

7

O AFETO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE HABITAÇÃO

Túlio Márcio Lemos Mota Neves¹

RESUMO

O presente ensaio pretende realizar uma abordagem ao instituto do Direito de Habitação, previsto no artigo 1.831 do Código Civil sob o prisma do afeto, aqui colocado como novo paradigma para o Direito de Família. Assim, o trabalho aborda as formas de convivência familiar de acordo com a mais atualizada doutrina sob o tema, sempre colocando como centro das discussões o afeto e o direito à felicidade. Traz como norte para tanto a necessária observação dos Princípios que permeiam o Direito de Família, com ênfase na Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Liberdade. Por fim, situa o instituto revelando sua natureza jurídica, sua aplicabilidade à luz de todo o esforço argumentativo realizado e clama por uma aplicação do Direito de Família com foco no ser humano, de modo a preservar a verdadeira razão de ser de uma entidade familiar, a busca pela felicidade.

Palavras-chave: Direito de Família. Novos conceitos. Princípios, paradigma do afeto. Direito à felicidade. Direito de Habitação. Natureza jurídica. Alcance da norma.

¹ Juiz de Direito do estado de Minas Gerais em exercício na Comarca de Governador Valadares. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora-MG

ABSTRACT

This essay intends to hold the Office of the Right to Housing, under Article 1831 of the Civil Code through the prism of affection, placed here as a new paradigm for family law approach. Thus, the text discusses the forms of family life according to the most current doctrine about the theme, as always putting the center of discussions affection and right to happiness. It brings a north to the necessary observation of the principles that guide family law, with an emphasis on Human Dignity, Equality and Freedom. Finally, the institute is situated revealing its legal nature, its applicability in light of all the argumentative foreshortening done and calls for an application of Family Law with focus on the human being, in order to preserve the true raison of a family unit, the pursuit of happiness.

Keywords: Family Law. New concepts. Principles. Paradigm of affection. Right to happiness. Right to Housing. Legal nature. Scope of the rule.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma nova perspectiva sobre o conceito de família, o afeto como ponto central. 3. O direito real de habitação sob o enfoque do afeto e direito à felicidade. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio pretende realizar uma abordagem ao instituto do Direito de Habitação sob a égide do novo paradigma para o Direito de Família: o AFETO.

O artigo 1.831 do Código Civil assim dispõe:

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.

A intenção assim é fazer uma pequena incursão no novo conceito do Direito de Família, ainda que superficialmente, sem a pretensão de esgotamento do tema.

Desse modo, serão abordadas as novas concepções familiares até chegar ao ponto fulcral proposto que é o estudo do Direito de Habitação sob o prisma do afeto, fomentando o debate e o amadurecimento de ideias ligadas ao Direito de Família.

2. UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE O CONCEITO DE FAMÍLIA, O AFETO COMO PONTO CENTRAL

Embora avesso ao costume que nós juristas brasileiros temos de dar nomes a tudo, por vezes designando um mesmo instituto com duas ou mais nomenclaturas distintas para nominar conceitos idênticos e, em várias oportunidades se esquecendo do conteúdo em prol da forma, a nova concepção do Direito de Família atualmente defendido por vários autores de escol, dentre eles Maria Berenice Dias, vem a calhar, até mesmo como ponto de partida de uma nova ordem a ser observada tanto pelo aplicador do Direito quanto pelo legislador.

E esta nova dicção como “Direito das Famílias”, conceito alargado de modo a compreender as diversas formas de entidades familiares modernas, é uma tentativa válida de conformar esse ramo da Ciência Jurídica com o momento histórico que vivemos.

Entretanto, pedimos licença para continuar a utilizar o velho conceito “Direito de Família”, já que etimológica e semanticamente também se adequa à modernidade a tanto, pois a preposição “de”, de caráter indefinido, significa não um tipo de família, mas todas as relações humanas de convivência familiar.

Como introito, é bastante salutar a classificação dada por Maria Berenice Dias em sua obra, das diversas formas de entidades familiares hoje existentes², de modo a situar o leitor quanto à amplitude do tema e das relações humanas hodiernas:

1. Matrimonial (não mais chamada de legítima!), ainda a mais comum, formada pelos cônjuges masculino e feminino.
2. Informal, a chamada união estável.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3. Homoafetiva, aquela formada por indivíduos do mesmo gênero sexual.
4. Poliafetiva, formada por mais de dois indivíduos, como um homem e duas mulheres.
5. Monoparental, entidade em que há somente um dos genitores e filho(s).
6. Anaparental, formada por parentes sem a presença dos genitores.
7. Pluriparental, aquela em que há mais de duas pessoas como referência paterna/materna.
8. Paralela, aquela em que duas famílias partilham um mesmo membro, como no denominado concubinato impuro.
9. Extensa ou ampliada, em que há o convívio de filhos com genitores e progenitores, etc., conceito trazido pela Lei n. 12.010/2009.
10. Substituta, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de aguardar uma adoção.
11. Eudemonista, entidade em que duas ou mais pessoas procuram se relacionar por razões afetivas, sem consanguinidade ou necessário envolvimento sexual.

É claro que algumas dessas formas de convivência humana desafiam as religiões e muitos princípios arraigados na sociedade, porém o que se deve ter em mente é que elas de fato existem e, sendo assim, devem ser objeto de reflexão desprovida de ideias pré-concebidas ou preconceito de qualquer ordem, nunca se esquecendo da laicidade do Estado e da necessidade de proteção jurídica às pessoas à luz da Constituição da República.

Antigamente, a única forma constitucional e legalmente reconhecida era a matrimonial, a qual ainda possui a maior teia legislativa e normativa, em linhas gerais, tanto o direito de família quanto das sucessões.

Contudo, na atualidade a concepção de família se distancia cada vez mais da estrutura e ideia do casamento.

Isso porque com a evolução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o aprofundamento dos ideais de liberdade é preciso encon-

trar o elo, o cimento, o elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas.

E esse ponto de identificação é justamente o AFETO.

A própria evolução do pensamento religioso, com enfoque na felicidade do ser humano e na vida plena, despertou na sociedade o desejo de se voltar para o elemento estruturador de toda a vida humana, ou seja, o sentimento de amor e o elo afetivo que funde as almas e até mesmo fazem confundir o patrimônio, gerando responsabilidades e comprometimentos mútuos.

Ademais hoje o Direito de Família tem enfoque no indivíduo e não mais nos bens ou coisas que guarnece a relação familiar.

Hodiernamente a família como instituição *deu lugar à família como instrumento*, ou seja, a nova concepção de Direito de Família destaca o *caráter instrumental* da estrutura familiar.

Isso significa que ela existe para trazer felicidade às pessoas e contribuir para o desenvolvimento sadio da personalidade e crescimento pessoal, bem como a formação da própria sociedade, com enfoque na liberdade. Não é mais objeto puro e simples de acumular riquezas, juntar terras e títulos, compartilhar sobrenomes, etc.

Portanto, mais uma vez repita-se, a nova forma estruturante das relações interpessoais é o AFETO, com raízes no axioma da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

E em nosso ordenamento a Lei que regula a matéria, o Código Civil, com apenas pouco mais de 10 anos de vigência, já entrou em vigor defasado no que diz respeito ao Direito de Família, pois trouxe ideais estabelecidos na década de 1970, em que sequer era admitido o divórcio.

Tanto é que tratou a união estável na parte final, quase que como um adendo, uma inserção de última hora e deixou para trás vários temas importantes, como as relações lastreadas no afeto.

Mas a Constituição da República ao erigir a Dignidade da Pessoa Humana como um axioma, isto é, um princípio dos princípios, abriu caminho para uma nova abordagem, focada no *Direito à Felicidade*.

É muito difícil para a sociedade assimilar novidades e desmistificar condicionamentos arraigados na cultura e na educação. Há ainda

muitos preconceitos que nos impedem de perceber que existem inúmeras maneiras de viver e diversas formas de buscar a felicidade.

Nesse ponto é valioso destacar que essa busca da felicidade e vida plena é calcada pela liberdade em todos os sentidos, principalmente o religioso, o qual não deve nunca matizar de forma plena o legislador no momento de elaboração da lei, nem o Magistrado no momento de sua aplicação, pois não cabe a estes personagens influenciar na escolha de vida do indivíduo quanto às suas opções sexuais, de crença, etc.

Com esta lacuna legislativa, cabe essencialmente ao Poder Judiciário a responsabilidade de construir essa nova fase social e atender aos reclamos da sociedade, esta cada vez se transformando de forma mais rápida, num contexto de mundo globalizado e antropocentrista. (não, assim está bom).

E baseado no conceito de que é necessário adequar a Justiça à vida e não engessar a vida em normas jurídicas distanciadas da realidade humana e muitas vezes editadas olhando para um passado distante, que o Judiciário vem se transformando no ponto de apoio dessas novas formas de se viver plenamente.

Não se pode permitir que essas normas, muitas vezes editadas para reprimir o exercício da liberdade, sejam o único norte em afronta à Constituição.

O Direito de Família, por si só, merece maior atenção por lidar diretamente com aquilo que nos é mais caro, isto é, nossas relações de vida. É um ramo que lida com seres humanos, com pessoas dotadas de sentimento visto que não pode o Estado, a pretexto de preservar estruturas, imiscuir-se indevidamente na intimidade e liberdade dos indivíduos.

O Direito foi feito pelo homem e para o homem e não o homem para o Direito.

Embora haja pequenas diferenças entre autores, podemos resumir assim os atuais Princípios que norteiam o Direito de Família:

1. Liberdade;
2. Igualdade (respeito à diferença);
3. Solidariedade Familiar;

4. Proteção integral ao Pluralismo familiar;
5. Proibição de Retrocesso social;
6. Afetividade;
7. Boa-fé objetiva.

Não foi incluída no rol propositalmente a Dignidade da Pessoa Humana, essa considerada um axioma, como acima mencionado, uma espécie de Princípio dos Princípios, esposando aqui a opinião de Daniel Sarmiento e Rodrigo da Cunha Pereira, os quais o chamam de macroprincípio³, ⁴.

O Direito de Família, como acima mencionado, é o ramo que mais toca à sociedade e onde floresce com maior visibilidade a Dignidade da Pessoa Humana, pois, acima de tudo, além dos aspectos morais, influencia a nossa vida e discute a nossa felicidade.

Malgrado tenha a Constituição da República deixado de mencionar em seu texto a palavra *afeto*, ao reconhecer explicitamente a união estável e a julgar merecedora de proteção jurídica, indubitavelmente o reconheceu e o inseriu no sistema jurídico.

O legislador infraconstitucional assim também o fez, pois está clara no artigo 5º, III, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) a proteção a qualquer relação baseada no *afeto*.

E é óbvio que o afeto não é fruto da biologia. *Os laços de afeto, amor, solidariedade, piedade e carinho derivam precipuamente da convivência e não do sangue.* Caso contrário só haveria relacionamentos sociais entre parentes.

E nesse ordenamento jurídico baseado na Dignidade de Pessoa Humana é que surge, por exemplo, a Doutrina da Proteção Integral, inserta no artigo 226, § 6º, da Constituição da República, a qual preconiza ser a criança sujeito de direitos, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias, e lança seus desdobramentos sobre todo o Direito vigente.

³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Com base nessa nova ordem, por exemplo, o conceito de paternidade também se ampliou e passou a compreender o parentesco psicológico, o qual sem dúvida prevalece sobre a verdade biológica.

No dizer de João Batista Vilella houve uma desbiologização da paternidade.⁵

Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não.

Pai, na definição moderna, é quem age como pai, quem dá afeto e proteção e garante a sobrevivência.

Tanto assim é que a posse do estado de filho se baseia em três aspectos:

1. tratamento: quando o filho é tratado como tal, criado e educado pelo pai, mãe ou cada um deles; e/ou
2. quando usa o nome de família; e/ou
3. é conhecido socialmente como pertencente a uma determinada família.

Percebe-se, por conseguinte, a valorização do *afeto* como o principal aspecto a ser considerado quando em análise tudo que se referir ao Direito de Família.

Por isso mesmo, surge nesse ramo a aplicação da *Boa-fé objetiva*, a qual tem seu conceito ligado à lealdade nas relações sociais, com dever pleno de informação e confiança nos atos praticados. Quem se comporta inicialmente de tal maneira, não pode alterá-la posteriormente. É a tutela jurídica da confiança de forma a não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem.

É fácil exemplificar tal preceito no Direito de Família: a proibição da negatória de paternidade àquele que registrou voluntariamente o filho. Sendo admitida, tal ação violaria a legítima confiança do filho e a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar.

⁵ VILELLA, João Bapstista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 6 de maio de 2014.

Uma vez comprovada a posse de estado de filho, com a existência de um vínculo afetivo, não há como prevalecer a biologia sobre a afetividade. Entre o direito do pai de negar a paternidade biológica e o do filho de ver preservada a posse do estado que sempre desfrutou, há de prevalecer a filiação afetiva.

Apenas o filho tem o direito de perseguir seu vínculo genético ou de intentar a ação de investigação quando atingir a maioridade, pois tal direito é personalíssimo.

Aquele que perfilhou alguém sabendo não possuir o vínculo genético ou assim o fez por meio da livre autonomia da vontade não pode perseguir tal objetivo.

3. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOB O ENFOQUE DO AFETO E DIREITO À FELICIDADE

É com base em todas as necessárias ponderações acima que surge a questão da aplicação do artigo 1.831 do Código Civil que assim dispõe:

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. (Grifos nossos).

O grifo foi proposital em razão da nomenclatura utilizada pelo Legislador do Código Civil brasileiro aprovado no limiar do terceiro milênio, porém invocando conceitos próprios de meados do século XX.

Isso porque, pela aplicação literal do artigo, somente o cônjuge, ou seja, aquele casado nos termos da legislação civil, é que teria o direito de habitação no único imóvel familiar.

E aqui cabe uma observação acerca da natureza jurídica do instituto, sendo a localização do dispositivo no Direito das sucessões questionável, ainda mais por estar inserto no capítulo que trata da vocação hereditária.

O próprio dispositivo afirma que tal direito será assegurado sem prejuízo de participação na herança, o que deve ser entendido como

de aplicabilidade independentemente da existência de qualquer direito hereditário e sem importar o regime de bens do casamento.

Nota-se que esse direito é oponível a qualquer herdeiro, pois calcado na simples convivência e afeto.

Indubitavelmente, o dispositivo pouco tem a ver com o direito sucessório propriamente dito, pois a intenção da norma é resguardar o remanescente familiar, assegurando-lhe o direito de habitar no local em que residia com outro ou outros entes da família.

Em boa técnica legislativa, o preceito deveria estar inserto no Livro IV do Código Civil, aquele destinado ao Direito de Família, e já no Título I, que trata dos direitos pessoais, de modo a separá-lo inclusive da parte que cuida das questões patrimoniais, já no Título II.

Sob esse aspecto é muito relevante a expressão “qualquer que seja o regime de bens”, pois deixa claro que para usufruir do benefício sequer há de se perquirir tal aspecto, ou seja, a norma é clara ao dizer que para a sua aplicação devem ser deixados de lado os aspectos financeiros e materiais da relação, focando a sua aplicação no Direito de Família e não no Direito das Coisas ou Sucessório.

Por conseguinte, resta clara a natureza jurídica do instituto inserto no artigo 1.831 do Código Civil como de Direito de Família e ligado ao ramo dos direitos pessoais do(s) integrante(s) do núcleo familiar.

Nesse passo, avulta a classificação de famílias colocada no introito deste ensaio, e a sua natureza jurídica distante do Direito das Sucessões, pois muitas vezes esse direito de habitação poderá ser conferido a uma pessoa não contida no rol dos herdeiros, como, por exemplo, dois amigos que dividiram o mesmo teto, formando um verdadeiro núcleo familiar eudemonista, sem necessariamente um vínculo sexual, mas calcado no afeto.

E aí cabe a pergunta: por que conferir tal direito somente ao cônjuge?

Tal diferenciação, por tudo já exposto, fere o Princípio da Igualdade, pois a concepção teleológica do Direito de Família não permite ao legislador a atribuição de pesos diferentes e preferência sobre um tipo de convivência familiar – e respectivos entes – em detrimento de outro, pois cabe ao indivíduo e somente a ele escolher qual a melhor

maneira de estruturar suas relações de família em busca da felicidade e realização pessoal plena.

Sob o enfoque laico e de acordo com uma exegese estritamente constitucional, não há sentido algum na sobrevalorização do cônjuge perante os demais personagens familiares, pois todos eles atualmente detêm a mesma posição em se tratando de relação familiar perante o Direito.

E em sentido contrário, é nítida a política legislativa de tentar sobrevalorizar o casamento com a intenção de preservá-lo, mas é óbvio que, à luz da Constituição da República, como mencionado acima, não cabe ao legislador este papel de mantenedor das estruturas familiares ditas tradicionais; a ele compete, sim, a tarefa de dar cobertura jurídica a todas as formas de relações humanas, de modo a dirigir a proteção estatal às pessoas indistintamente.

Tamanha é a importância dos aspectos abordados que tal direito de habitação pode ser oponível até mesmo contra o cônjuge supérstite, como naqueles inúmeros casos em que, após separação de corpos, um dos cônjuges permanece na residência sob os cuidados de um terceiro com quem mantenha vínculo afetivo (irmão, ou neto, ou novo companheiro, etc.), sem haver separação judicial ou divórcio na união originária. Nesse cenário, com eventual falecimento do cônjuge residente, esse terceiro estaria acobertado pela proteção à família inculpada no artigo 1.831 do Código Civil.

Apesar da aparente invocação *contra legem* do instituto em estudo, a aplicação da lei sem a observância de uma correta exegese – na qual não se vislumbra o verdadeiro alcance da norma – conduziria a uma flagrante injustiça legal. Ou seja, a pretexto de aplicar a lei, estaria sendo realizada uma injustiça contra a pessoa que fez daquela morada seu lar em conjunto com outra pessoa.

Logo, chega-se à inegável conclusão de que não se pode confinar tal benefício somente ao cônjuge. Com base nele se garante a todo membro de um núcleo familiar, seja matrimonial, informal, homoafetivo, anaparental, pluriparental ou eudemonista o direito de continuar habitando o lar familiar.

Direito real na dicção legal, apresentando todas as características inerentes ao instituto, principalmente a *sequela*, de sorte que o mo-

rador somente sairá do bem por vontade própria, sendo passível de averbação à margem do registro do imóvel.

Quando não regularizado, gozará do *status* de posse do estado de habitante.

Observa-se ainda que, na seara processual, qualquer um dos integrantes dessa entidade terá legitimidade ativa *ad causam* para pleitear tal direito, oponível aos sucessores.

Reforçando a argumentação, à guisa de exemplificação, um filho que tenha vivido com o irmão no lar da família, o enteado que tenha convivido com o padrasto morto, primos que moravam juntos, etc., todos esses sobreviventes, do ponto de vista enfatizado, têm o direito e consequente legitimidade para reclamar a habitação, direito oponível a qualquer um, inclusive herdeiro necessário, lembrando mais uma vez que a natureza jurídica de tal instituto é de Direito de Família e não o sucessório.

4. CONCLUSÃO

Portanto, é forçoso concluir que este instituto timidamente colocado em somente um artigo do Código Civil no capítulo do Direito das Sucessões, até mesmo esquecido e não muito aprofundado, é de suma importância, pois canaliza em si a aplicação plena da nova concepção do Direito de Família nestas linhas abordada, calcado no *afeto* e no *direito à felicidade*.

Os operadores do Direito nesta nova era do mundo aberto, sem fronteiras, da comunicação instantânea e, sobretudo das liberdades, em que o indivíduo toma para si as rédeas de sua vida, devem estar conectados e ampliarem o olhar para além do horizonte das frias letras de uma codificação anacrônica e, em muitos aspectos, distanciada da realidade e dos princípios e preceitos constitucionais.

Sem qualquer apologia ao que muitos na Doutrina “denunciam” como uma tentativa de “comonlização” do Direito brasileiro, cabe-nos a tarefa de cada vez mais aproximar a justiça da realidade, tarefa não muito simples para um sistema jurídico romano e preso às codificações.

Em suma, cabe aos operadores do Direito lançar um olhar mais acurado sobre o Direito de Família de maneira a fomentar sua aplicação calcada no *afeto*, cujo objetivo é um só: a *busca pela felicidade*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1979.

Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 6 de maio de 2014.

