como meros objetos; seguindo para uma doutrina de proteção irregular, a qual havia apenas o “amparo” às crianças e adolescentes em estado de abandono ou marginalizados, sendo direcionados para reformatórios e excluídos da sociedade, com o Código de Menores; para, finalmente, consagrar legislações que objetivam, de fato, garantir assistência e apoio aos menores de idade, sob os ideais da doutrina de proteção integral, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 227 da Lei Maior.

Assim, de início, cabe explicar a diferenciação conceitual entre a prioridade absoluta e a proteção integral, para não haver confusões, apesar de um completar o outro, referidos princípios possuem enfoques distintos.

O princípio da prioridade absoluta, como já explanado, significa que os interesses, assim como os direitos, da criança e do adolescente precisam ser vistos como uma prioridade máxima em todas decisões e ações que possam atingí-los. Ou seja, que a proteção e bem-estar de referido segmento deve ser colocados sempre em primeiro lugar, acima de qualquer outra consideração.

Já o princípio da proteção integral um instituto mais aberto/amplo. Trata-se da necessidade de se garantir a proteção e o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. se trata de uma garantia a todas as crianças e adoelscentes, assegurando-lhes proteção em todas as áreas da vida, como saúde, educação, convivência familiar e comunitária, cultura, esporte e lazer, dentro outros aspectos, havendo previsão no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁶ e na Constituição Federal, em seu artigo 227. Assim, trata-se aqui de uma doutrina, diferente das anteriores, que efetivamente preocupa-se em apoiar referido segmento, defendendo sua proteção completa, em todos os âmbitos da sociedade, e sendo dever de todos.

Dessa forma, enquanto o princípio da prioridade absoluta ressalta a necessidade de priorização dos interesses infanto-juvenis em todas as decisões,

⁶⁶ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

o princípio da proteção integral refere-se à necessidade de se garantir uma proteção especial, além de oportunidade de desenvolvimento pleno das crianças e adolescentes.

Ainda sobre a proteção integral, o Antônio Fonseca leciona:

Um verdadeiro princípio ao considerarmos sua colocação na ordem protetiva de crianças e adolescentes, sendo um “sol no horizonte dos demais”, a doutrina da proteção integral sustenta todo atual Direito Brasileiro da Criança e do Adolescente: “seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais”⁶⁷.

A doutrina da proteção integral tem raiz na Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como na Declaração Universal dos Direitos da Criança, tendo, portanto, como base jurídica, além do texto constitucional, tratados internacionais os quais o Brasil selou comprometimento em cumprir. Trata-se aqui de um princípio fundamental para evitar que menores de idade sejam alvos de violência e negligência, garantindo o desenvolvimento saudável, pleno e digno, para que tenham condições de exercer seus direitos de forma livre, segura e autônoma.

Dessa forma, considera-se a proteção integral a defesa de todos os direitos infanto-juvenis, visando à efetivação de todos os seus direitos fundamentais, os quais formam um “todo unitário e interdependentes, que deve ser igualmente assegurado, para que alcance a proteção material plena dos cidadãos crianças e dos cidadãos adolescentes”⁶⁸.

São normas genéricas, as quais devem abarcar todos os âmbitos da vida das crianças e adolescentes, e, ao mesmo tempo, específicas por focarem neste grupo, o qual necessita de maior atenção. Nesta perspectiva, para haver a efetivação de referidos direitos, faz-se necessária a participação de todos na sociedade, como a família, a comunidade e o Estado, para garantir o respeito às legislações supracitadas, promovendo seu desenvolvimento pleno e seguro.

⁶⁷ FONSECA, Antônio Cezar. Direitos da Criança e do Adolescente, 3ª edição; Editora Atlas, 2015, p. 17.

⁶⁸ FONSECA, Antônio Cezar. Direitos da Criança e do Adolescente, 3ª edição; Editora Atlas, 2015, p. 18.

4 PRECEDENTES

Para além de uma abordagem meramente teórica e doutrinária, é preciso trazer ao debate precedentes que sustentam a referida problemática. Predominantemente, o entendimento acolhido pelos tribunais do país é o de que o direito real de habitação deve sempre prevalecer, tendo em vista que sua flexibilização não está prevista em lei. Contudo, não podemos fechar os olhos para a singela e crescente quantidade de decisões jurisprudenciais que estão mudando sua rígida posição e apontando que uma análise circunstancial dos fatos é a mais coerente para determinar o direito real de habitação, ao invés do cumprimento cego da lei.

Como já foi explicado, na legislação brasileira o cônjuge é beneficiado de maneira exacerbada quando o assunto é o direito real de habitação. Apesar de seu objetivo ser de amparo em um momento doloroso, os limites estabelecidos por referido direito podem ser considerados abusivos, tendo em vista que ferem diretamente o direito sucessório dos demais herdeiros, principalmente os descendentes e, no presente caso, as crianças e adolescentes.

Antes de adentrar nas decisões, deve ser lembrado que o cônjuge, na lei pura, é beneficiado automaticamente com o direito real de habitação após o falecimento do de cujus, independentemente de possuir outros imóveis em seu nome, de possuir condições de construir patrimônio, ou de casar-se novamente. Assim, o cônjuge sobrevivente é titular do direito real de habitação até o seu falecimento, não podendo os demais herdeiros usufruírem do bem sem seu consentimento.

Nessa perspectiva, temos em contrapartida os direitos infanto-juvenis dos herdeiros do de cujus que são menores de idade. Referido grupo tem proteção especial no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, apesar de ter sido duramente negligenciado por décadas, finalmente foram considerados sujeitos de direitos e, assim, a Constituição Federal prevê que devem ser protegidos integralmente, além também serem prioridade, em conformidade com o princípio da prioridade absoluta, presente no ECA.

Assim, diante de referido confronto, a solução mais acertada seria a de ponderar qual direito deve prevalecer parialmente em face do outro, em consonância com o caso em concreto e, assim, apesar de ainda ser tímida a

evolução jurisprudencial referente a esse conflito, pode-se ver poucas, mas relevantes decisões que criam aos poucos precedentes para um olhar mais protetivo/cuidadoso às crianças e adolescentes em episódios que envolvam a incidência do direito real de habitação.

Os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald trazem em sua obra de sucessões precedentes importantíssimos, sendo imprescindível trazê-los para o debate. Houve julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que o direito real da habitação foi negado para uma viúva, pois claramente iria causar prejuízo à prole, já que tratou-se de um deficiente⁶⁹, como se pode ver pela ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. MORADIA DO FILHO INCAPAZ E DA COMPANHEIRA. ANIMOSIDADE DEFLAGRADA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS DO INCAPAZ. EXISTÊNCIA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA AGRAVADA. O agravante é portador de Síndrome de Down, residindo com o pai, agora falecido, e sua companheira, a quem, em antecipação de tutela, foi outorgado o direito real de habitação. O estado de animosidade que se instalou entre ela e os filhos do falecido indica ser temerário manter sob o mesmo teto a companheira do de cujus e o incapaz. De outro lado, restou comprovado que ela é proprietária de imóvel urbano residencial na mesma cidade, no qual houve a construção de moradia pelo Programa "Minha Casa Minha Vida", a qual está concluída. De modo que o objetivo do direito real de habitação, no sentido de assegurar ao companheiro sobrevivente local para residir, perde força no caso. **Além disto, aquilatados os direitos de especial proteção que a legislação outorga aos idosos (a agravada conta 60 anos) e aos incapazes, deve prevalecer, no caso, à proteção ao agravante, pois sua condição é de maior fragilidade, não fosse pelas limitações da doença em si, pela circunstância da recente morte do pai, com quem ele vivia naquela casa.** DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70058962002, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/05/2014) (grifei).

Referido precedente é importantíssimo para a problemática aqui debatida, tendo em vista que, até então, o direito real de habitação era considerado, mesmo que tacitamente, como um direito absoluto, devendo o cônjuge sobrevivente ser amparado com a morte do *de cujus*, independente de como os

⁶⁹ CHAVES, Cristiano. Curso de Direito Civil, v. VII, p. 338.

descendentes do mesmo ficariam com referida concessão.

Porém, para além da deficiência, deve ser levado em consideração o prejuízo causado às crianças e adolescentes, estes que também são incapazes e vulneráveis (que ainda perderam um pai/mãe, restando mais vulneráveis ainda) e que se veem reféns do caráter perpétuo do direito real, podendo apenas utilizar o imóvel após o falecimento do cônjuge sobrevivente e que necessitam do bem, como no caso acima, para sua subsistência, independentemente se tratar-se de deficiente ou não.

No mesmo sentido da decisão acima, outros precedentes foram criados pelos tribunais, defendendo a ideia de que um filho incapaz deve ter comum direito de residir no imóvel herdado, em razão da sua vulnerabilidade e maior fragilidade, principalmente em casos que o cônjuge sobrevivente apresenta condições de morar em outro imóvel, seja pela prévia posse, ou por possuir condições de construir seu próprio patrimônio. Nessa perspectiva, pode-se trazer outro precedente ao debate:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DIREITO DE USO DA COMPANHEIRA ESTABELECIDO NO TESTAMENTO. INTERESSE DE HERDEIRO INCAPAZ. **Inviável inviabilizar o direito sucessório dos herdeiros necessários ao único bem a inventariar, quando a companheira possui outros imóveis que podem servir para sua moradia.** O direito real de habitação é instituto de natureza protetiva da cônjuge supérstite para que não fique desamparada de moradia, que não é a hipótese dos autos. Agravo de instrumento parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Agravo de Instrumento: AI 0355015-80.2014.8.21.7000 RS)

Outra jurisprudência importante para o debate do presente trabalho foi do Supremo Tribunal de Justiça, em que houve o posicionamento da Nancy Andrighi, no Recurso Especial Nº 1.582.178 – RJ, em que, apesar de ter sido voto vencido, expõe uma visão moderna acerca da aplicabilidade do direito de habitação e sobre a seu verdadeiro objetivo, que é o amparo ao cônjuge sobrevivente que realmente necessita do imóvel deixado pelo de cujus.

Como foi dito anteriormente, entre as hipóteses de exclusão da incidência do direito real de habitação está a extinção do motivo pelo qual se originou. Assim, uma vez inexistente ou extinta a necessidade/motivo de sua incidência,

seja em razão de posse de outros imóveis, ou pela constituição de nova família (extinção da viuvez), o direito real de habitação perde a sua finalidade, e, assim, prejudica diretamente o direito sucessório dos demais herdeiros. Leia-se:

Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. IRRELEVÂNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 3. Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 4. O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. 5. Recurso especial não provido.

(...) Entretanto, acreditamos que nem sempre esta solução parece ser a mais adequada, eis que o direito real de habitação somente encontra sentido quando incidente de forma a concretizar a sua função social, que como a própria dicção da figura já indica, destina-se a garantir o direito mínimo de moradia do viúvo. **Em hipóteses como a ora tratada, em que o cônjuge ou convivente supérstite possui no seu patrimônio exclusivo bem capaz de atender a necessidade de moradia, caberia o afastamento do direito de habitação sobre o patrimônio deixado pelo de cujus, em detrimento de direito sucessório dos demais herdeiros.**(grifei)

Apesar de se tratar de um voto vencido, ressalte-se que os votos vencidos são de extrema importância para evidenciar a heterogeneidade das decisões, não sendo, portanto, uma matéria que possui ainda um entendimento unânime e que,

assim, pode servir como impulsionador para futuros processos, decisões e, pouco a pouco, modificações de entendimento.

Ainda sobre a supracitada Ministra, a mesma também expôs entendimento que converge com a presente problemática, trazendo a possibilidade de flexibilização do direito real de habitação na presença de filhos de outro casamento na abertura de sucessão, mas que, novamente, foi vencida pelo voto dos demais ministros:

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.(Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial de nº 1.134.387 – SP; Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Julgado em 16/04/2013)

Nancy Andrighi defende que a aplicação do direito real de habitação não pode ser efetuada em caráter *ope legis* diante de referido cenário, pois, enquanto os filhos da viúva possuem laços familiares, os filhos de casamento anterior não possuem o sentimento familiar com a mesma e, assim, restam prejudicados com a impossibilidade de usufruírem do bem imóvel, em razão do direito real de habitação da viúva:

Dessa linha de pensamento, extrai-se a mens legislatoris orientadora da formação do direito real de habitação: dar aplicação ao princípio da solidariedade familiar imposto aos descendentes, limitando-lhes a propriedade do patrimônio herdado, para a preservação do bem estar do ascendente sobrevivente.

(...)

No entanto, os filhos de anterior relacionamento do de cujus, primeiro, não guardam nenhum tipo de solidariedade em relação ao cônjuge supérstite, pois não têm com este vínculos de parentalidade e, segundo, podem ter idade similar à do habitador, hipótese em que o direito de propriedade que possuem, talvez nunca venha a ser exercido.

(...)

É dizer, apenas entre pais e filhos vige o direito real de habitação, *ope legis*. Na hipótese sob exame, embora as recorrentes guardem relações de

parentesco com os filhos do segundo casamento de seu pai, nenhuma relação técnica, ou fática, as une à recorrida-habitadora.

Contudo, essa igualdade fica evidentemente fragilizada quando se verifica a impossibilidade dessas herdeiras usufruírem daquele patrimônio, de forma direta ou indireta.

É razoável, repita-se, que os filhos tornem-se nu-proprietários, em fração ideal do imóvel que herdaram de um dos pais, para que o outro ancestral possa viver no mesmo imóvel pelo resto de sua vida.

No entanto, não é razoável que fora do grupo familiar, prevaleça essa imposição, porquanto aqui não há justificativa que dê foros de legitimidade à exceção legal.

Não há elos de solidariedade entre as filhas do primeiro casamento e a cônjuge supérstite recorrida, mas ao revés, sofrem a supressão, talvez perene, de um direito que lhes foi assegurado por herança.

Nessa situação, toda a matriz sociológica e constitucional que justifica a imposição do direito real de habitação ao cônjuge supérstite, em face de sua própria prole, deixa de ter razoabilidade, pois se glosa os direitos à propriedade de quem não compõe o grupo familiar.

Os institutos jurídicos plasmados sob a ficção jurídica da chamada família tradicional devem sofrer necessárias adequações, para que não se trisque a necessária isonomia entre iguais, em nome de uma prevalência sócio jurídica desse tipo de família, não mais albergada pela legislação nacional.

Assim, desde 2014 que se vê um movimento jurisprudencial singelo, como este supracitado, em que já era construído o entendimento de que o direito real de habitação pode ser injusto com os descendentes do de cujus, que não sejam filhos do cônjuge sobrevivente e, assim, sua aplicação ope legis resulta em uma negligência do direito desses herdeiros, especialmente os infante-juvenis. Dessa forma, mesmo que seja um voto vencido, pode ser utilizado para a construção de futuras argumentações, sendo o primeiro passo para a diferença.

Ademais, vale trazer à baila que já existem precedentes que decidiram, efetivamente, a impossibilidade de aplicação do direito real de habitação pelo simples fato do cônjuge sobrevivente possuir outros imóveis em seu nome e, assim, ter condições de residir em outro lugar, prezando pelo direito sucessório dos herdeiros, tendo em vista que o bem herdado é o único de sua natureza, flexibilizando, portanto, uma das características do direito real de habitação, qual seja, a incondicionalidade, como se pode constatar a seguir:

INVENTÁRIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA VIÚVA, QUE É PROPRIETÁRIA DE OUTRO IMÓVEL. 1. O direito real de habitação é instituto de natureza eminentemente protetiva do cônjuge ou do companheiro supérstite, para que não fique desamparado após a morte de seu par, situação que não se verifica no caso, onde restou cabalmente demonstrado que a autora é proprietária de outro imóvel próprio para moradia. 2. **Havendo herdeiras necessárias, não pode o direito delas sobre o único imóvel inventariado ser obstado, pelo reconhecimento do direito real de habitação à viúva, que possui outro imóvel e pode nele residir.** Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70060165313, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 30/07/2014) (grifei)

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POR MORTE DO CONVIVENTE. PARTILHA DE BENS. CRÉDITOS TRABALHISTAS. DESCABIMENTO. APÓLICE DE SEGURO. PRECLUSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. 1. Não são partilháveis na união estável os valores referentes a créditos trabalhistas, pois constituem apenas frutos civis do trabalho. 2. Mais descabida ainda é a pretensão quando os valores reclamados sequer foram recebidos pelo de cujus, não tendo se integrando ao patrimônio do casal, e ainda mais quando o período aquisitivo desses eventuais direitos se referem a período anterior à própria convivência marital. Incidência do art. 1.659, inc. VI, do CCB. 3. Se a questão relativa à apólice de seguro foi afastada no curso do processo e a parte não manejou o recurso próprio, no momento oportuno, está coberta pelo manto da preclusão. 4. **O direito real de habitação é instituto de natureza eminentemente protetiva do cônjuge ou do companheiro supérstite, para que não fique desamparado após a morte de seu par, situação que não se verifica no caso, onde restou cabalmente demonstrado que a autora é proprietária de outro imóvel próprio para moradia.** 5. **Havendo herdeiro necessário, não pode o direito dele sobre o único imóvel inventariado ser obstado, pelo reconhecimento do direito real de habitação à companheira que possui outro imóvel e pode nele residir.** Recurso da autora desprovido e recurso do réu provido. (Apelação Cível Nº 70058309956, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 27/02/2014) (grifei)

Seguindo adiante, não poderiam ser deixadas de lado as jurisprudências que defendem as crianças e adolescentes herdeiras diante do direito real de habitação. No que tange aos direitos infanto-juvenis, referido tema também tem

sido mostrado em algumas jurisprudências. Apesar de ainda ser uma singela quantidade que está se atentando à proteção dos menores, já são grandes precedentes que sustentam a flexibilização do direito real de habitação em prol da proteção infanto-juvenil:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - INDENIZAÇÃO - SENTENÇA "ULTRA PETITA" - PRELIMINAR ACOLHIDA - MEAÇÃO - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS - HERANÇA - QUALIDADE DE HERDEIRO - PRELIMINAR PARCIALMENTE ACOLHIDA - CONJUGE SUPÉRSTITE - IMÓVEL - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - **FILHA MENOR** - INDENIZAÇÃO - LIMITAÇÃO - NEGADO PROVIMENTO 1. Nos termos dos arts. 141 e 492 do CPC, deve o juiz decidir nos limites propostos pelas partes. 2. Se a sentença versou sobre objeto não delimitado no curso da ação, deve ser reconhecida como "ultra petita", nos termos do art. 1.013, § 3º, II do CPC; com conseqüente nulidade do ato decisório. 3. O direito à meação é próprio do direito de família, que não se confunde com o direito à herança, próprio do direito sucessório, com diferentes causas e requisitos. 4. O reconhecimento de que a sentença extrapolou a causa de pedir e o pedido da lide não implica em sua nulidade integral, conforme princípio da economia processual. 5. Nos termos do art. 1.831 do CC, ao cônjuge supérstite é assegurado o direito de residir no imóvel, preservando o direito à moradia e à proteção do núcleo familiar. 6. **O direito real de habitação, contudo, poderá ser limitado para que seja garantida a dignidade da pessoa humana** 7. Acolhida parcialmente a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, negado provimento ao recurso. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível: AC 5003676-77.2018.8.13.0105 MG – 14/07/2022) (grifei)

Referido processo prezou pela dignidade da filha menor da sua falecida genitora, relativizando o direito real de habitação para que a herdeira tenha direitos de usufruir do imóvel para a sua subsistência. Nessa perspectiva, têm sido vistas decisões que justificam a flexibilização de referido benefício em prol da dignidade humana dos filhos menores deixados pelos *de cujus*. Afinal, o núcleo familiar o qual merece proteção da legislação não ser limitado apenas o ao cônjuge, devendo incluir os descendentes conjuntamente e, principalmente, filhos menores de idade.

Como já trazido anteriormente, as famílias têm ganhado cada vez mais um caráter heterogêneo, com a presença de madrastas e padrastos. Dessa forma,

com referido cenário, os filhos do de cujus, os quais muitas vezes não continuam residindo com os cônjuges sobreviventes, também merecem proteção estatal, pois são tirados de seus lares. Nessa perspectiva, as jurisprudências têm trazido a importância do princípio da dignidade humana, para amparar os filhos menores deixados pelos seus pais, uma vez que, seguindo à risca a legislação, não poderiam usufruir do bem deixado.

Referidas decisões abordam a importância da superabilidade do caráter *ope legis* que é utilizado na aplicabilidade do direito real de habitação, tendo em vista que nenhum direito no regramento brasileiro pode ser considerado como absoluto. Assim, a leitura de referidas normas deve ser feita com associação ao caso e concreto, sendo mais razoável a aplicabilidade em caráter *ope judicis*, em que o juiz tem a discricionariedade de analisar os fatos e decidir qual direito deve prevalecer, ou como achar um meio termo para não prejudicar o menor.

Contudo, outras decisões utilizam nas suas justificativas o respeito ao direito sucessório dos descendentes:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO REAL DE HABITAÇÃO RELATIVAMENTE AO ÚNICO IMÓVEL DO PATRIMÔNIO DO COMPANHEIRO FALECIDO.SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE RÉ, FILHAS DO DE CUJUS, ALEGANDO RELAÇÃO DE EMPREGADA DOMÉSTICA E PATRÃO ENTRE OS SUPOSTOS CONVIVENTES E PUGNANDO PELO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, EM DETRIMENTO DO DIREITO DE HABITAÇÃO DA APELADA. Farta prova documental em que o falecido reconhece a Autora como sua companheira, com ele residindo no imóvel indicado. Prova oral que conduz à conclusão de que havia uma relação de afetividade estável entre o casal, com intuito familiar, apesar de serem discretos no relacionamento, ao passo que a alegação das Rés restou fragilizada, inexistindo indícios de relação profissional entre os dois.O dispositivo do parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96 não foi revogado pelo Novo Código Civil, na forma sustentada pelas Apelantes. **No entanto, o direito real de habitação da companheira não se confunde com o direito real de propriedade dos herdeiros necessários e, portanto, não pode sobre ele prevalecer. Assim, considerando que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e pretendendo as filhas do de cujus - sendo uma menor - permanecer residindo no único imóvel que integra o patrimônio do espólio,**

adquirido pelo pai anteriormente à união estável, tem-se que inaplicável à Apelada o benefício do parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96, o qual não possui caráter absoluto e generalizado, devendo ser analisado à luz das nuances circunstanciais que o caso apresenta. Companheira sobrevivente em idade produtiva, ostentando condições de estabelecer moradia mediante esforço próprio, sendo que passou a residir em outro município, e que da união estável em apreço não adveio prole, não comprovando necessitar do benefício legal em detrimento do direito de propriedade e do exercício da posse direta pelas filhas do companheiro falecido. Reforma parcial da sentença para julgar improcedente o pedido quanto ao direito real de habitação da companheira em relação ao imóvel indicado. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. Vencido o Des. Pedro Freire Raguenet. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - APELAÇÃO: APL 0006468-41.2006.8.19.0203 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 1 VARA DE FAMILIA) (grifei).

Acima trata-se novamente de uma decisão em que prezou-se pelo direito sucessório das filhas do *de cujus*, principalmente por ter entre elas uma menor de idade. Foi analisado que, além da cōnjuge sobrevivente possuir condições de residir em imóvel diverso do herdado, obtendo, portanto, condições de residir em outro lugar, ha a presença de uma herdeira menor de idade, a qual deve ter como garantida, também, a sua dignidade humana e, por isso, analisando circunstancialmente a lide, foi decidido em favor das filhas do *de cujus*, devend a viúva se retirar do imóvel objeto do processo.

Resta evidente que os entendimentos jurisprudenciais estão sendo cada vez mais heterogêneos, timidamente crescendo nos tribunais brasileiros e levando em consideração no momento de decidir a necessidade de proteção infanto-juvenil em um momento tão delicado, que é o falecimento de seu genitor (a).

Apesar da supracitada porcentagem não ser considerada alta, é um número relevante, em comparação há 10 anos. Assim, temos uma evolução nas decisões dos tribunais, esta que tende a crescer cada vez mais, em prol de um direito cada vez mais justo e que ampare proporcionalmente a todos, prezando pela sua isonomia (dos direitos dos cōnjuges e dos herdeiros mirins), e tratando desiguais como desiguais.

5 PROJETO DE LEI Nº 3799

Não se pode deixar de falar a respeito dos projetos de lei que se encontram no Congresso Nacional e que visam às mudanças defendidas na presente monografia. O Projeto de Lei nº 3799, de 2019, iniciado pela Senadora Soraya Thronicke, tem como objetivo realizar modificações nas legislações que tratam da sucessão testamentária, inventário e partilha e, principalmente para o presente debate, a sucessão legítima:

Ementa:

Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha.

A senadora sustenta que, em relação à sucessão legítima, fazem-se necessárias alterações no que tange à posição do cônjuge sobrevivente na abertura da sucessão, já que na legislação atual são considerados herdeiros necessários. Assim, o projeto sugere a retirada do cônjuge como herdeiro necessário, permitindo que o de cujus possa dispor do seu patrimônio livremente em relação ao seu consorte, inclusive, retirando-o da sucessão.

Afinal, como foi abordado anteriormente, o viúvo(a) encontra-se em uma posição muito privilegiada e que afeta diretamente a vontade e privacidade do de cujus, que, por vezes, não deseja que seu patrimônio seja destituído ao seu cônjuge, como se pode supor em casos de casamentos em regime de separação de bens. Leia-se parte da justificativa do projeto:

Quanto à “Sucessão Legítima”, propõe-se a manutenção de sistemática similar àquela do Código Civil, alterando-se, no entanto, o pressuposto da sucessão do cônjuge e do companheiro quando em concorrência com os descendentes, já que dita concorrência não será mais dependente do regime de bens do casamento ou da união estável. Isso porque o cônjuge e o companheiro foram excluídos do rol rígido dos herdeiros necessários, podendo, assim, o autor da herança dispor livremente em testamento sobre os direitos sucessórios do consorte, inclusive excluindo-o da sucessão.

Em que pese à possibilidade de exclusão do cônjuge e do companheiro da sucessão, estes poderão, não obstante, reivindicar do monte quota

hereditária não superior àquela que receberiam na sucessão legítima, se comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência. Dessa forma, a sucessão necessária do cônjuge e do companheiro passa a não estar mais assentada exclusivamente no vínculo conjugal, mas na condição do sobrevivente na família e em sua dependência em relação ao autor da herança, não sendo seus direitos sucessórios concedidos a priori pela lei, sem uma análise da situação em concreto. Na hipótese de o cônjuge ou o companheiro comprovarem insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência, a quota que vierem a receber, mediante decisão fundamentada do juiz, de acordo com as suas necessidades e as dos herdeiros concorrentes, será imputada na legítima dos herdeiros necessários, sendo mantida a quota disponível em sua integralidade.

De fato, diante da progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente das famílias recompostas, é preciso repensar a posição do cônjuge e do companheiro na sucessão hereditária, tendo restado claro, desde a entrada em vigor do Código Civil, um clamor por uma maior liberdade testamentária em relação ao consorte sobrevivente.

A obrigatoriedade da presença do cônjuge sobrevivente na sucessão é, deveras, ultrapassada, além de irrazoável. Tendo em vista que em regime de separação de bens, onde há a manifestação de vontade do *de cuius* de que não deseja que seu patrimônio seja destinado ao seu consorte, referida obrigatoriedade pode ser considerada, como é para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, uma clara violação à autonomia privada do *de cuius*, os autores escrevem:

Nada contra proteger o cônjuge (e o companheiro) quando há uma vontade do titular do patrimônio nesse sentido. O que não nos parece razoável é impor a alguém que pretende transmitir o seu patrimônio, adquirido por esforço único, para os seus filhos, unicamente, a imperativa divisão sucessória com o cônjuge - que, insista-se à exaustão, pode não ser o ascendente ou descendente dessa prole. Viola-se, a mais não poder, a autonomia privada, ferindo de morte a própria liberdade que serve como

esteio do estado constitucional de direito⁷⁰.

Sobre o direito real de habitação, foco do presente trabalho, este também foi objeto do Projeto de Lei supracitado, em que a Senadora apresenta a necessidade de alterações no referido direito, tendo em vista que a sociedade não é mais a mesma de quando o benefício foi criado e, assim, como o direito deve estar em constante acompanhamento das mudanças sofridas na sociedade, deve adequar o direito real de habitação.

As esposas, as quais foram o motivo principal para a criação do direito real de habitação, atualmente ocupam o mercado de trabalho, há cada vez mais mulheres sendo inseridas nesse mercado e ocupando cargos de liderança, empreendendo, e sendo imprescindíveis para a economia brasileira. Assim, nota-se um evidente contraste em comparação à época em que o direito real de habitação foi criado, em que as esposas dependiam financeiramente de seus maridos e não podiam herdar.

O cenário atual é muito diferente, a igualdade de gênero é uma pauta constantemente levanta em empresas e pela sociedade de forma geral, em que, apesar de ainda ter desafios a serem vencidos, já houve grandes vitórias. A mulher deixou de ser apenas dona de casa, ocupa diversos lugares na economia atualmente e, assim, a necessidade que originou o direito real de habitação quase não existe mais.

Além disso, a expectativa de vida dos cidadãos brasileiros aumentou consideravelmente, os 70 são os novos 60, os 60 são os novos 50, os 40 são os novos 30, e assim por diante. Dessa forma, a característica da vitaliciedade do direito real de habitação torna-se algo excessivamente protetivo, sujeitando os herdeiros menores de idade ou idosos a aguardarem muitos e não poderem usufruir o bem deixado, sequer para sobreviver. Leia-se o texto abaixo:

Ainda em relação à sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente, o anteprojeto propõe uma releitura do artigo 1.831 do Código Civil, que garante ao cônjuge sobrevivente, em caráter vitalício, o direito real de habitação em relação ao único imóvel residencial do monte a inventariar, que era destinado à residência da família, independentemente do regime de bens, não se atentando para as condições econômicas do sobrevivente, que

⁷⁰ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Sucessões; 3ª ed., v. 7, Editora Juspodivm, 2017, p. 302.

pode ter direito a enorme meação ou partilha no acervo patrimonial, bem como possuir imóvel próprio para moradia.

Diante da inserção da mulher no mercado de trabalho e do princípio da igualdade de gêneros, bem como diante da longevidade atual, é preciso repensar a concessão do direito real de habitação, sendo possível verificar situações em que haja, de um lado, filhos menores do falecido, ou pais idosos e dependentes, e, de outro lado, o cônjuge supérstite são e independente, sobretudo quando há no monte um único imóvel residencial.

Assim, é salutar proteger o cônjuge ou o companheiro, mas não se lhe pode garantir uma proteção excessiva e em descompasso com a sua realidade, em especial quando em concorrência com outros herdeiros, merecedores de especial proteção, devendo a sucessão ter em vista a pessoa do sucessor, ou seja, as suas características e aspectos individuais e, em especial, a sua relação com o autor da herança.

Nessa direção, considerando o caráter protetivo do aludido benefício, este deve ser estendido para os familiares vulneráveis cuja moradia dependia daquela do autor da herança, enquanto perdurar tal situação de dependência. Assim, propõe-se que o direito real de habitação seja atribuído aos sucessores vulneráveis cujas moradias dependiam daquela do autor da herança por ocasião da abertura da sucessão, sendo o referido benefício sucessório exercido coletivamente, enquanto os titulares não adquirirem renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou não casarem nem constituírem união estável.

A Senadora Soraya Thronicke acertadamente concluiu que o direito real de habitação, para além dos cônjuges, deve ser direcionado para herdeiros vulneráveis, os quais dependiam financeiramente do de cujus e, assim, restam desamparados com seu falecimento, necessitando, portanto, ainda residir no imóvel deixado, ou necessitando de sua venda/locação para sobreviver. Afinal, não só os cônjuges, mas os herdeiros menores de idade e idosos também podem necessitar do imóvel e seus frutos para a subsistência, enquanto atualmente ampara-se apenas o viúvo(a) nesse aspecto.

Com fulcro no exposto, o texto do art. 1.829 do Código Civil⁷¹, o qual prevê

⁷¹ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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,

a presença do cônjuge na partilha dos bens deixados pelo de cujus, com a aprovação do PL supracitado, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 1.829.

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobrevivente;

III - ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, prevista nos incisos I e II do caput deste artigo, incidirá apenas sobre os seguintes bens, independentemente do regime patrimonial adotado:

I - os bens adquiridos onerosamente, na constância do casamento ou união estável, ainda que só em nome de um dos cônjuges ou companheiros;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges ou companheiros;

IV - as benfeitorias e acessões em bens particulares de cada cônjuge ou companheiro, produzidos na constância do casamento ou união estável;

V - os frutos e produtos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge ou companheiro, percebidos na constância do casamento ou união estável, ou pendentes ao tempo da abertura da sucessão.” (NR)

Trata-se aqui de uma delimitação sobre os bens que o cônjuge está apto de herdar, respeitando a constância do casamento, mas determinando limites para os bens os quais serão herdados, medida que já torna o cenário sucessório dos descendentes menos injusto, tendo em vista que na legislação atual não há

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.

qualquer restrição.

No que tange ao direito real de habitação, tutelado pelo art. 1.831 do Código Civil⁷², este também passa a ter nova redação com o Projeto de Lei aqui apresentado, abarcando não somente os cônjuges, mas, também, os descendentes e ascendentes do de cujus, sendo requisitos para tal benefício o estado de vulnerabilidade, ou seja, a necessidade de residir no imóvel. Leia-se:

“Art. 1.831. Ao cônjuge, ao companheiro, aos descendentes incapazes ou com deficiência, bem como aos ascendentes vulneráveis (art.1.846) que residiam com o autor da herança ao tempo de sua morte, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhes caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel que era destinado à moradia da família, desde que seja bem a inventariar. § 1º O direito real de habitação poderá ser exercido em conjunto pelos respectivos titulares, conforme a situação verificada na data do óbito. § 2º Cessa o direito quando o titular tiver renda ou patrimônio suficiente para manter sua respectiva moradia, ou quando constituir nova entidade familiar.” (NR)

Para além do amparo aos descendentes e ascendentes, deve ser ressaltada outra mudança: a cessação da vitaliciedade e incondicionalidade do direito real de habitação. Como explicado anteriormente, o direito real de habitação atualmente cessa com o falecimento do cônjuge sobrevivente (vitaliciedade), mesmo que constitua nova entidade familiar (incondicionalidade).

Com a vigência da nova legislação, essas problemáticas características cairão por terra, uma vez que, casando-se novamente e construindo nova família, pressupõe-se que o herdeiro possui condições de arcar com os dispêndios que uma família naturalmente necessita, extinguindo o *status* de viuvez.

Para além da extinção do motivo que originou o direito real de habitação (a viuvez), também há a hipótese de extinção por constatação de renda ou patrimônio suficiente para obter própria moradia. Ora, tendo em vista que há viúvos(as) que possuem outras residências aptas a morar, além de, como já fora explanado, as mulheres estarem cada vez mais no mercado de trabalho, crescendo e possuindo rendimentos próprios, referida mudança torna-se razoável.

⁷² Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

6 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi explanado no presente trabalho pode-se afirmar que estar-se-á diante de um cenário em que o viúvo(a) é evidentemente privilegiado no sistema sucessório, tendo em vista que se sobressai em relação a todos os outros herdeiros, inclusive aos descendentes. Afinal, é um dos herdeiros principais, se não o principal, na abertura de sucessão, concorrendo com os ascendentes, descendentes ou herdando sozinho.

Contudo, para além da posição privilegiada a qual o viúvo(a) sobrevivente foi colocado, é preciso discutir sobre o direito real de habitação ainda existir e ser aplicado em caráter *ope legis*, ignorando por completo o direito fundamental de herança dos filhos do *de cujus* e, como foi explanado, princípios como a proteção e prioridade infanto-juvenil dos herdeiros menores de idade.

A vitaliciedade e incondicionalidade do direito real de habitação claramente ferem os direitos infanto-juvenis, os quais estão previstos na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser levados em consideração em todos os âmbitos da sociedade e em todas as decisões feitas não somente pela família, mas, também, pelo Estado. Contudo, o que se constata é a violação de referidos direitos, tendo em vista que as crianças e adoelscentes não podem usufruir do bem, ainda que necessitem do mesmo para sobreviver (e, por diversas vezes, o cônjuge não precisa).

Por mais que o direito real de habitação vise efetivar e contemple o direito fundamental à moradia, não deve este prevalecer totalmente em face de demais direitos e princípios que regem o ordenamento jurídico. Afinal, os princípios da proteção, melhor interesse e prioridade absoluta é considerado por doutrinadores, como fora exposto, os mais importantes, colocados abaixo apenas da dignidade humana.

Dessa forma, o mais coerente é a análise circunstancial de cada caso em concreto, deixando o direito real de habitação de ser aplicado em caráter *ope legis* para *ope judicis*, onde um juiz deverá analisar caso a caso para identificar as necessidades das partes, tendo em vista a dignidade do cônjuge sobrevivente, quanto a dignidade dos descendentes menores de idade, pois o atual cenário legislativo, por mais que ainda seja visto com naturalidade, negligencia e confronta normas constitucionais imprescindíveis.

Deve-se lembrar que a sociedade e os modelos familiares sofreram diversas modificações ao longo dos anos, e, por isso, é extremamente comum existir filhos de casamento anterior, núcleos familiares com presença de madrasta e padrastos. Assim, filhos do casamento posterior restam com grande desvantagem em comparação aos filhos do último matrimônio, causando uma desigualdade familiar e enorme injustiça com os filhos que não podem residir ou usufrir do imóvel, em comparação aos filhos do cônjuge sobrevivente.

Trata-se aqui, além de uma negligência de direitos infanto-juvenis, um fato que provoca não só a desigualdade entre filhos menores de idade com o cônjuge sobrevivente, mas, também, desigualdade entre filhos do primeiro casamento com os do último, não podendo mais ter procedência.

Não deve deixar de ser ressaltada a existência dos princípios constitucionais que protegem as crianças e adolescentes, quais sejam, a prioridade máxima, a proteção integral e o princípio do melhor interesse. Referidos instrumentos são frutos de uma trajetória legislativa secular, onde partiu-se de um cenário em que as crianças e adolescentes não possuíam direitos verdadeiramente protecionistas para acordos internacionais os quais o Brasil faz parte, garantindo que sejam considerados sujeitos de direitos.

Nesse tocante, o princípio do melhor interesse visa que todas as decisões e ações sejam feitas levando em consideração o melhor interesse das crianças e adolescentes, qual alternativa contempla mais seus interesses e direitos. Em seguida, tem-se o princípio da proteção integral, este que foi revolucionário no cenário legislativo infanto-juvenil, determinando que as crianças e adolescentes sejam efetivamente sujeitos de direitos, protegidas pela Sociedade, pela Família e pelo Estado, tendo em vista sua maior vulnerabilidade.

Por fim, deve-se falar sobre o princípio da prioridade máxima, este que coloca as crianças e adolescentes em uma posição prioritária na tomada de decisões estatais, devendo seus interesses serem contemplados antes dos de terceiros, ou seja, é um princípio que ressalta a necessidade de priorização dos interesses infanto-juvenis em todas as decisões.

Após referida análise, pode-se considerar que este contexto legislativo fere diretamente os direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal em favor das crianças e dos adolescentes, tendo em vista que estes, além de terem perdido um pai/mãe, o que por si só gera um estado de vulnerabilidade maior, são

proibidos de residir no imóvel deixado pelo *de cuius* sem autorização do cônjuge, além de não poder usufruir deste financeiramente.

A jurisprudência brasileira, apesar de estar mudando de visão aos poucos, sempre tendeu a aplicar o direito real de habitação na modalidade *ope legis* – por força de lei – sem considerar o caso em concreto e analisar as circunstâncias de ambas as partes. Havendo a existência de dois direitos constitucionais em conflito, a decisão mais razoável, como já supracitado, é a aplicação de um juízo de ponderação, devendo a norma do direito real de habitação, aplicada rigidamente, ser superada.

Nesse diapasão, já há Projeto de Lei, qual seja, o de nº 3799 da Câmara do Senado, o qual visa realizar modificações, dentre outros assuntos, nesta presente problemática, uma vez que, diante do cenário social atual, não é mais razoável a aplicação atual do direito real de habitação. Assim, referido projeto de lei pretende abarcar o direito real não só para cônjuges, mas também para descendentes e ascendentes, os quais apresentem necessidade e vulnerabilidade, tornando-se, assim, uma legislação mais justa.

Outra medida que está sendo debatida no projeto de lei é o encerramento da e incondicionalidade, em que o direito real de habitação será extinto com a constituição de nova entidade familiar e extinção do status de viuvez, tendo em vista que o motivo que se originou o direito estará extinto.

Diante de tudo que foi exposto, resta claro que referida mudança legislativa tonará o atual cenário muito mais justo com os herdeiros mirins, para que sejam contemplados não apenas o direito fundamental à moradia, mas, também, os direitos de referido segmento, o qual é mais vulnerável e necessita de prioridade máxima e proteção integral, em consonância com a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55729413/Princ._Orient._do_Dto_da_Cri_an._edo_Ado._LIVRO_1__AMIN_Andrea_Rodrigues-libre.pdf?1517921937=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DPrinc_Orient_do_Dto_da_Crian_edo_Ad_o_LIV.pdf&Expires=1684172635&Signature=ZasJ48GLN-EksCHHZuXVuM16B6eqJzen2YuThRvUp3oaT1~SR088LXdvyZsqaowdGbwX5OX4mMJzCMvlu7gbKQOT87dPZ8YaRgFTk14kmmB6JE2Dxu1AMmRTZywQbgV1LftbClrcR~Id7XPjxziDI9oGQ9DiFGaF210Xj2-UNV9qkHlitj~F4WgvPWwTbeW6Yyp8K0oEQZ1ODiFhqippYrTIX~dOrQ-CSaEKdD7ko-JEMBmIoL~Nn7gFXgUX~fgOve5e6o-EqNBxRyMXJXd1mr0EqVj9kkIB8fsWJhhF3UFVO4g2uVmTtwblLAsrZ0as0s4HA8UUMKplglCkFABg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 20 de nov de 2022.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Genebra da Associação Médica Mundial**. 1924. Disponível em: <<http://www.scj.pe.gov.br/scjpe/sites/all/themes/zentropy/pdf/legislacao/Declara%20Direitos%20Crianca%20Genebra%201924.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

BLIKSTEIN, Daniel. **Direito Real de Habitação na Sucessão Hereditária**. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, SP. Orientador: Prof. Dr. Francisco José Cahali. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8794> . Acesso em: 11 de dez de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/cf1988. Acesso em 03 de nov de 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 de nov de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.249.227/SC**. Recorrente: Maria Ivete Blanckenburg. Recorrido: Luiz Scwalb Filho. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, j. 17/12/2013, DJE 25/03/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100849912&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> . Acesso em: 01 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial de nº 1.134.387 – SP**. Recorrente: Mônica Proto Dariolli E Outros. Recorrido: Regina De Fátima

Bicudo Proto E Outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília. Julgado em: 16/04/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200901508033&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso: 01 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1582178 / RJ**. Recorrente: Antônio Da Corte André – Espólio e Maria Ferreira. Recorrido: os mesmos. Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201610937&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> . Acesso em: 01 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Recorrente: Maria De Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e Outros. rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tema 809, j. 10/05/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379763/false> . Acesso em: 02 de março de 2023.

COLUCCI, Camila. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: Construção Teórica e Aplicação Prática no Direito Brasileiro**. 2014. Tese (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP. Orientador: Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho. Disponível em: https://www.aned.org.br/images/TrabalhosAcademicos/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf. Acesso em: 12 de jan de 2023.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Sucessões; 3ª ed**. Salvador, Editora Juspodivm, 2018 v.7.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Sucessões, 8ª edição**. Editora: Juvpodium, 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, **Direito das Sucessões. 33ª edição**, editora Saraiva, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado. 6. ed**. Editora: Saraiva, 2000.

FONSECA, Antônio Cezar. **Direitos da Criança e do Adolescente, 3ª edição**; Editora Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, 14ª ed**. 2019.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**, Editora: Juspodivm, 2019, 13ª edição.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Em Defesa Do Superior Interesse Da Criança Como Princípio Constitucional E Sua Interpretação Pelas Cortes Superiores No Brasil Nas Demandas De Relações Parento-Filiais**. In: Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 47, jan./mar. 2013. Disponível em:

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2580660/Katia_Regina_Ferreira_Lobo_Andrade_Maciel.pdf. Acesso em: 10 de jan de 2023.

MENDES. Moacyr. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente à Lei 8.069/90**. 2006. Tese (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, SP. Orientadora: Profa. Regina Vera Villas Boas. Disponível: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7197> . Acesso em: 10 de dez de 2022.

MENDES, Gilmar e GONET, Paulo. **Curso de Direito Constitucional, 10ª edição**. Editora: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 5003676-77.2018.8.13.0105**. Julgado em: 14/07/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1580678579>. Acesso em: 01 de março de 2023.

MONTEIRO, Washington. **Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões, 33ª edição**. Editora: Saraiva, 1999.

PAMPLONA, Rodolfo e STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil, 4ª edição**. Editora: Saraiva, 2017.

29. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0006468-41.2006.8.19.0203**. Jacarepagua Regional 1ª Vara De Família. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 1 de março de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal e Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70058962002**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/05/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/121132740>. Acesso em: 10 de fev de 2023.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 0355015-80.2014.8.21.7000**. Relator: Jorge Luís Dall'agnol. Julgado em: 24/11/2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=0355015-80.2014.8.21.7000&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte. Acesso em: 10 de fev de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70060165313**, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 30/07/2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=70060165313&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte. Acesso em: 01 de março de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058309956**, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 27/02/2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=70058309956&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 01 de março de 2023.

SILVA, Leni; MELLORY, Ísis; ARAÚJO, Monique. **Prioridade Absoluta: uma condição para o aprofundamento dos direitos humanos, das políticas públicas e da cidadania de crianças e adolescentes**. Revista Brasileira de Estudos Jurídicos v. 7, n. 1, jan./jun. 2012, p. 66. Disponível em: [https://s3.us-east-](https://s3.us-east-1.amazonaws.com/assetssetelagoas.fasa.edu.br/arquivos/old/arquivos/files/RBEJ%20v_7,%20n_1_2012.pdf#page=61)

[1.amazonaws.com/assetssetelagoas.fasa.edu.br/arquivos/old/arquivos/files/RBEJ%20v_7,%20n_1_2012.pdf#page=61](https://s3.us-east-1.amazonaws.com/assetssetelagoas.fasa.edu.br/arquivos/old/arquivos/files/RBEJ%20v_7,%20n_1_2012.pdf#page=61) . Acesso em: 10 de março de 2023. THRONICKE, Soraya. Projeto de Lei nº 3799. Senado Federal, MS, 2019. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7972711&disposition=inline&_gl=1*12dak0f*_ga*MTQwNzYyODMzNC4xNjgzODU0MDI4*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4Mzg1NDAYOC4xLjEuMTY4Mzg1NDEwMS4wLjAuMA.> Acesso em: 10 de maio de 2023.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - **Agravo de Instrumento: AI 0355015-80.2014.8.21.7000** RS

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível No 70036431088,.Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Julgado em 29 set. 2011. Disponível em: www.tjrs.jus.br/234563fgtht-ghht/45. Acesso em: 01 out. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil 3, Estudo Comparado com o Código Civil de 1916, Direito de Família**. São Paulo, Atlas 2003.

WALD, Arnold. **Direito Civil: Direito das coisas. 12. ed.** Editora: Saraiva, 2009, v.4