

XII CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS

DEFENSORIA COMO METAGARANTIA:

TRANSFORMANDO PROMESSAS CONSTITUCIONAIS EM EFETIVIDADE

CONCURSO DE TESES

TESE: É possível a concessão do direito real de habitação à mulher vítima de violência doméstica e familiar, enquanto perdurar a condição de dependência econômica em relação ao ex-cônjuge/companheiro(a), à luz do princípio constitucional da igualdade de gêneros.

AUTORIA: Ana Carolina de Paula Machado e Ana Paula de Oliveira Castro Meirelles
Lewin

A Defensoria Pública, nos termos da Constituição da República de 1988, em seu artigo 134, é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo à ela entregue a incumbência de promover os direitos humanos.

Como é sabido, os direitos humanos são fruto de um processo histórico na tentativa de se proteger a própria condição de ser humano.

Como origens históricas dos direitos humanos podem ser mencionados o Direito Humanitário, a Liga das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho.¹

O Direito Humanitário é o ramo do Direito que se aplica à situação de guerra, para se impor limites aos Estados e se proteger os militares fora de combate e as populações civis. Remonta à Batalha de Solferino² e à criação da Cruz Vermelha.

Em seguida, deve-se citar a formação da Liga das Nações Unidas. Após a Primeira Guerra Mundial, a Liga teve como objetivo relativizar a soberania dos Estados, a fim de garantir a paz internacional. Os Estados signatários, por meio da cooperação internacional, comprometeram-se a promover a paz e a segurança internacionais.

¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2009, 10ª Ed., p.113.

² Batalha entre austríacos e sardo-piemonteses, auxiliados pelos franceses, durante a Guerra Sardo-Austríaca, pela independência italiana, em 1859.

Ao mesmo tempo, também após a Primeira Guerra Mundial, foi criada a Organização Internacional do Trabalho. O objetivo era estabelecer condições mínimas de trabalho, para se garantir o bem-estar do trabalhador. Nesse sentido, revelava-se uma primeira faceta de um direito social em nível internacional.

O Direito Internacional, assim, deixava de regulamentar apenas as relações entre Estados, para ter como sujeito de direito o próprio indivíduo.

Esse movimento histórico foi, por fim, coroado com a Segunda Guerra Mundial. Isso porque os horrores cometidos durante o Nazismo reforçaram a noção de que o ser humano não poderia estar a mercê do Estado, sem que esse sofresse qualquer responsabilização internacional. O indivíduo, dessa forma, estaria sujeito à ordem jurisdicional de seu Estado, mas, ao mesmo tempo, protegido pelo Direito Internacional.

Daí decorre a primeira característica dos direitos humanos: a sua universalidade. Significa isso dizer que os direitos humanos contemplam qualquer ser humano. Basta a condição humana para ser sujeito de direito. Aliás, esse é o próprio fundamento desses direitos: a natureza humana. Assim, qualquer indivíduo, seja qual for sua origem, etnia, nacionalidade, gênero, religião, concepção política, condição econômica, estará protegido.

Essa amplitude dos direitos humanos foi contemplada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na medida em que afirma: “Artigo II – Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta

Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Na mesma toada, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotou outra característica dos direitos humanos: a indivisibilidade. Isso quer dizer que todos os direitos humanos são complementares e interdependentes. Nesse sentido, a dignidade humana apenas se realiza quando os direitos das diversas naturezas são observados. Assim, os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais ocupam o mesmo patamar e são igualmente relevantes para a completude do ser humano. Apenas a conjugação de todos esses direitos corresponde à formação da dignidade humana.

Vale dizer, não há como se alcançar o ideal humano se qualquer desses direitos for violado. E mais, a realização de um direito humano é condição para a realização do outro. Assim, mais do que indivisíveis, os direitos humanos estão diretamente interrelacionados e são interdependentes.

Nesse cenário, resta concluir que os direitos humanos apenas serão respeitados quando os direitos das mulheres forem observados. Como os destinatários dos direitos humanos são todo e qualquer indivíduo, a mulher é sujeito de direitos humanos.

Ademais, como os direitos humanos são interdependentes, apenas a garantia dos direitos humanos das mulheres assegurará os direitos de todos os sujeitos.

Assim, a formação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais passa, necessariamente, pelo exercício dos direitos das mulheres, de forma livre, autônoma e consciente.

Nesse sentido, os direitos humanos das mulheres podem ser definidos como “o direito ao desenvolvimento de nossas potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena, sem violência e discriminação. A partir de uma visão integral de direitos humanos, a luta por direitos humanos das mulheres envolve os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.”³.

Em 1979, a proteção dos direitos humanos das mulheres foi reforçada pela aprovação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Os Estados signatários, assim, comprometeram-se a, progressivamente, eliminar toda forma de “distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo” (artigo 1º da Convenção).

Posteriormente, em 1993, foi aprovada a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher para extirpar qualquer ato ou ameaça de violência baseada no gênero.

Também em 1993, foi promulgada a Declaração e Programa de Ação de Viena, que consagrou os direitos humanos das mulheres no sistema de proteção dos

³ PIOVESAN, Flavia. *Os direitos humanos das mulheres*. Revista do IBDFAM, Edição 09, Março de 2014, p.5.

direitos humanos. Isso porque, expressamente, declara que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos (parágrafo 18)

Exposto tudo isso, resta concluir que não há como se concretizar os direitos humanos sem que sejam observados os direitos das mulheres.

Para isso, portanto, deve ser respeitado todo o sistema de proteção aos direitos das mulheres, garantindo-se o amplo acesso aos instrumentos de garantia e reparação desses direitos.

No cenário brasileiro, os direitos humanos foram abraçados pela Constituição da República, intitulados de direitos fundamentais. Especialmente no artigo 5º, foram elencados, de forma exemplificativa, os direitos mais caros aos seres humanos. E, inaugurando esse rol, tem-se a garantia da igualdade entre homens e mulheres.⁴

Levando em conta essa circunstância, fácil concluir que caberia às Defensorias Públicas defender as mulheres em situações em que o princípio da igualdade está ferido, ou seja, em situações que seus direitos são violados por conta da sua condição de mulher.

⁴ “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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Visando a enfatizar essa função, a Lei Complementar nº 132/2009 inseriu o inciso XI ao artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994, atribuindo como função institucional das Defensorias Públicas exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

A Lei Maria da Penha, de 2006, também elevou a Defensoria Pública à instituição defensora da mulher, cabendo-lhe garantir a defesa dos direitos, em todas as fases do processo, cível e criminal, da mulher, bem como extraprocessualmente. Entre as formas de proteção à integridade física e moral da mulher, a Lei Maria da Penha previu as chamadas medidas protetivas de urgência.

Ocorre, contudo, que as medidas protetivas possuem caráter precário e é entendimento dos Tribunais Brasileiros que só perduram os efeitos dessas medidas enquanto em curso inquérito policial ou ação penal, ou seja, como acessório a um pleito criminal da mulher.

Dessa maneira, a concessão das medidas protetivas de forma isolada pode se revelar insuficiente para a proteção da vida e da integridade da mulher. Nesse sentido, deve-se promover uma interpretação constitucional do instituto do direito real de habitação, como se sustenta a seguir.

O direito real de habitação corresponde ao direito de uso de imóvel alheio com a finalidade exclusiva de moradia. Trata-se de direito de conteúdo bastante restrito,

já que se destina, necessariamente, a garantir a moradia do seu titular, sendo vedado o uso com outra destinação, sob pena de perda do direito. Assim, é vedado ceder ou emprestar o imóvel, cabendo ao titular tão-somente residir aí com sua família.

Disso decorre sua natureza temporária e gratuita. Isso quer dizer que a extinção do direito ocorrerá nas mesmas formas em que se extingue o usufruto. Além disso, o titular estará exercendo direito próprio, nada devendo a título de aluguel ou coisa que o valha.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito real de habitação pode ser instituído por manifestação de vontade ou por previsão legal.

No primeiro caso, o titular do direito de propriedade poderá atribuir o direito de habitação a terceiro, registrando a manifestação de vontade, seja por contrato ou por testamento, conforme a Lei de Registros Públicos (LRP, art. 167, inc. I, nº 7).

Já no segundo caso, o direito decorre automaticamente da autorização legal. No sistema legal pátrio, o direito tem previsão nos artigos 1.416 do Código Civil e no artigo 7º, da Lei n. 9.278/96.

Inicialmente, o direito foi previsto na lei que regulamentou o instituto da união estável:

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

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

Veja-se que o direito real de habitação decorre da extinção da relação de união estável por morte de um dos companheiros, garantindo-se a moradia ao companheiro sobrevivente. O “caput” do artigo é bastante claro ao estabelecer que se trata de direito destinado a manter a assistência material do(a) companheiro(a).

Posteriormente, o Código Civil de 2002 previu o direito ao tratar das sucessões:

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.

Mais uma vez, o direito decorre da morte de um dos cônjuges, garantindo-se o direito de moradia ao sobrevivente.

O Código Civil tratou apenas do direito do cônjuge, mas é verdade que a Constituição Brasileira equiparou as duas formas constituição de família, de modo que o mesmo direito está garantido ao cônjuge e a(o) companheiro(a).

A diferença está em dois requisitos exigidos pelo Código Civil para a titularidade do direito, quais sejam, que o imóvel seja destinado à residência familiar e que seja o único dessa natureza.

Dito tudo isso, de fato, é possível concluir que o direito real de habitação, por expressa previsão legal, apenas decorre da extinção do casamento ou da união estável por morte de um dos cônjuges/companheiros.

No entanto, propõe-se uma interpretação constitucional e de acordo com o sistema internacional de proteção à mulher e eliminação das formas de discriminação da mulher.

A interpretação constitucional tem por finalidade garantir uma leitura das normas jurídicas à luz da Constituição, ou seja, todas as normas infraconstitucionais devem realizar os princípios e valores consagrados na Constituição.⁵

⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, pp.73/74.

Nesse sentido, a interpretação das normas infraconstitucionais que garantem o direito real de habitação aos cônjuges/companheiros sobreviventes devem ser interpretadas à luz do princípio constitucional que garantiu a igualdade de direitos, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, “caput”, da Constituição Brasileira).⁶

Assim, nessa cláusula genérica, inclui-se a garantia de direitos entre homens e mulheres, salvo se a diferenciação for necessária para atenuar desníveis, a fim de se garantir uma igualdade material entre os gêneros.⁷

No presente caso, a norma que prevê o direito real de habitação tem por finalidade garantir a moradia da mulher que, historicamente, é dependente economicamente do cônjuge ou do companheiro. Vale dizer, o aparente privilégio de se garantir o direito de habitação, na verdade, objetiva amenizar a desigualdade histórica de gêneros, respaldada pelo direito de assistência. Nesse sentido, a jurisprudência nacional:

“SUCESSÕES. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Os postulados constitucionais da **dignidade da pessoa humana, solidariedade e mútua assistência**, normas inspiradoras do direito real de habitação conferido no art. 7º, parágrafo único, da Lei n.º 9.278/96, garantem à companheira supérstite o direito de continuar a residir no imóvel comum, mesmo que, seja por motivos de

⁶ DA SILVA, José Afonso. Curso Direito de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 24ª Ed., 2005, p.223.

⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 296.

saúde, seja por razões outras não evidenciadas nos autos, o falecido ali não mais residisse. Negaram provimento. Unânime.” ([AC 70009478322](#))⁸

Nesse contexto, o espírito da lei, sob a ótica constitucional (princípios da dignidade da pessoa, da solidariedade e da assistência material) é garantir a moradia da mulher após o término do relacionamento, seja em razão da morte do cônjuge/companheiro ou pela vontade das partes.

Além disso, a interpretação da norma deve se dar à luz da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher. Nesse contexto, a interpretação da norma deve visar à eliminação da discriminação de gênero também no espaço privado, ou seja, nas relações domésticas e familiares.

No mesmo sentido expõe a mais abalizada doutrina a respeito:

“ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, **resta o desafio de democratização do espaço privado** – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público. A respeito, ressalte-se que o Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em sua recomendação n° 21, destacou ser dever dos Estados desencorajar toda noção de desigualdade entre a mulher e o homem,

⁸ <http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-direito-real-de-habitacao.dept> ([AC 70009478322](#))

quer seja afirmada por leis, quer pela religião ou pela cultura, de forma a eliminar reservas que ainda incidam no artigo 16 da Convenção, concernente à **igualdade de direitos no casamento e nas relações familiares.**⁹ (destaques nossos)

No presente caso, garantir-se o direito real de habitação à mulher vítima de violência familiar e doméstica promove a igualdade de gêneros no âmbito familiar, ou seja, no âmbito privado.

Exposto tudo isso, resta concluir que, de fato, não há previsão expressa no sistema legal brasileiro atribuindo o direito real de habitação à mulher vítima de violência doméstica e familiar. **No entanto, uma interpretação constitucional do texto normativo permitiria a promoção da igualdade de gêneros e a eliminação da discriminação da mulher no âmbito privado, já que, historicamente, essa mulher é economicamente dependente do cônjuge ou do companheiro.**

Diante disso, a concessão do direito real de habitação promoverá a igualdade de gêneros e a dignidade da mulher, na medida em que assegurará seu direito à moradia.

O pedido de concessão do direito real de habitação poderá ser apresentado sempre que extinto o casamento ou a união estável, como ocorre na hipótese expressamente prevista em lei (extinção pela morte do cônjuge ou do companheiro),

⁹ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.197.

havendo contexto de violência doméstica e familiar, independentemente do pedido de medidas protetivas.

Assim, é sugestão que o pedido seja discutido sempre que houver a extinção de algum desses institutos jurídicos (casamento ou união estável), seja no bojo da ação de divórcio ou de reconhecimento e dissolução de união estável, quando houver situação de violência doméstica e familiar, promovendo a igualdade de gêneros, garantida pela Constituição Brasileira.

BIBLIOGRAFIA:

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**, 5ª Ed., São Paulo: RT, 2014;

DA SILVA, José Afonso. **Curso Direito de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 24ª Ed., 2005;

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**, 3ª Ed, São Paulo: RT, 2012;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 9ª Ed, São Paulo: RT, 2013;

FONSECA, Antonio Cezar Lima da, **Algumas Anotações sobre a competência na Lei Maria da Penha**, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: nº 73, jan-2013 – abr-2013;

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008;

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**,
10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.