

PARECER - PALÁCIO DA GUANABARA[†]

José Fernando Simão^{*}

I. CONSULTA: A SITUAÇÃO E OS QUESITOS

O ilustre colega Doutor Gabriel de Orléans e Bragança formula CONSULTA acerca de ações reivindicatória e possessória movidas pelos herdeiros de Sua Alteza Imperial a Princesa Isabel e de seu marido o Conde D'Eu em face da União Federal e Estado do Rio de Janeiro em que se discute o domínio e a posse do chamado Palácio Guanabara, atualmente sede do Governo Fluminense, originalmente denominado Palácio Izabel, que atualmente tramita perante a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Antes de apresentarmos nossas considerações, convém procedermos a uma breve síntese da controvérsia entre as partes.

I.1 SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

Trata-se de complicada questão de direito civil que remonta ao Século XIX e acaba por se confundir com a própria História do Brasil

No ano de 1864, sob a égide da Constituição Imperial de 1824, foi decretada a Lei 1.217 de 17 de julho, para efeito de regular o dote de Sua Alteza Imperial, Princesa Isabel Cristina Leopoldina Augusta Micaela Gabriela Rafaela Gonzaga de Bourbon-Duas Sicílias e Bragança por força de seu casamento com Sua Alteza Real o Príncipe Luiz Felipe Maria Fernando Gaston de Orléans, Conde D'Eu.

Dispõe a lei em questão:

“Art. 1º - Ficão em vigor para a dotação de Sua Alteza Imperial

[†] Parecer de 30 de Novembro de 2018.

^{*} Professor Associado do Departamento de Direito Civil da USP.

A Senhora Dona Izabel, as disposições da Lei número cento e sessenta e seis de 29 de setembro de 1840, com as seguintes alterações

§1º - Quando se realizar o consórcio de Sua Alteza Imperial, será a sua dotação de cento e cinquenta contos de réis, cessando desde então os alimentos que atualmente percebe, e será paga pela forma porque o é de Sua Magestade o Imperador.

§2º - Fica decretada a quantia de trezentos contos de réis para a aquisição de prédios destinados à habitação de Sua Alteza Imperial e Seu Augusto Consorte”.

Essa disposição foi fielmente reproduzida no artigo 20 do pacto antenupcial datado de 11 de outubro de 1864 realizado pelo Casal Imperial. O casamento de Suas Altezas ocorreu em 15 de outubro de 1864.

A lei de 1864 remete à Lei 166 de 1840 que cuidou de outro dote, o de Sua Alteza Imperial a Princesa Januária (filha de Dom Pedro I e, portanto, tia da Princesa Isabel), que quando estava para se casar com Sua Alteza Real o Príncipe das Duas-Sicílias e Conde D’Áquila, Dom Luis Carlos de Bourbon. A Lei 166, de 29 de setembro de 1840, dispunha:

“Art. 3º - fica consignada a quantia de cento e vinte contos de réis para a aquisição de prédios que offereção decente habitação a estes Augustos Esposos: e enquanto não se effectuar essa aquisição, serão pagos pelo Thesouro Piblico, na razão de cinco por cento do referido capital, os alugueis de prédios que sejam para esse efeito mais idôneos.

Art. 6º. Ao dito patrimônio serão incorporados os prédios de que trata o art. 3º; e assim passará aos descendentes, segundo a ordem de sucessão estabelecida na Ordenação, Livro IV, Título 100, que fica para esse efeito em vigor.

Art. 7º - Todos os bens, a que se refere o artigo antecedente, serão consignados como Proprios Nacionaes, quando não haja, ou se acabe, a referida sucessão.”

Para a compreensão da questão, importante destacar o texto da Constituição Imperial que dá suporte a ambas as leis mencionadas. Trata-se do artigo 112 que transcrevo:

“Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos.”

Com o valor concedido pela Lei de 1864, em 1865, por escritura pública lavrada em 25 de janeiro, o Conde D'Eu adquiriu prédios urbanos e chácaras na Rua da Guanabara, canto do Roço, bairro das Laranjeiras e Freguesia da Glória, onde, posteriormente, se construiu o Palácio Izabel, atualmente denominado Palácio da Guanabara, a residência particular do Casal Imperial.

Após a proclamação da República vieram dois decretos:

- a) Decreto 1050 de 21 de novembro de 1890: “Ficam incorporadas ao domínio as terras situadas nos Estados do Paraná e Santa Catarina, concedidas a título de dote, à Condessa D'Eu, ex- Princesa Imperial do Brasil”.
- b) Decreto 447 de 18 de julho de 1891: “Ficam incorporados aos próprios nacionais todos os bens que constituíram o dote ou patrimônio concedido por atos do extinto regime à ex-princesa imperial, D. Isabel, Condessa D'Eu” apesar de o próprio Decreto reconhecer que “o governo provisório reconhece e acata todos os compromissos nacionais, contraídos durante o regime anterior, os tratados subsistentes com as potências estrangeiras, a dívida pública externa e interna, os contratos vigentes e mais obrigações legalmente estatuídas”.

O que se verificou depois foi a mais longa contenda judicial (ação possessória e reivindicatória) já ocorrida no Brasil iniciada no Século XIX e que será julgada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O TRF da Segunda Região (processo 92.0219258-8 – fls. 201 e segs.), em julgamento de 20 de junho de 1995, decidiu:

“Verifica-se que, tanto as declarações da escritura, como as cláusulas do contrato nupcial e os artigos de lei transcritos, todos, sem exceção, fazem certo que *o imóvel em questão foi comprado com o dinheiro do Tesouro para o fim específico e exclusivo de proporcionar uma habitação para a Princesa Imperial D. Isabel, que se casara com o Conde D'Eux e que seria, na ausência de filhos varões, a herdeira do trono.*

Assim, vejamos: a escritura (fls. 38, v.) fala em aquisição para os fins mencionados e nos termos do contrato de casamento e dos artigos das leis acima transcritos.

A lei 166 também é clara ao dispor que a quantia de 120 contos de réis para a aquisição de prédios *para habitação do casal (...)*

Da mesma forma, a Lei 1217, que introduziu alterações à lei

166, esclarece que a quantia de 300 contos de réis é para a aquisição de prédios *destinados à habitação* do casal.

Evidentemente, a extinção do regime monárquico, com desferro de toda a família Imperial, fez cessar a destinação do imóvel, desaparecendo a razão pela qual fora ele comprado.

O imóvel tinha destinação exclusiva: servir de moradia aos herdeiros do trono, membros da Família Imperial. Ora, com a substituição da Monarquia pela República, não há que se falar mais na figura do Imperador, nem em príncipes, nem em princesas, cessando, ‘*ipso facto*’, a razão pela qual o imóvel era utilizado, devendo retornar ao patrimônio da União, e de onde, na verdade, nunca saiu, pois foi adquirido como “próprio nacional” a teor do artigo 7º da Lei 166”. (grifos no original)

O debate que se trava no Poder Judiciário há mais de 120 anos é o seguinte: qual a natureza jurídica do direito da Princesa Isabel e do Conde D’Eu sobre o Palácio Guanabara?

Para a resposta, deve-se valer da lei vigente à época (anos de 1864 e 1865), ou seja, das Ordenações Filipinas e da doutrina do Século XIX.

I.2 OS QUESITOS

Em razão da demanda proposta, o ilustre consulente formula os seguintes quesitos:

- i) *Qual a natureza jurídica do dote matrimonial?*
- ii) *Qual a distinção entre o direito de habitação e o direito de propriedade, considerando a legislação da época do dote recebido pelo casal?*
- iii) *Como se qualifica juridicamente o dote recebido pelo casal, previsto no artigo 112 Constituição Federal de 1824 e instituído por meio da Lei nº 166, de 29 de setembro de 1840, da Lei nº 1.217, de 17 de julho de 1864, e no Pacto Antenupcial, de 11 de outubro 1864?*

Considerando os quesitos acima formulados, passo a exarar meu parecer.

II. PARECER

i) QUAL A NATUREZA JURÍDICA DO DOTE MATRIMONIAL?

Uma digressão histórica se faz necessária à resposta da questão.

Em termos de estrutura jurídica, a Lei 1.217 de 17 de julho de 1864, assim como a Lei 166 de 1840, criam o chamado morgado que, segundo Coelho da Rocha, é “o vínculo que tem por fim principalmente a conservação do lustre e nobreza de uma família.”¹

A sucessão no morgado se dá segundo as regras da primogenitura (Título C, Livro 4º, das Ordenações): “ordenamos que na sucessão deles e dos bens vinculados posto que o filho mais velho morra em vida de seu pai, ou do possuidor do morgado, se o tal filho mais velho deixar filho, ou neto, ou descendentes legítimos, estes tais descendentes per sua ordem se preferirão ao filho segundo.”

Contudo, não é possível assim classificar o Palácio Iza-bel, pois duas leis alteraram profundamente as regras sucessórias. A primeira é a Lei n. 57 de 6 de outubro de 1835,² que proibiu a criação de novos morgados e capelas, prevendo, ainda, que os existentes se extinguiriam com a morte dos titulares.³ Também, em 1847 a sucessão do filho natural nobre foi equiparada à do homem comum (chamado de peão ou pião)⁴ por força do Decreto 463 de 2 de setembro⁵.

¹ *Instituições de direito civil português*. t. II. Nova edição. Rio de Janeiro: H. Garbier, 1907, p. 75.

² Art. 1º - Fica proibido o estabelecimento de morgados, capellas, e quaisquer outros vínculos de qualquer outra natureza, ou denominação que sejam, e os existentes ficarão extintos pela morte dos atuais administradores legítimos.

³ Segundo Coelho da Rocha, a capella tem por fim a expressão da piedade do instituidor. In: *Instituições de direito civil português*. t. II. Nova edição. Rio de Janeiro: H. Garbier, 1907, p. 75.

⁴ É aquele que anda a pé, diferentemente do nobre que andava a cavalo.

⁵ “Art. 1º - Aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos

Com a proibição de novos morgados em 1835, o Palácio Izabel não poderia ter essa qualidade, pois a dotação data de 1864 e a aquisição do terreno é de 1865.⁶

Assim, o regime é o efetivamente previsto na Constituição de 1824: um verdadeiro dote na acepção jurídica das Ordenações Filipinas, que vigeram como lei civil no Brasil até 1º de janeiro de 1917, quando entrou em vigor o Código Civil de 1916.

Sobre o dote, podemos afirmar que as Ordenações tinham algumas importantes regras. Antes de mais nada, cabe conceituar dote. Segundo Teixeira de Freitas, em sentido amplo:

“Dote, em geral é tudo, que a molhér traz para a sociedade conjugal, qualquer que seja o regimen do casamento; e portanto pôde haver dote, sem que haja regimen dotal.”⁷

Trigo de Loureiro afirma que dote “significa toda a doação, que os pais, ou outrem fazem a um dos esposos por ocasião do seu casamento, ou os mesmos bens, com que cada um destes declara entrar para o casal, com reserva da propriedade para si só.”⁸

Em sentido jurídico, afirma Lafayette⁹ que:

“Dote, em sua significação rigorosamente jurídica, é a porção de bens incomunicáveis, que a mulher ou alguém por ela, transfere ao marido para com os frutos e rendimentos provenientes sustentar os ônus do matrimônio, sob cláusula de restituição de taes bens, dissolvida a sociedade conjugal¹⁰.

hereditários, que, pelas Ordenações, livro 4º Título 92, competem aos filhos naturais plebeus”.

⁶ Em sentido contrário, pela natureza de morgado do Palácio Izabel temos a excelente pesquisa de Guilherme de Faria Nicastro: *Direito de Propriedade da transição política – uma análise do caso Palácio Guanabara*, Tese, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2017, cujo acesso pode ser realizado pelo seguinte sítio eletrônico: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19699>.

⁷ FREITAS, Augusto Teixeira. *Consolidação das Leis Civis*. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 99, nota 18.

⁸ LOUREIRO, Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. v. I. Brasília: Senado Federal, 2004, p.138.

⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*, v. 1. Brasília: Senado Federal, 2004, pp. 172/173.

¹⁰ Trata-se de uma forma de evitar que o marido, se utilizando do divórcio das Ordenações Filipinas que punha somente fim à sociedade conjuga, se valesse de expediente

Desta noção resulta que, para a composição da essência do dote, entram como elementos: a incomunicabilidade dos bens dotaes; a sujeição deles ao poder do marido; a destinação dos frutos e rendimentos à sustentação dos encargos do matrimônio; e finalmente a cláusula de restituição, à mulher ou à seus herdeiros, ou ao instituidor do dote.

A reunião destes caracteres, creados pela convenção antenupcial, constitui dotes os bens e os sujeita às leis do regime dotal.”

A lógica do dote era clara no Século XIX. A mulher fora do lar, por não trabalhar, não contribuiria com o sustento da família. O dote tinha essa função. Seria a forma de custeio das despesas por parte da mulher casada.

Não é por outra razão que a Constituição Imperial de 1824 determina o pagamento de um dote para as Princesas em substituição aos alimentos que, até então, lhes eram pagos. Cesam os alimentos em razão do dote.

Indaga-se: qual a lógica do dote? É apenas garantir habitação como faz crer a decisão do TRF da Segunda Região? A resposta é negativa. O dote tem função precípua de fazer parte do patrimônio do marido (no caso em tela, o Conde D’Eu) para o sustento da esposa e como contribuição à família.

Sobre o bem dotal, há direito de propriedade plena. Sobre o dote, o Casal Imperial tinha domínio, nos termos das Ordenações Filipinas. Conforme ensina Lafayette Rodrigues Pereira:

“Mas, ordinariamente, o *direito de propriedade* é tomado em sentido mais restrito, como compreendendo tão somente o direito que tem por objeto direto ou imediato as coisas corpóreas. Nesta acepção se lhe dá mais geralmente o nome de *domínio*, consagrado por monumentos legislativos antiquíssimos e de significação mais espiritual e característica. *Domínio* é o direito real que vincula e *legalmente* submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentales e

para prejudicar a mulher. É a hipótese de ocorrer, o que o Código Civil de 1916, chamou de desquite. O marido não poderia manter o dote se não mais tinha o dever de sustento quanto à esposa. Essa regra não pode ser aplicada ao dote em favor da Princesa Isabel, pois o casamento dela não se dissolveu e deveria cumprir sua função precípua conforma previsão do artigo 112 da Constituição de 1824.

acessórios”¹¹.

É, lógico, portanto, que o Casal Imperial, por força da regra constitucional vigente à época, por força da Lei 1.217 de 1864 e pela noção jurídica de dote, tinha a propriedade plena sobre o Palácio Izabel, atual Palácio Guanabara.

A regra que se aplica ao dote em questão é aquela do dote com estimação *venditionis causa* por se tratar de bem fungível (afinal, o Casal Imperial recebeu 300 contos de réis e não o imóvel). Explica Lafayette Rodrigues Pereira que “passam para o domínio pleno do marido as cousas fungíveis, e os móveis e imóveis dados com estimação *venditionis causa*. Daí resulta: (i) que o marido tem o direito de alienar tais bens, hipotecá-los, dá-los em penhor e gravá-los de quaisquer ônus reais; (ii) que pode perdê-los por prescrição; (iii) que podem seus credores penhorá-los; (iv) que por sua conta correm os riscos e perigos que lhes acontecem.”¹²

Assim, muito além de um simples direito real de habitação, conforme se verá no próximo quesito, havia claro direito de propriedade de titularidade da Princesa Isabel.

ii) QUAL A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO DE HABITAÇÃO E O DIREITO DE PROPRIEDADE, CONSIDERANDO A LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA DO DOTE RECEBIDO PELO CASAL?

Deve-se ressaltar, novamente, que o que se discute em termos de mérito no presente caso é a natureza jurídica do direito real que a Família Imperial, qual seja, os descendentes da Princesa Isabel e do Conde D’Eu, têm sobre o Palácio Izabel, atualmente Guanabara.

A premissa da decisão do E. TRF da 2ª Região é que a

¹¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, pp. 77/78.

¹² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2004, pp. 187/188.

Família Imperial tinha, sobre o bem, mero *direito real de habitação*, ou seja, um direito real sobre coisa alheia já que a propriedade do bem é do Estado Brasileiro desde a época da sua aquisição. Assim, com o exílio da Família Imperial e posterior morte dos titulares (Princesa Isabel e Conde D’Eu), tal direito teria se extinguido.¹³

A questão de alta complexidade não enfrentada pelo V. Acórdão é saber se, em 1864, quando da dotação da verba prevista na Lei 1217, e mesmo em 1865, quando houve a aquisição dos imóveis, o direito pátrio admitia o direito real de habitação e qual era sua regulamentação legal à época.

As Ordenações Filipinas de 1603 estavam em vigência no Brasil com relação à matéria civil. O primeiro Código Civil, datado de 1916, só entrou em vigor em 1917, e, portanto, até então prevaleciam as Ordenações do Reino com as alterações procedidas por leis posteriores. Isso porque, mesmo após a Independência, por Lei de 20 de outubro de 1823, Dom Pedro I manteve vigentes as Ordenações e toda a legislação que a acompanhava. É este o teor da lei:

“Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados.

D. Pedro I, por Graça de Deus e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional e Perpetuo Defensor do Brazil, a todos os nossos Fieis Subditos Saude.

A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brazil tem Decretado o seguinte.

A Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brazil Decreta.

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves,

¹³ Segundo o acórdão, “o imóvel tinha destinação exclusiva: servir de moradia aos herdeiros do trono” (Ação possessória, fls. 205).

se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Art. 2º Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabella junta, ficam igualmente valiosos, emquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléa em 27 de Setembro de 1823.

Vigentes as Ordenações do Reino nos anos de 1864 e 1865, cabe, então, verificar se elas disciplinavam ou não o direito real de habitação invocado pelo TRF como direito pertencente à Família Imperial.

A resposta é negativa. As Ordenações do Reino não cuidavam do direito real sobre coisa alheia, conhecido pelo direito romano, e denominado pelo Código Civil de 1916, em seus artigos 746 a 748, de “direito real de habitação”.

Se a aquisição tivesse se dado na vigência do Código Civil de 1916, ou seja, após 1º de janeiro de 1917, o direito real de habitação ali disciplinado poderia ser aplicado, mas não é o que ocorre nos processos em questão. A lei que entra em vigor em 1917 não pode retroagir para atingir uma situação jurídica que se formou nos anos de 1864 e 1865, portanto, 50 anos antes de sua vigência.

As regras aplicáveis ao direito real de habitação no Século XIX eram as do direito romano, já temperado pela Lei da Boa Razão de 1769, que inaugura, nas palavras de Mario Delgado,¹⁴ a fase iluminista do direito privado lusitano, pela qual a lei romana só seria aplicada se estivesse fundada na boa-razão.

A Lei 1237 de 24 de setembro de 1864, posterior, portanto, à lei que concedeu valores à Princesa Isabel para a

¹⁴ DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

aquisição do Palácio Izabel, foi a primeira lei brasileira a mencionar o Instituto e o faz de maneira a enumerar os ônus reais, já que seu objetivo era disciplinar o crédito e suas garantias, em especial a hipoteca. Assim vejamos o teor da lei:

Art. 1º Não ha outras hypothecas senão as que esta Lei estabelece.

Art. 2º A hypotheca é regulada sómente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Código Commercial, relativas á hypotheca de bens de raiz. (...)

Art. 6º Sómente se considerão onus reaes:

A servidão; O uso; A *habitação*; O antichrese; O usufructo; O fôro; O legado de prestações ou alimentos expressamente consignado no immovel.

§ 1º Os outros onus que os proprietarios impuzerem aos seus predios se haverão como pessoaes, e não podem prejudicar aos credores hypothecarios.

§ 2º Os referidos onus reaes não podem ser oppostos aos credores hypothecarios, se os titulos respectivos não tiverem sido transcriptos antes das hypothecas.

§ 3º Os onus reaes passão com o immovel para o dominio da comprador ou successor.

Assim, qualquer definição do instituto deve partir dos romanistas. Não é outra a orientação de Clóvis Beviláqua ao falar do direito anterior: “recorria-se ao direito romano. (...) por direito romano, aquele a quem fosse conferido o direito de habitação, *usus aedium*, podia alugar a casa (*Inst.*, 2, 3, §5º; *Cod.*, 3, 33, 1. 13).”¹⁵

Segundo Eduardo Espínola, foi também Justiniano que definiu a *habitatio* como um tipo de direito real autônomo – “*neque usus videtur, neque usufructus, sed quae proprium aliquod jus*. E assim passou a *habitatio* para o direito moderno, estabelecendo-se uma diversidade entre os *direitos de uso e de habitação* em termos dogmáticos, que interessam, no dizer de Venezian, não tanto ao objeto como ao conteúdo de esquema jurídico

¹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. v. III. 5ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938, pp. 318/319.

de poder”.¹⁶

Ainda, segundo Espínola, cujo entendimento também segue Charles Demangeat¹⁷, temos o seguinte excerto (inst., §5º *in fine*, *De usu et habitatio*), que ambos transcrevem em suas obras:

“Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque usufructus, sed quae propriam aliquod jus. Quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, mostra decisione promulgata permissimus non solo in ea degere, sed etiam aliis locare”¹⁸

Na origem romana, o direito de habitação era um direito real sobre coisa alheia, mas que não se restringia ao uso para fins residenciais. É verdade que segundo as fontes não se confundia com o uso, nem com o usufruto. Contudo, era mais amplo que o simples direito de moradia. Admitia-se, conforme a doutrina e as fontes romanas evidenciam, que o bem fosse alugado para fins de produzir renda (locação).

Também a doutrina francesa (Charles Maynz e Charles Demangeat) e alemã (Windscheid) do Século XIX segue essa lógica de uma certa ambiguidade do direito real de habitação, pois era possível que o imóvel fosse locado pelo titular.

Maynz afirma que, entre os antigos, havia grande divergência a respeito da extensão do direito de habitação, pois era considerado, geralmente, uma espécie de uso. Contudo, Justiniano acabou por aproximá-lo do usufruto acrescentando ao titular, o direito de no imóvel residir ou locar a habitação a um terceiro. Não era permitido ao titular ceder o direito de habitação a título gratuito provavelmente porque esse direito tinha caráter

¹⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, p. 275.

¹⁷ DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. T. I. 3^{ème} ed. Paris: A. Marescq Ainé, 1876, p. 559.

¹⁸ “Se a alguém se houver legado ou de algum modo constituído a habitação, não se reputa nem *uso* nem *usufruto*, mas algum direito próprio. Ainda aos que tiverem essa habitação permitimos que por conveniência, em uma constituição nossa promulgada segundo o parecer de Marcelo, não só viver nela mas também arrendá-la a outros”, In: ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958, pp. 275/276.

alimentar.¹⁹

Demangeat, a partir de Ulpiano, explica que esse direito lembra bastante o direito de uso, mas assinala duas diferenças: a habitação, diferentemente do uso, não se extingue nem pelo não uso, nem pela *capitis diminutio*.²⁰

Windscheid, confirma ser esta a leitura do Direito Romano. Informa que o titular do direito de habitação teria a faculdade de morar e também de locar, mas não a faculdade de ceder gratuitamente a habitação, *nem perder o seu direito com o não uso* (nem mesmo por *capitis diminutio*).²¹

Efetivamente, o fim da confusão teórica entre uso, usufruto e habitação se dá com Justiniano. Isso porque, segundo Espínola, “o direito de habitação, concebido primitivamente como o uso aplicado às casas – *aedium usus*, foi posteriormente admitido como *usufructus habitationis*, entrando-se em dúvida quanto à sua natureza (se usufruto, uso, ou direito distinto). Justiniano, pondo termo às divergências, definiu a habitação como direito próprio, suscetível, entretanto, de ser dado em locação, por consideração de humanidade (Inst. 2, 5, §5; L. 10 D. 7, 8).”²²

Note-se que o conceito romano de direito real de habitação que prevalecia no Brasil no Século XIX se afasta

¹⁹ « Il y avait eu parmi les anciens grande controverse sur l'étendue de ce droit. En général, il était considéré, quant à ses effets, comme une espèce d'usage. Justinien l'a rapproché de l'usufruit, en accordant à celui qui en jouit le faculté d'habiter par lui-même ou de louer l'habitation à un autre. Mais il ne lui est pas permis de la céder à titre gratuit, probablement par la raison que l'on envisageait l'habitation comme une espèce d'aumône ». In : MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5ème ed. T. I. Paris : Durand, 1891, p. 818).

²⁰ « Ulpian constate que par le fait ce droit ressemble beaucoup au droit d'usage (...). Il signale cependant deux différences : à la différence de l'*usus*, l'*habitation* ne s'éteint ni par le non-usage ni par la *capitis diminutio* » In : DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. T. I. 3ème ed. Paris: A. Marescq Ainé, 1876, p. 559.

²¹ “il titolare avrebbe la facoltà di abitare, ma anche di locare, però non cedere gratuitamente l'abitazione, e non perderebbe il suo diritto col non uso (nè per *capitis diminutio*)” In: WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. V. I. Torino : Torinese, 1930, p. 746.

²² ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquistar, 1958, p. 286, nota 31.

completamente situação jurídica existente entre a Princesa Isabel e o Palácio Izabel. A Família Imperial tinha propriedade plena e não um simples direito real sobre coisa alheia.

Isso significa que o titular do bem dotal (vide item anterior) tinha todos os poderes da propriedade plena: usar, fruir, dispor e reaver. Conforme ensinam os autores do Século XIX, da noção de domínio se depreende “que o domínio envolve a faculdade de gozar de todas as vantagens e utilidades que a coisa encerra, sob quaisquer relações (*‘Dominium plena in rem potestas’*); que é *ilimitado* e como tal inclui em si o direito de praticar sobre a coisa todos os atos que são compatíveis com as leis da natureza; que é de sua essência *exclusivo*, isto é, contém em si do direito de excluir da coisa a ação de pessoas estranhas.”²³

Nota-se, novamente, o claro equívoco do TRF ao considerar que o Casal Imperial tinha apenas um direito real de habitação, pois, por força do dote, o direito era de plena propriedade.

E, em decorrência de o Casal Imperial ter o domínio ou propriedade do Palácio Izabel, concluímos que possuíam alguns direitos que são elementos que o compõem: “estes direitos, mediante uma divisão lógica e natural, se podem reduzir aos seguintes: direito de *possuir*, de deter fisicamente a coisa; direito de fazer dela os usos e empregos a que se presta; direitos a todos os seus frutos, rendimentos e produtos; direito de transformá-la e desnaturá-la; direito à substância da coisa (*nuda proprietas*); direito de defende-la contra as violências e injúrias de terceiro; de reivindicá-la do poder de quem quer que injustamente a detenha (I. §1º de *actionibus*. (4,6) D. *de rei vindicat*. (6,1) ord. L. 4, T. 54) e de haver a satisfação dos danos que se lhe causarem.”²⁴

Em suma, ainda que o direito da Princesa Isabel sobre o Palácio Izabel fosse, mas não é um direito real de uso, a disciplina aplicável seria a do direito romano e a noção de direito de

²³ PEREIRA, Lafayette. *Direito das coisas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, pp. 77/78.

²⁴ PEREIRA, Lafayette. *Direito das coisas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, pp. 83/84.

habitação seria mais ampla que aquela dada pelo Acórdão do TRF.

Assim, ao se afirmar que “evidentemente, a extinção do regime monárquico, com desterro de toda a família Imperial, fez cessar a destinação do imóvel, desaparecendo a razão pela qual fora ele comprado²⁵” denota equívoco histórico na compreensão do direito real de habitação do Século XIX. Há, por parte do Acórdão, uma transposição indevida de regras do Código Civil de 1916 a um instituto regulado pelo direito romano Justinianeu.

Esse argumento, base da decisão do TRF da 2ª Região, cede diante do regime jurídico do direito real de habitação aplicável à época. Isso, por si, indica o equívoco da decisão em qualificar a propriedade do Palácio Izabel como simples direito de habitação.

Tinha o Casal Imperial o direito de propriedade do qual se viu privado pelo Governo Republicano brasileiro sem nada receber em troca. É a figura do confisco.

iii) COMO SE QUALIFICA JURIDICAMENTE O DOTE RECEBIDO PELO CASAL, PREVISTO NO ARTIGO 112 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1824 E INSTITUÍDO POR MEIO DAS LEIS N.ºS 166, DE 29 DE SETEMBRO DE 1840, E 1.217, DE 17 DE JULHO DE 1864, E NO PACTO ANTE-NUPCIAL, DE 11 DE OUTUBRO 1864?

O dote gerou propriedade sobre os 330 contos de réis que, então, se sub-rogam na compra dos terrenos onde se construiu o Palácio Isabel.

Isso se explica pelo teor do art. 112 da Constituição Imperial de 1824:

“Art. 112. Quando as Princesas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos.”

²⁵ Fls. 201 e segs. do Acórdão proferido no processo 92.0219258-8.

A propriedade da Família Imperial é tão óbvia, que a Lei 166 de 20 de setembro de 1840 assim dispõe:

“Art. 7º - Todos os bens, a que se refere o artigo antecedente, serão consignados como Proprios Nacionaes, quando não haja, ou se acabe, a referida sucessão”

O que significa dizer que, na ausência de descendentes do Casal Imperial, segundo a ordem de vocação hereditária das Ordenações Filipinas (especialmente os títulos XCI e XCII do Livro IV), os bens dotais serão consignados como próprios nacionais.

É um afastamento da orientação das Ordenações Filipinas. Segundo a regra vigente, a herança iria ao Tesouro Nacional se o falecido não deixar descendentes, ascendentes, colaterais até 10º grau, nem cônjuge sobrevivente.

Pela lei especial, o bem seria “próprio nacional se não houvesse descendentes, o que se confirma pelo artigo 6º da Lei 160:

“Art. 6º. Ao dito patrimônio serão incorporados os prédios de que trata o art. 3º; e assim passará aos descendentes, segundo a ordem de sucessão estabelecida na Ordenação, Livro IV, Título 100, que fica para esse efeito em vigor.”

A regra do Palácio Leopoldina (antigo Palácio Januária pertencente à tia das Princesas Isabel e Leopoldina) continha uma diferença para a do Palácio Izabel. Em pacto antenupcial datado de 1º de novembro de 1864, O Príncipe Luiz de Coburgo e Gota (futuro marido da Princesa Leopoldina) concordava em perder o direito sobre os bens dotais, se não houvesse herdeiros (art. 8º). Há uma pactuação expressa que o afastaria da sucessão.

No caso do Palácio Izabel, pelo contrário, não há a renúncia pactuada, bem como esse artigo 7º jamais teria incidência, pois a Princesa Isabel e o Conde D’Eu tiveram descendentes de primeiro grau (filhos), muitos netos, bisnetos e assim por diante.

A leitura da Constituição de 1824, em seu Capítulo III denominado “Da Família Imperial e sua Dotação”, afasta qualquer interpretação de que, sobre o Palácio Izabel (atualmente

Guanabara) ou Palácio Leopoldina, houvesse mero direito real de habitação, instituto que sequer tinha bases legais nas Ordenações do Reino.

Aquele diploma trazia dotação em favor da Imperatriz (arts. 107 e 108), bem como em favor do Príncipe Imperial (art. 109) e aos mestres dos príncipes (art. 111).²⁶

O derradeiro argumento para se afastar completamente a ideia de que havia um “direito real de habitação” com fulcro no direito romano e não um verdadeiro direito de propriedade é a leitura do artigo 113 da Constituição Imperial:

“Art. 113. Aos Príncipes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam”.

Os Príncipes também faziam jus ao dote ainda que fossem residir fora do Império. Também nessa hipótese, pago o dote, cessava o direito a alimentos até então percebidos.

Os artigos 112 e 113 devem ser interpretados conjuntamente. O dote entregue aos Príncipes e Princesas, quando do casamento, faziam cessar o dever de prestar alimentos por parte do Tesouro Nacional. Isso significa que havia transferência de propriedade de dinheiro para os beneficiários.

Não há no texto constitucional, nas Ordenações Filipinas, nas leis 160 de 1840 e 1217 de 1864 qualquer indício de direito real de habitação, quer seja em favor da Princesa Januária

²⁶ Art. 107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade.

Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permittem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação.

Art. 109. A Assembléa assignará tambem alimentos ao Principe Imperial, e aos demais Príncipes, desde que nascerem. Os alimentos dados aos Príncipes cessarão sómente, quando elles sahirem para fóra do Imperio.

Art. 110. Os Mestres dos Príncipes serão da escolha, e nomeação do Imperador, e a Assembléa lhes designará os Ordenados, que deverão ser pagos pelo Thesouro Nacional.

(filha de Dom Pedro I), quer seja em favor das princesas Isabel e Leopoldina (filhas de Dom Pedro II).

III. RESPOSTA SINTÉTICA AOS QUESITOS

i) QUAL A NATUREZA JURÍDICA DO DOTE MATRI-MONIAL?

Trata-se de direito de propriedade garantido por força da Constituição de 1824, quando do casamento de princesas (art. 112 da Constituição de 1824). Assim, o Casal Imperial, por força da Lei 1217 de 1864, tem propriedade plena do Palácio Izabel, atualmente Palácio Guanabara.

ii) QUAL A DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO DE HABI-TAÇÃO E O DIREITO DE PROPRIEDADE, CONSIDERANDO A LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA DO DOTE RECEBIDO PELO CASAL?

O direito real de habitação tinha base exclusivamente romana, já que não disciplinado pelas Ordenações Filipinas. Tal direito permitia ao seu titular nele residir, bem como locar o imóvel. Já o direito de propriedade, sob o título de domínio, era disciplinado pelas Ordenações e tinha amplitude bem maior: gerava o direito de usar, fruir, dispor e reaver. Por se tratar de dote, o direito da Princesa Isabel sobre o Palácio Guanabara era bem mais amplo que um simples direito real de habitação.

iii) COMO SE QUALIFICA JURIDICAMENTE O DOTE RECEBIDO PELO CASAL, PREVISTO NO ARTIGO 112 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1824 E INSTITUÍDO POR MEIO DA LEI Nº 166, DE 29 DE SETEMBRO DE 1840, DA LEI Nº 1.217, DE 17 DE JULHO DE 1864, E NO PACTO ANTENUPCIAL, DE 11 DE OUTUBRO 1864?

Pela regra constitucional e pelas regras de direito civil vigentes à época, tratava-se de dote cujo objetivo era o sustento da mulher casada. Assim, as leis imperiais em favor das princezas (Lei 166 de 1840 e Lei 1217 de 1864), que criavam dotes em seu favor – cessando-se, assim, os alimentos – lhes garantiam a propriedade plena dos bens dotais, dentre os quais inclui-se o Palácio Izabel, atualmente denominado Palácio Guanabara.

Esse é o meu parecer [...]