

ESCOLA DA MAGISTRATURA/ FACULDADE PROCESSUS
PÓS-GRADUAÇÃO “LATU SENSU” EM DIREITO E
JURISDIÇÃO – ÁREA DE CONCENTRAÇÃO CIVIL

KAROLINE MENDES AGUIAR

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

BRASÍLIA

2014

ESCOLA DA MAGISTRATURA/ FACULDADE
PROCESSUS

PÓS-GRADUAÇÃO “LATU SENSU” EM DIREITO E
JURISDIÇÃO – ÁREA DE CONCENTRAÇÃO CIVIL

KAROLINE MENDES AGUIAR

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora da
Faculdade Processus para obtenção do
grau de pós-graduada em Direito Civil
“Latu sensu”, sob a orientação da
Professora Ludimila Lima Lara.

BRASÍLIA

2014

“Não a nós, Senhor, não a nós, mas ao teu nome dai glória, por amor da tua misericórdia e da tua fidelidade”.
(Salmos 115:1)

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre o Direito Real de Habitação à luz do Código Civil de 2002, ou seja, objetiva estudar esse direito de habitação, por meio do estudo doutrinário e jurisprudencial, após a entrada em vigor da nova Lei Civil, que trouxe diversas mudanças de entendimento sobre a utilização do instituto, bem como analisar a possibilidade de aplicação do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente com base no novo Código e no novo conceito de família que vigora em nosso ordenamento jurídico atual.

Palavras-chave: direito real de habitação, família, união estável, cônjuge, companheiro, sucessão hereditária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 SOBRE O INSTITUTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	7
1.2 Perspectiva Histórica	10
1.3 <i>O Direito Real de Habitação no Ordenamento Jurídico Brasileiro</i>	11
2 TRANSFORMAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	16
2.1 Evolução legislativa	17
2.2 <i>A União Estável como entidade familiar</i>	20
2.3 <i>Efeitos patrimoniais da união estável</i>	25
2.4 <i>Reflexos Sucessórios</i>	28
3 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA.....	33
3.1 Aplicabilidade do Direito Real de Habitação Sucessório aos companheiros ..	35
3.2 <i>Aspectos Polêmicos</i>	46
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O direito real de habitação à luz do Código Civil de 2002 visa analisar se existe o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente na atual legislação brasileira, seus desdobramentos e consequências jurídicas.

Com o passar do tempo a concepção de família sofreu profundas mudanças, e passou a ter sua definição jurídica fundada no afeto. A união estável, embora de inegável existência fática, não era reconhecida pela legislação anterior, que só amparava as uniões matrimonializadas. Com a nova lei civilista passou a ter reconhecimento jurídico como entidade familiar e ganhou especial proteção do Estado, visando garantir medidas assistenciais equiparadas ao casamento, entre elas o direito real de habitação.

O Código Civil de 2002 fez acréscimos importantes em comparação ao Código de 1916, ampliando substancialmente o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente. Dentre as mudanças realizadas indaga-se se estas abrangem, de modo a incluir o companheiro (união estável) como novo detentor desse direito. Destaca-se ainda a importância de se avaliar a aplicabilidade do direito de habitação quando paralelo ao direito de herança, nos casos em que houver herdeiros apenas do falecido.

O atual Código também passou a estabelecer que o cônjuge desfrutaria do direito real de habitação independentemente do regime de bens adotado no casamento, enquanto o Código Civil de 1916 limitava este direito apenas ao regime da comunhão universal. O Código de 16 também extinguiu o direito de habitação quando instituídas novas núpcias, entretanto o novo Código de 2002 revogou este dispositivo, tornando hoje tal direito vitalício.

Com o advindo de tantas mudanças existe a necessidade de se indagar se o instituto também se modificou para reconhecer a extensão desse direito ao companheiro sobrevivente. A doutrina não é pacífica neste ponto, embora a maioria defenda que o companheiro sobrevivente faz jus ao direito real de habitação sobre o bem imóvel no qual convivia com o companheiro falecido.

Nesse contexto, se torna de extrema relevância estabelecer o alcance desse direito, em especial quando houver herdeiros do *de cuius*, inclusive quando menores ou incapazes, levando-se em consideração seu direito à herança e à propriedade do bem imóvel, tendo em vista que o direito real de habitação consiste no poder de ocupação gratuita de casa alheia e que hoje tal direito se constitui vitalício. No atual entendimento do STJ, esse direito impera não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do falecido.

O direito real de habitação visto sob a ótica do novo Código Civil de 2002 tem por finalidade dirimir dúvidas e trazer ao debate as possíveis consequências jurídicas em relação a aplicação do instituto àqueles que vivem na constância da união estável.

1 SOBRE O INSTITUTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Direito Real de Habitação, constitui direito real temporário de usar gratuitamente casa alheia para moradia sua e de sua família. Os Direitos Reais ou Direito das Coisas, é ramo do Direito Civil que tem como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas. Como coisas pode-se entender tudo aquilo que não é humano, ou seja, bens corpóreos ou tangíveis. (TARTUCE, 2014, p. 2).

Segundo a clássica conceituação de Clóvis Beviláqua, os Direitos Reais representam um complexo de normas que regulam as relações dominiais existentes entre a pessoa humana e coisas apropriáveis. Em suma, há uma relação de domínio exercida pela pessoa sobre a coisa. (BEVILÁQUA, 1956, p.19 *apud* TARTUCE, 2014, p. 2).

O Direito Real de Habitação é espécie mais restrita de direito real sobre coisa alheia de gozo ou de fruição, regidos pelo conteúdo geral mais amplo do usufruto, eis que é cedida uma parte do atributo de usar, da qual seja, o direito de habitar o imóvel. É atribuído ao habitador o direito personalíssimo e temporário de residir em imóvel, não podendo ser cedido seu exercício. (VENOSA, 2013, p.505).

Os direitos reais de gozo ou fruição são situações reais em que há divisão dos atributos relativos à propriedade ou domínio. Constituem situações de propriedade restrita ou limitada, casos em que o titular do domínio não concentra, em suas únicas mãos, todos os atributos da propriedade. (TARTUCE, 2014, p. 331).

Dessa forma, direito real de habitação leva ao desdobramento da propriedade, assegurando ao viúvo a posse direta do bem, na qualidade de usufrutuário, enquanto a nua propriedade pertence aos herdeiros. Configura uma hipótese de sucessão anômala, que derroga o princípio da unidade da sucessão, transmitindo ao cônjuge um legado *ex lege*, ou seja, um direito limitado quanto ao objeto individualmente considerado, certo e determinado, separado do patrimônio

hereditário para garantia da moradia, caracterizando assim uma sucessão a título singular. (DIAS, 2011, p. 65).

Essa faculdade de seu titular residir de forma gratuita e temporária em um imóvel, se destina para sua ocupação direta. O artigo 1.414 do Código Civil assim estabelece: “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”.

Segundo Washington de Barros Monteiro, a característica própria desse direito real é que o uso da casa alheia limita-se à moradia do titular e de sua família. Não pode servir para estabelecimento comercial ou de indústria, também não pode alugá-la ou emprestá-la. Ou serve para própria residência, ou desaparece o direito real. (2013, p. 440).

Ao contrário do usufruto e do direito real de uso, que podem recair indistintamente sobre móveis e imóveis, o direito real de habitação tem como objeto exclusivo o bem imóvel para fins residenciais. Destaca-se que o proprietário ainda reserva consigo todos os poderes dominiais, exceto a moradia, haja vista que a habitação foi destacada em favor do beneficiário. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.672).

Semelhantemente, o usufrutuário, assim como o habitante, possui o *jus utendi* e o *jus fruendi*, enquanto o nu-proprietário, faz jus à substância da coisa. Ao primeiro cabe o direito de fruição, correspondente a propriedade do segundo, desfalcada do direito de gozo. (MONTEIRO, 2013, p. 412).

Vale dizer, o direito real de habitação pode ser concedido simultaneamente a mais de um titular, desde que um beneficiário não embarace o exercício dos outros ou cobre aluguel daquele que individualmente ocupe o imóvel. Em suma, é possível o compartilhamento compulsório do imóvel, conforme o artigo 1.415 do CC, *in verbis*:

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

Apesar do instituto poder ser instituído *inter vivos* ou *causa mortis*, o modelo só assume especial relevância quando no tocante ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente sobre o imóvel residencial da família, na hipótese de concorrer na sucessão com descendentes e ascendentes do falecido. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.673).

Tal direito real pode ser legal ou convencional. O direito real de habitação convencional, que pode decorrer de ato *inter vivos* ou testamento, deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis – Lei n.º. 6.015/1973, art. 167, item I, n.7– norma que não se aplica ao direito real de habitação que decorre do Direito das Sucessões. (TARTUCE, 2014, p. 395).

Quanto ao direito real de habitação legal, o artigo 1.831 do CC/02 dispõe que: “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”.

De acordo com Farias e Rosenvald, a finalidade da habitação é dúplice: visa garantir qualidade de vida ao cônjuge supérstite e impedir que após o óbito, este seja excluído do imóvel em que o casal residia, sendo ele o único bem residencial a ser inventariado. Com efeito, em caso de desentendimento, poderia haver a extinção do condomínio com a conseqüente perda da posse, assim, embora o imóvel seja partilhado entre os herdeiros, o cônjuge tem reservado seu direito gratuito de moradia. (2011, p. 673).

Por fim, são aplicáveis à habitação, no que não for contrário a sua natureza, as disposições relativas ao usufruto – art. 1.416 do CC.

O direito real de habitação se extinguirá: a) pela morte do cônjuge sobrevivente; b) se o cônjuge sobrevivente der outra destinação à casa, ainda que parcial, porque haverá cessação do motivo que se origina; c) se o imóvel for destruído; d) se o cônjuge sobrevivente ceder, emprestar, ou alugar o imóvel a quem não integre sua unidade familiar; e) se o imóvel ficar deteriorado por sua culpa; f) se

mantiver o imóvel sem uso; g) se renunciar expressamente a seu uso. (LÔBO, 2014, p.127).

1.1 Perspectiva Histórica

Originário do direito romano, o usufruto apareceu em época bem avançada da república, encontrando-se plenamente desenvolvido ao tempo de Cícero. (RODRIGUES, 2006, p. 299).

O usufruto pode ser definido como o direito de usar uma coisa pertencente a outrem e perceber-lhe os frutos, ressalvada a sua substância. Embora a propriedade tivesse em Roma feição absoluta e exclusiva, reconheciam a vantagem e a utilidade de ceder a outrem o gozo de uma coisa, conservando a propriedade ao dono.

Admitia-se o desmembramento do domínio, com a devida separação do gozo e da substância com a finalidade de assegurar a subsistência de determinadas pessoas, como o cônjuge sobrevivente, sem que os bens saíssem do patrimônio da família. (MONTEIRO, 2013, p. 411).

A lição de Sílvio Venosa dispõe que: (2013, p. 478).

Seu nascimento está relacionado com o direito de família. No casamento, a mulher não ingressava na família do marido, não se tornando sua herdeira. Para evitar que em seu falecimento ela ficasse em penúria, o varão a designava usufrutuária de certos bens do seu patrimônio, independente de testamento. Interessante notar, que o direito de família e de sucessões vigente até recentemente entre nós mantém o usufrutuário em certas situações peculiares, confirmando sua origem e mantendo seu caráter alimentício.

Sua utilidade prática nos dias atuais se restringe quase que exclusivamente às hipóteses de doação por ascendentes a descendentes, com a reserva de usufruto vitalício; nas separações conjugais e no direito testamentário, também útil para situações de partilha. Fora dessas hipóteses não se encontrará a utilidade original do Direito Romano. (VENOSA, 2013, p. 477).

O direito real de habitação, por sua vez, também considerado ramificação do direito real de usufruto também tem suas origens no direito romano. Em virtude da existência dessa habitação decorrer do direito hereditário é que o instituto apresenta maior significação em nosso direito. (BLIKSTEIN, 2012, p. 94).

Como destacado por Eduardo Espínola, em seus primórdios, o direito real de habitação foi concebido para ser aplicado especificamente às casas. Entretanto, o direito de uso sobre uma casa se diferencia do direito real de habitação, pois naquele havia a possibilidade de cessão – os romanos permitiam a locação do imóvel gravado – e sua extinção em virtude do não uso. (ESPÍNOLA, 1958, p. 286 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 94).

Bem observa Clóvis Beviláqua: “ O direito romano, distinguindo a *habitatio* do *usus* e do *usufructus*. O habitador podia morar na casa ou alugá-la. Estava obrigado a dar caução. (BEVILÁQUA, 1956, p. 321 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 96).

Dessa forma, não mais se confunde o atual direito real de habitação com o antigo direito de uso de casas, haja visto que o direito real de habitar não pode ser cedido ou locado, como também não se extingue pelo não uso.

1.2 O Direito Real de Habitação no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O direito real de habitação é previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 1.414, 1.415 e 1.416. No revogado Código Civil de 1916, a previsão de tal direito se encontrava nos artigos 746, 747 e 748.

Ao analisar os dispositivos legais da legislação civil atual, nota-se que não houve, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, qualquer alteração no conceito e previsão legal deste instituto no bojo dos direitos reais, em relação ao Código Civil de 1916, que continua sendo modalidade restrita do usufruto, especificamente para conceder, como direito personalíssimo, o direito gratuito de habitar a casa alheia. (BLIKSTEIN, 2012, p. 97).

Entretanto, as alterações havidas no direito real de habitação decorrente da sucessão hereditária, ocorreram e foram bastante significativas.

Mais útil, em tese, que o simples uso, o direito real de habitação serve para proteger vitaliciamente alguém, para prover um teto de moradia. No direito sucessório, a Lei nº4.121/62 instituiu direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, com redação inserida no §2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916: (VENOSA, 2013, p. 505).

Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime da comunhão universal de bens, enquanto viver e permanecer viúvo, 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 bem daquela natureza a inventariar.

A Lei nº 10.050/2000 estendeu esse direito real de habitação ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, na falta do pai ou da mãe, acrescentando o §3º ao art. 1.611 do CC/16.

Comparando-se o art. 1.831 do Código Civil de 2002 com seu antecessor, o art. 1.611 do Código Civil de 1916, houve substancial acréscimo qualitativo do direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente. A primeira mudança é que o cônjuge passou a desfrutar desse direito independente do regime de bens adotado no matrimônio – no CC de 16, o direito real de habitação só caberia em favor do meeiro no regime da comunhão universal de bens. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.673).

Segundo Venosa, com isso, corrige-se injustiça, pois, nem sempre o cônjuge sob outro regime, que não o da comunhão universal, estaria protegido com os bens da herança a ponto de possuir um local para residir. (VENOSA, 2013, p. 506).

A segunda mudança foi que no CC de 16, o direito real de habitação era vidual, posto que era condicionado a sua permanência à manutenção da viuvez. Atualmente, mesmo que o cônjuge sobrevivente case novamente ou inaugure união estável, não poderá ser excluído da habitação, pois tal direito tornou-se vitalício. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.673).

Destaca Zeno Veloso, não parecer justo manter tal direito se o cônjuge constituir nova família. (VELOSO, 2008, p. 2.018 *apud* TARTUCE, 2014, p. 395).

No mesmo sentido, Sílvio Venosa entende que o estabelecimento de união estável pelo cônjuge sobrevivente desvirtuaria a finalidade da lei inserida no Código Civil de 1916, que mencionava o estado de viuvez, o que, no entanto deve ser analisado no caso concreto. (2013, p. 507).

Na opinião de Flávio Tartuce, no que toca a constituição de nova família, pode ocorrer hipótese em que o cônjuge habitante não tem boas condições financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes, que são inclusive proprietários de outros imóveis. Assim, seria justo desalojar o cônjuge, pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, poderando-se em favor da moradia e da família.

A norma visa a proteger o direito de moradia do cônjuge sobrevivente, direito fundamental reconhecido pelo art. 6º da Constituição Federal, em sintonia com a célebre tese do patrimônio mínimo, de Luiz Edson Fachin, pela qual deve-se assegurar a pessoa um mínimo de direitos patrimoniais para a manutenção de sua dignidade. Na esteira da melhor jurisprudência, não importa se o imóvel é comum ou exclusivo do falecido. (TARTUCE, 2014, p. 395).

De qualquer forma, o objetivo da lei foi assegurar moradia ao cônjuge, que dela poderia ser privado quando concorresse com os demais herdeiros. Para sua aplicação basta que na herança exista apenas um imóvel residencial, ainda que existam bens mais valiosos. (VENOSA, 2013, p. 506).

Em casos excepcionais, Tartuce ainda entende que algumas regras podem ser quebradas, aplicando-se o princípio da ponderação a favor da moradia. Seria o caso do cônjuge que loca esse imóvel por questão de necessidade, utilizando o aluguel do imóvel para a locação de outro destinado a moradia. (2014, p. 395).

Importante lembrar que, via de regra e seguindo a posição majoritária da doutrina brasileira, o habitador está proibido de alugar ou emprestar o imóvel, sendo apenas autorizado a morar com sua família e empregados domésticos, visto que é

um direito personalíssimo, ainda que incida em prol de várias pessoas distintas, conforme o artigo 1.415 do Código Civil.

Segundo Clóvis Beviláqua, escrevendo ainda na vigência do antigo Código Civil de 16, o direito real de habitação é: “Habitação é o direito real de habitar, gratuitamente, casa alheia. O titular deste direito não pode emprestar, nem alugar a casa, mas, apenas, ocupá-la com sua família – Código Civil, artigo 748”. (BEVILÁQUA, 1956, p. 321 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 104).

Verifica-se, assim, que o direito real de habitação refere-se ao uso específico da casa alheia, para moradia, não podendo o habitante emprestar, ceder ou locar o imóvel constituído para este fim.

Orlando Gomes, na mesma linha de Caio Mário e Washington de Barros, também pondera, que o direito real de habitação é incessível. Quanto à extensão do termo “família”, este autor entende que poderão habitar o imóvel moradores não pertencentes à família, desde que o façam gratuitamente, conforme segue: “Não pode alugá-la nem emprestá-la. Impedido não está contudo, de ter entre os moradores da casa pessoas que não sejam da família, desde que não paguem hospedagem”. (GOMES, 2004, p. 355 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 107).

Arnoldo Wald também se apresenta contrário a qualquer forma de cessão ou locação de bem e define o exercício da habitação como impenhorável: “ O habitador não tem a faculdade de emprestar ou de alugar o imóvel, mas tão somente ocupá-lo com a sua família e eventuais hóspedes. Pela sua natureza, o direito de habitação é impenhorável”. (WALD, 2009, p. 276).

Em relação à proteção legal do imóvel gravado com o direito real, tem-se a opinião de Pablo Stolze acerca da possibilidade da invocação do bem de família incidente sobre o imóvel: (STOLZE, 2004, p. 2004 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 108).

Como se trata de um direito amparado pela própria Constituição, que confere e garante o direito à moradia, forçoso convir que o habitador, posto não seja dono do imóvel, poderá invocar a proteção legal do bem de família, caso seja demandado por dívidas contraídas por si ou seus familiares.

No que tange aos frutos originados no imóvel objeto do direito real de habitação, é certo na doutrina que não poderão ser percebidos, exceto em escala normal, que seja compatível com o exercício da habitação.

Em relação à possibilidade de cessão do bem, assim como no que tange ao seu uso para fins comerciais ou industriais, tem-se a opinião de Washington de Barros Monteiro no sentido de que o habitante não pode servir-se do imóvel para estabelecimento de fundo de comércio ou indústria, ou serve-se dela para a própria residência e de sua família, ou desaparece o direito real. (MONTEIRO, 2013, p. 440).

Entretanto, Sílvio Venosa não concorda com a taxatividade da proibição, e afirma que o direito real de habitação não impede o exercício de atividades mais amplas compatíveis com a direito de residência, tais como de consulta de profissionais liberais, pequeno comércio ou prestação de serviços em pequena escala. (VENOSA, 2013, p.507).

Ainda com o fito de tutela da pessoa humana, na opinião de Tartuce, merece críticas o Enunciado n. 271 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”. Para este autor, o direito real de habitação é irrenunciável, por envolver a consagração do direito fundamental à moradia nas relações privadas. (TARTUCE, 2014, p. 396).

2 TRANSFORMAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA

A conceituação de família e das entidades familiares se faz singular importância para que se possa concluir acerca da extensão do direito real de habitação no direito sucessório brasileiro. A finalidade acerca da concepção de família é fundamental para a discussão sobre o direito real na sucessão, visto que somente podem ser entendidos a partir da fixação do conceito de família e entidade familiar.

Manter vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana, sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todos tem da solidão. (DINIZ, 2013, p. 27).

Em sentido genérico e biológico Caio Mário conceitua a família como o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum. (PEREIRA, 2004, p.13 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 12).

Acerca da constituição de família, diz Celso Ribeiro Bastos: “Família é o conjunto de pessoas unidas por laço de parentesco. É considerada a célula fundamental da sociedade”. (BASTOS, 2000, p. 496 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 17).

Entretanto, cabe ressaltar que a família transformou-se muito ao longo dos anos. Enfraqueceu-se a figura do *pater familiae* que passou a ter cada vez mais obrigações militares, abrindo poder das mulheres e dos filhos dentro do matrimônio. Emergia a concepção cristã de família, naquele mesmo império romano que, anos antes não concedia qualquer direito à mulher. (BLIKSTEIN, 2012, p. 12-16).

Esse quadro também não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra. Foi assim que a mulher entrou no mercado de trabalho, deixou o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou, as famílias migraram do campo para a cidade e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação de seus

membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos, de carinho, de amor. (DINIZ, 2013, p. 28).

O Estado passou a interferir muito mais na vida familiar. O comando do *pater familiae* foi, paulatinamente transferido ao Estado. Deixou-se de lado a família baseada na gerência do pai e passou-se à concepção de família fundada no afeto. A família brasileira atual é àquela que suporta a necessidade emocional e psicológica do seu integrante, sem no entanto, perder seu reflexo patrimonial, que sempre foram objeto de cuidado e codificação. (BLIKSTEIN, 2012, p. 12-16).

A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e conseqüentemente, de concepção, sobretudo com o advento do Estado social, ao longo do século XX. A família patriarcal, que a legislação brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e boa parte do século XX, entrou em crise, culminando pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

O Estado antes ausente passou a progressiva tutela constitucional das relações familiares, ampliando o rol dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, com novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei. (LÔBO, 2011, p. 17).

2.1 Evolução legislativa

Ao longo do século XX e até os dias atuais, a legislação sobre o direito de família sofreu inúmeras mudanças. É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. (LÔBO, 2011, p. 23).

O Código Civil de 1916, não representou o instrumento mais moderno para o cuidado com o direito de família. As disposições vinham do projeto de lei

apresentado por Clóvis Beviláqua, ainda influenciado pela legislação imperial, datado do final dos anos 1800, bastante apropriado para a época que representava. No final dos anos de 1900 e no começo do século XXI, várias alterações legislativas foram proporcionando sua modernização e seu atendimento aos anseios sociais. (BLIKSTEIN, 2012, p. 22).

O antigo Código Civil de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio, uma versão estreita sobre a visão de família, limitando-a ao grupo originado pelo casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e discriminações às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências aos vínculos extrapatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e para excluir direitos, na tentativa de preservar o casamento. (DIAS, 2013, p.30).

A partir da década de 70 do século XX, essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo. (LÔBO, 2011, p. 24).

Como lembra Paulo Lôbo, a repersonalização contemporânea das relações de família retoma o itinerário da pessoa humana como objeto central do direito. Já em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 16.3 estabelecia: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do estado”. (2011, p. 17).

A evolução legislativa pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada – Lei 4.121/62, que devolveu a plena capacidade à mulher casada e instituiu os bens reservados, ou seja, que asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho.

A instituição do divórcio – EC 9/77 e Lei 6.515/77, acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada. (DIAS, 2013, p.30).

Conforme assevera Zeno Veloso, a Constituição de 1988 trouxe novos rumos ao direito de família vigente até então: (2004, p.405).

Espancando velhos preconceitos, superando discriminações dolorosas e sepultando injustiças gritantes, coroando a luta de muitas décadas, a Constituição de 5 de outubro de 1988 conferiu a mesma proteção e reconheceu que são merecedoras de idêntico respeito e acatamento as famílias fundadas no casamento e as famílias formadas pela convivência pública, contínua e prolongada entre o homem e a mulher. Qualificadas pelo amor, pela afeição, por um projeto de vida em comum, a família matrimonializada e a família natural têm a mesma dignidade.

A Carta de 1988 rejuvenesceu, revolucionou, enfim, democratizou o Direito de Família brasileiro, construído em bases romanistas – marido provedor, mulher dona-de-casa –, num padrão hierarquizado, com predominância do varão e distinções iníquas, arbitrárias e odiosas entre filhos. Raiou a liberdade, proclamou-se a igualdade, e todo aquele entulho legislativo foi expelido e soterrado.

A Constituição de 1988 inovou ao retirar a expressão da antiga Carta, onde estabelecia em seu artigo 175, que só seria núcleo familiar o constituído pelo casamento. Dessa forma, a Magna Carta de 88 veio a reconhecer como família a decorrente do matrimônio, como também como entidade familiar a oriunda da união estável e a monoparental – art. 226, §§ 3º e 4º. (DINIZ, 2013, p. 25).

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família, emprestando juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou a ideia de família pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável. (DIAS, 2013, p.36).

As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 trazem à legislação constitucional relevantes aspectos, sendo importante destacar: igualdade entre homens e mulheres nos direitos originados no matrimônio, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar e a igualdade de tratamento entre filhos, advindos ou não da relação de matrimônio, sendo proibida qualquer forma de discriminação. (BLIKSTEIN, 2012, p. 26).

O Código Civil de 2002 entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, mas o projeto original data de 1975. Tramitou pelo Congresso Nacional antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, que introduziu diversa ordem de

valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto sofreu modificações profundas para adequar-se às diretrizes constitucionais. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias.

O atual Código procurou atualizar os aspectos essenciais e apesar de ter incorporado a estrutura do Código anterior, incorporou boa parte das mudanças legislativas. Tenta, sem muito sucesso, aperfeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família do século XX. Excluiu expressões e conceitos que não podiam mais conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. (DIAS, 2013, p.31).

Entretanto, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, o Código Civil de 2002, manteve forte presença dos interesses patrimoniais aos pessoais. Assim, as causas suspensivas do casamento, referidas no art. 1.523, bem como o capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais. (LÔBO, 2011, p. 24).

2.2 A União Estável como entidade familiar

Na história geral a união afetiva livre, informal, sempre existiu. A história, inclusive, revela que, entre diversos povos da Antiguidade, a união entre homem e mulher sem casamento não era algo reprovável ou condenável. A velha história grega está repleta de concubinatos célebres, em Roma a situação não era diversa. No início do império o concubinato era comum inclusive entre homens de grande moralidade. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.434).

No direito romano já se enxergava a possibilidade da declaração de casamento pela posse do estado de casado, o que abria precedente para confusão com o atual concubinato. Isso ocorria com o reconhecimento do estado de casado

dos cônjuges que estivessem em convivência ininterrupta por mais de um ano. (BLIKSTEIN, 2012, p. 41).

A união não matrimonial no direito romano era comum e considerada como casamento inferior, de segundo grau e sob a denominação de concubinato. Penetrou na legislação civil, como nas Ordenações Filipinas, que admitiram direitos em favor da mulher, quando a ligação fosse prolongada. (LÔBO, 2011, p. 168).

Mais adiante, apesar de ser combatida pela Igreja – o Concílio de Trento em 1563, condenou o relacionamento extramatrimonial – a união livre não deixou de existir, sendo seus efeitos reconhecidos primeiramente em sede jurisprudencial e, posteriormente em sede legislativa. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.435).

No Brasil, pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, foi encerrada a possibilidade de reconhecimento do casamento de fato. O relacionamento livre entre homem e mulher foi tratado como crime ou ato ilícito, mas suas consequências se projetavam somente no âmbito do Direito das Obrigações, afastado do Direito de Família. (BLIKSTEIN, 2012, p. 42).

O Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar, sequer admitindo a existência de uniões extramatrimonializadas. O casamento era a única forma de constituição da “família legítima”, sendo portanto “ilegítima” toda e qualquer outra forma familiar. A família portanto tinha uma compreensão exclusivamente casamentária, e conseqüentemente, todo e qualquer núcleo formado fora do matrimônio não se submetia à proteção do Direito de Família. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.435).

Em um primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os Tribunais concediam alimentos de forma camuflada, como um subterfúgio nitidamente depreciativo, com o nome de indenização por serviços domésticos, talvez pelos serviços de cama e mesa por ela prestados, fazia-se analogia com o direito do trabalho. O fundamento das decisões era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito, ou seja, o homem não pode ser aproveitar do trabalho e da dedicação da mulher e abandoná-la sem indenização. (DIAS, 2013, p.174).

Considerando que os concubinos não faziam jus aos alimentos, haja vista que a relação não tinha natureza familiar, a jurisprudência brasileira passou a reconhecer-lhes direito a uma indenização por serviços domésticos prestados. Era a maneira de se conceder algum tipo de direito às pessoas que por lei, não tinham direito a nada, representando significativo avanço naquela época. De qualquer maneira, a competência para julgar e processar as causas que tocassem o concubinato era da vara cível. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.436).

Em face das queixas generalizadas, passou a justiça a reconhecer a existência de uma 'sociedade de fato', entretanto, para ensejar tal sociedade com a divisão dos bens adquirido na constância da união, havia necessidade da prova da efetiva contribuição financeira na constituição do patrimônio. Tais subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial, evitando o enriquecimento injustificado, no entanto, nada mais se cogitava conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios. (DIAS, 2013, p.174).

Considerando que o casamento tinha caráter indissolúvel, não raro, diversas pessoas viviam maritalmente, mas optavam por não casar. Tais relações afetivas, no entanto, produziam consequências fáticas e começou-se a reclamar proteção jurídica e a reclamar o reconhecimento de seus direitos junto ao Poder Judiciário, originando as manifestações jurisprudenciais. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.435).

Desconsideravam-se não apenas os aspectos familiares dessa relação, mas também os aspectos patrimoniais, para cuja aquisição e manutenção a companheira tinha colaborado. A jurisprudência brasileira, tangenciando óbices legais procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais, configurando verdadeiro uso alternativo do direito, ante a pressão incontornável da realidade social. (LÔBO, 2011, p. 169).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal editou duas súmulas, reconhecendo algum tipo de proteção a quem vivia fora do matrimônio. A Súmula 380 dispõe: "comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço

comum”. A outro giro a Súmula 382 estabelece: “a vida em comum sob o mesmo teto, *‘more uxorio’*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Sabe-se que a Súmula 380 foi uma engenhosa formulação construída pela doutrina e pela jurisprudência, durante a vigência da Constituição de 1946, para tangenciar a vedação de tutela legal, de modo a encontrar alguma proteção patrimonial a mulheres abandonadas por seus companheiros após anos de convivência. (LÔBO, 2011, p. 86).

Diante dos impedimentos constitucionais e legais com fundamento no direito de família, a justiça socorreu-se especialmente do direito das obrigações, segundo o modelo das sociedades mercantis ou civis, a partir da figura da sociedade de fato, cuja dissolução levava à partilha do patrimônio, que se presumia adquirido com o esforço comum. Quando o direito de família dava as costas para a realidade social, apenas o direito das obrigações poderia favorecer decisões que se aproximavam da equidade. (LÔBO, 2011, p. 170).

O legislador, influenciado pelo posicionamento dos Tribunais, passou a editar normas ao concubinato. A Lei n° 6.367/75, bem como o Decreto-lei n° 7.036/44, reconheceu ao concubino o direito ao recebimento de indenização por acidente de trabalho com seu convivente. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento na Súmula 35, confirmando a legitimidade da concubina para o recebimento da referida indenização. De igual forma, o artigo 57, §2° a 6°, da Lei n° 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, reconheceu o direito ao uso do sobrenome pela concubina. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.436).

Da concepção, anterior à Constituição e posterior à Lei do Divórcio de 1977, emergiram duas espécies de concubinato: a união livre – concubinato puro, e o concubinato adúltero – concubinato impuro. A união livre entre pessoas solteiras e desimpedidas deixou de qualificar-se como concubinato ao converter-se em união estável. (LÔBO, 2011, p. 171).

Distinguindo a união estável do concubinato é importante lembrar as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira: (PEREIRA, 2004, p. 29 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 46).

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

Com o advento da Constituição da República de 1988, o velho concubinato foi elevado à altitude de entidade familiar, passando a se submeter à normatividade do Direito de Família e ganhando do Estado a mesma proteção dada ao casamento. Velhas concepções tiveram de ser abandonadas, o nome do instituto foi mudado visando retirar o estigma da dupla conotação trazida pela palavra concubinato, união estável foi a nova terminologia empregada para indicar relações afetivas decorrentes da convivência entre homem e mulher, com intuito de constituir família, mas despida das formalidades exigidas para o casamento. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.438).

Como bem assevera Francisco José Cahali, conceituando a união estável desde a origem da sociedade: (CAHALI, 1995, p. 4 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 40).

Efetivamente, foi criada uma nova categoria social denominada “entidade familiar”, decorrente da união estável entre o homem e a mulher.

Mas esta categoria tratada na Constituição Federal nada mais fez do que institucionalizar uma situação fática pré-existente, constituída pelas relações concubinárias já merecedoras de estudos tanto no campo social como no campo religioso e jurídico.

Desde a origem da sociedade, sempre existiu família formada entre o homem e a mulher e sua prole, como ente inafastável de uma civilização.

Nasce a união estável, destarte, de um simples fato jurídico, ou seja, a convivência duradoura, produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, distinguindo-se do casamento pela inexigência de formalidades legais e obtendo a proteção dispensada a qualquer outro núcleo familiar. Na união estável existe, sem dúvida, a mesma conduta pública e privada, a mesma comunhão de vida e expectativas afetivas do casamento.

O mais importante neste estudo, é perceber a evolução da disciplina jurídica da união estável, por meio da colaboração da jurisprudência e da própria legislação,

culminando com o tratamento constitucional da matéria, protegendo a união estável como entidade familiar e vinculando a legislação inferior. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.439).

2.3 Efeitos patrimoniais da união estável

Decorre de qualquer entidade familiar, inclusive da união estável, variados efeitos jurídicos, que repercutem tanto no campo pessoal, como igualmente no campo econômico. Como se trata de uma comunhão de vida, a união estável projeta consequências referentes à pessoa dos companheiros e ao seu patrimônio.

Não que se almeje, como finalidade precípua, as consequências econômicas, porém os efeitos patrimoniais decorrerão naturalmente, independentemente da vontade das partes, pois o tráfego das relações jurídicas econômicas é absolutamente natural nas entidades familiares, haja vista que os companheiros assumem os solidários encargos de cuidar do sustento da lar, respondendo por despesas comuns à manutenção da família. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.467).

O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E indo além, restou por puni-las. Vedou doações e a instituição de seguro em favor da concubina, que também não podia ser beneficiada por testamento.

Persistiu a vedação de conceder herança ao companheiro sobrevivente e a negativa de assegurar direito real de habitação ou usufruto de parte dos bens. Tímidas as mudanças ocorridas e as raras exceções foram decisões isoladas. (DIAS, 2013, p.175).

A norma constitucional não logrou a devida aplicabilidade, assim, duas leis vieram regulamentar o novo instituto e estabelecer um estatuto mínimo. A Lei

8.971/94 assegurou o direito a alimentos e à sucessão do companheiro. No entanto, ainda conservava certo ranço preconceituoso, ao reconhecer a união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando de fora os separados de fato. A lei também fixou outras condições, só reconhecendo como estáveis as relações existentes a mais de cinco anos, ou das quais houvesse prole.

A Lei 8.971/94, também assegurou ao companheiro sobrevivente o usufruto de parte dos bens deixados pelo *de cuius*, e no caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo. (DIAS, 2013, p.176).

Já em 1996, a Lei 9.278/96 teve um maior campo de abrangência, extirpou os requisitos acima mencionados, passando a considerar a união estável como a entidade familiar de convivência duradoura, pública e contínua, entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, afastando a exigência temporal. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.439).

Não quantificou prazo de convivência para o reconhecimento da união estável, e albergou as relações entre pessoas separadas de fato. Além de fixar a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o direito real de habitação. Ainda gerou a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para a partilha igualitária de bens. (DIAS, 2013, p.176).

Corroborando esse entendimento, o artigo 1.723 da Lei Civil dispõe:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Com o advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96, o nosso ordenamento jurídico estabeleceu nas uniões estáveis, a comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância da relação, reconhecendo o direito à meação entre os companheiros. O sistema jurídico criou uma verdadeira 'presunção de colaboração' na aquisição do

patrimônio entre os companheiros, subentendendo o esforço recíproco entre eles. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.469).

Dessa forma, seguindo as mesmas regras do casamento, na união estável também haverá a meação dos bens adquiridos por esforço comum e durante a convivência. Posteriormente, o Código Civil em seu artigo 1.725 amplia essa regra, conferindo contornos mais claros ao dispor: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Vale destacar que, a presunção absoluta de colaboração recíproca entre companheiros é a única conclusão que se pode aferir com a aplicabilidade do regime de comunhão parcial na união estável. Essa compreensão restou consolidada também na doutrina, cimentada no Enunciado 115 da Jornada de Direito Civil: “há presunção de comunhão de aquestros na constância da união extramatrimonial mantida entre companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens”. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.470).

Finalmente o Código Civil de 2002 sistematizou toda a matéria relativa à união estável, revogando-se, conseqüentemente, toda a legislação anterior. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, o Código Civil atual gerou uma identificação quanto aos seus efeitos, dispondo de regras patrimoniais praticamente idênticas. (LÔBO, 2011, p. 170).

No casamento, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens por meio do pacto antenupcial. Na união estável, os companheiros têm a faculdade de firmar contrato de convivência, estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio, tanto os noivos, como os conviventes, a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens. (DIAS, 2013, p.188).

Dentre os efeitos patrimoniais da união estável, alguns decorrerão de sua dissolução em vida, enquanto outros defluem da dissolução por morte. Note-se que na dissolução por ato entre vivos, decorrem o direito a meação e aos alimentos. Quando extinta a relação por morte, além da meação o sobrevivente poderá

reclamar seu direito à herança, à habitação e aos eventuais benefícios previdenciários. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.468).

A união e os seus efeitos patrimoniais findam pela cessação da vida em comum, sendo assim, dispensada a chancela jurisdicional para sua extinção. Este é o momento que termina tanto a união, como o regime de bens. (DIAS, 2013, p.189).

2.4 Reflexos Sucessórios

O direito das sucessões é o ramo do direito civil voltado à disciplina da transmissão dos bens deixados pela pessoa física, em razão da sua morte.

Clóvis Beviláqua, ao dissertar sobre o direito das sucessões, afirma, com clareza ser a sucessão uma forma de aquisição de bens e direitos em virtude do falecimento de alguém, *in verbis*: (BEVILÁQUA, 1945, p. 14 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 140).

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

(...)

Herança é a universalidade dos bens que alguém deixa por ocasião da sua morte, e os herdeiros adquirem. É o conjunto de bens, o patrimônio, que alguém deixa ao morrer.

A Constituição Federal definiu duas regras essenciais sobre o direito das sucessões, nos incisos XXX e XXXI do artigo 5º: garantiu o direito à herança, ou seja, estabelece que os bens deixados pela pessoa que morreu são herdados por seus parentes, e assegurou o benefício do cônjuge e filhos brasileiros quando houver sucessão de bens no estrangeiro.

No Brasil, o direito à herança ou se dá em virtude do parentesco, pela sucessão legítima, ou em virtude de testamento, quando a pessoa exerce a

autonomia privada ao escolher quem deseja contemplar com seus bens após seu falecimento. Mas até mesmo na sucessão testamentária, a existência de determinados parentes impede a total liberdade dos testador, que somente poderá dispor de metade de seus bens. (LÔBO, 2011, p. 47).

O Código Civil de 2002 modificou, sensivelmente, as regras sucessórias entre companheiros, alterando sobremaneira, a sistemática vigente nas Leis n° 8.971/94 e 9.278/96.

São herdeiros necessários, que a lei enumera e protege assegurando-lhes a outra metade do patrimônio, denominada parte legítima: “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Em sede de direito sucessório, fica mais flagrante o tratamento desigual concedido ao parceiro da união estável, sendo tratado no Código Civil em um único dispositivo, que estabelece regra específica, própria, para o direito à herança do companheiro:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O cônjuge é herdeiro necessário e figura no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O companheiro é apenas herdeiro legítimo e herda depois dos parentes colaterais de quarto grau. (DIAS, 2013, p.190).

Tal interpretação, embora seja majoritariamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência atual gera muita controvérsia no âmbito sucessório. Segundo crítica

de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, apesar do silêncio do artigo 1.845 do Estatuto Civil, pode-se concluir que se o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, o companheiro também deve ser tratado como tal.

A justificativa para tal interpretação é pela incidência da norma constitucional que garante ao companheiro especial proteção do Estado. Outro argumento apontado é o fato do artigo 1.790 do Código Civil, ao disciplinar o direito sucessório do companheiro, estabelecer que “o companheiro *participará*”, segundo a opinião dos autores, deixando evidente a imperatividade do dispositivo e concluindo que o convivente é herdeiro necessário. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.466).

O direito à concorrência sucessória também é diferente, pois quando concorre com os descendentes e ascendentes, o direito do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência do relacionamento.

Com relação aos colaterais até o quarto grau, o direito concorrente é calculado sobre a totalidade da herança em relação ao cônjuge, mas o companheiro faz jus a somente um terço da herança. Ainda é subtraída do parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, quota mínima assegurada ao cônjuge sobrevivente se concorrer com os filhos comuns. (DIAS, 2013, p.191).

É de se notar que, o direito sucessório do companheiro é restrito a uma cota igual à que for atribuída ao descendente do falecido, quando estiver concorrendo com filhos comuns, ou à metade da cota, se estiver concorrendo com filhos apenas do autor da herança. E o mais grave, o companheiro encontra situação inferior até mesmo em relação aos colaterais, somente tendo direito ao recebimento integral da herança se não existirem, sequer, colaterais até o 4º grau do falecido, situação que de fato é quase impossível. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.484).

Com a mesma opinião se manifesta Zeno Veloso: (VELOSO, 2005, p. 236-7 *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.485).

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro... resolve que o companheiro sobrevivente,

que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cuius*.

Por estes motivos, alguns doutrinadores concluem pela inconstitucionalidade do norma legal que regulamenta o direito sucessório do companheiro, ou seja, do artigo 1.790 do CC, pois defere proteção sucessória ao companheiro de maneira inferior aos direitos conferidos aos cônjuges, assim, afastando a efetiva proteção da pessoa humana, negando a sua plena realização e dignidade e, por conseguinte, afrontando a Lei Maior. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.432).

Para Maria Berenice Dias, toda e qualquer proteção conferida aos cônjuges tem de ser estendida aos companheiros: (DIAS, 2013, p.166).

... quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tais referências como não-escritas. Sempre que o legislador deixar de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, devem tais omissões ser tidas por inexistentes, ineficazes e inconstitucionais.

Com o mesmo entendimento assevera Belmiro Pedro Welter: “no Estado Democrático de Direito vige o princípio da proibição do retrocesso social”, motivo pelo qual, “o Poder Judiciário não tem o direito de agasalhar a desigualdade sucessória entre cônjuges e companheiros, devendo julgar inconstitucional o art. 1.790 do CC de 2002, já que tem a função de aplicar o princípio da justiça, acimentado na Constituição Cidadã de 1988”. (WELTER, 1999, p. 220, *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.484-5).

Entretanto, cabe destacar que existe posicionamento divergente na doutrina, para alguns autores a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 226, § 3º, 2º parte, não pleiteou a edição de leis substantivas que conferissem direitos e impusessem deveres aos conviventes como se a união estável fosse idêntica ao casamento, mas sim de normas adjetivas que viessem a simplificar ou facilitar o procedimento para a conversão da união estável em matrimônio.

De acordo com Maria Helena Diniz, a Carta Magna não pôde desconhecer a união estável como uma realidade social, mas não pretendeu robustecê-la nem equipará-la ao casamento, mas reconhecê-la como entidade familiar, dispondo que a lei deverá facilitar sua conversão em matrimônio. Assim, é admissível que a união estável não devesse gerar consequências idênticas às do casamento. (DINIZ, 2013, p. 479).

Ao que parece, o legislador pátrio, propositadamente, manteve pontos de diferença entre o casamento e a união estável, diferenciando um instituto do outro, com clareza em diversos pontos da nossa legislação. Portanto, o que pode se afirmar que ambos são formas de constituição de entidade familiar, mas cada qual possui características próprias, com semelhança e diferenças.

A crítica da doutrina brasileira é bastante forte no sentido de que eventuais distinções entre cônjuges e companheiros no direito de família e sucessões devem ser banidas de nosso ordenamento. No entanto, não é necessário um estudo aprofundado para verificar que a lei distingue, claramente, ofertando direitos e deveres diferentes para cada qual, na dependência de ser vínculo matrimonial ou união estável, tanto no que tange aos direitos de família quanto aos direitos sucessórios. (BLIKSTEIN, 2012, p. 47-8).

Sobre o tema, Miguel Reale, responsável pela comissão elaboradora do atual Código Civil, firma posicionamento claro acerca da distinção entre o casamento e a união estável na legislação brasileira: (REALE, 2003, p. 73 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 50).

Entenderam, com tais limitações, os membros do Congresso Nacional ... , que, se os companheiros fossem em tudo equiparados aos cônjuges, não haveria razão para a conversão da união estável em casamento, objetivo final a ser atingido, segundo a ótica do legislador constituinte.

3 O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

O direito real de habitação sobre o imóvel familiar, incidente em decorrência da sucessão hereditária ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a vigência da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, também denominada Estatuto da Mulher Casada, que tinha como objetivo, dispor benefícios e direitos à mulher vinculada a um homem por matrimônio.

O Estatuto da Mulher Casada trouxe importante alteração no artigo 1.611 do Código Civil de 1916, que até então dispunha sobre a vocação hereditária e a situação do cônjuge, à falta de sucessores descendentes ou ascendentes.

A Lei 4.121/62 introduziu o parágrafo 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, com a seguinte redação:

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 relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Dois novos direitos foram garantidos ao cônjuge sobrevivente, relativamente aos bens da herança: o direito real de usufruto sobre os bens do falecido, até quando perdurasse a viuvez, exceto se casado sob o regime da comunhão universal de bens; e o direito real de habitação sobre o imóvel destinado a residência da família, enquanto vivesse ou permanecesse viúvo, se casado sob o regime da comunhão universal de bens. (BLIKSTEIN, 2012, p. 193-5).

O Código Civil de 2002, inovou sobremaneira em relação ao Código Civil de 1916 no que tange ao direito real de habitação na sucessão hereditária, pois garantiu em seu artigo 1.831 o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente: qualquer que seja o regime de bens; sem prejuízo da participação que exista na

herança; não mencionando a necessidade de que o cônjuge permaneça viúvo, podendo assim constituir nova família, sem que perca seu direito.

Artigo 1831. 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.

Dessa forma, o Código vigente, afastou qualquer dúvida que pudesse viger. O cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens, receberá, sempre, o direito real de habitação, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Quis o legislador proteger a família, o lar onde residia o casal, para que possa continuar a viver de forma digna. (CATEB, 2011, p. 115).

Assim, conceitualmente, o direito real de habitação aplicado à sucessão hereditária foi criado para garantir a manutenção da família e do seio familiar, conferindo ao cônjuge sobrevivente o direito de habitar o lar conjugal na forma legal, independentemente do regime de bens que havia mantido com o falecido. (BLIKSTEIN, 2012, p. 213).

Maria Berenice Dias destaca que nem o regime da separação de bens afasta o direito de habitação, pois se trata de um direito real e não de um direito hereditário. Porém, só cabe falar em direito real de habitação se o falecido tinha descendentes ou ascendentes, pois como estes recebem a herança, ao viúvo é assegurado tal direito de moradia. Caso não haja herdeiros antecedentes, o cônjuge, na condição de herdeiro recebe a totalidade da herança, não existindo direito real de habitação. (DIAS, 2011, p. 64).

Atualmente é a garantia reconhecida ao cônjuge ou companheiro de continuar residindo no imóvel único de natureza residencial transmitido e que servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva. Trata-se de direito real sobre coisa alheia, vitalício. (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p. 485).

3.1 Aplicabilidade do Direito Real de Habitação Sucessório aos companheiros

A existência do direito real de habitação originado na sucessão hereditária na união estável é assunto complexo e polêmico. Há opiniões doutrinárias diversas, cada qual com a sua justificativa.

A notícia histórica é bastante diferente quanto ao direito real de habitação como direito sucessório decorrente da união estável. A legislação extravagante que tratou da matéria – Lei 8.971/94 e 9.278/96 – versou sobre a possibilidade do direito de habitação aos companheiros.

Em 1994, com a edição e vigência da Lei 8.971, foi inserida no ordenamento a previsão do usufruto sobre os bens do companheiro falecido, entretanto, ainda nada dizendo sobre o direito real de habitação. Assim tratava o artigo 2º. Da referida Lei de 1994:

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

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

Em 1996, sobreveio a Lei 9.278, consagrando as previsões constitucionais de 1998, que já conceituavam a união estável como entidade familiar. Seus requisitos eram a convivência pública, duradoura e contínua, entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família. Sobre o direito real de habitação, seu artigo 7º, parágrafo único, dizia:

Art. 7º.

(...)

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.

Assim, a partir de 1996, a possibilidade do direito real de habitação foi deferida ao companheiro sobrevivente em nossa legislação. (BLIKSTEIN, 2012, p. 202-3).

Sob este aspecto, a situação do companheiro sobrevivente ficou melhor do que a da viúva ou a do viúvo. O cônjuge supérstite só tinha direito real de habitação se o regime de bens do casamento fosse o da comunhão universal, e se o imóvel, em que residia a família, sobre o qual iria incidir o direito, fosse o único dessa natureza a inventariar.

O legislador acabou por conferir aos conviventes direitos sucessórios mais amplos do que aos destinados às pessoas casadas, o que representava uma distorção. Era necessária reforma que corrigisse os excessos, em busca do equilíbrio, estabelecendo a paridade das situações. (VELOSO, 2004, p. 409).

Desse modo, as leis de 1994 e 1996, que tratam da união estável no que tange aos direitos sucessórios, foram superadas pela vigência do atual Código Civil, que, em seu artigo 1.790, disciplinou a matéria, entretanto, sem tocar no direito real de habitação aos companheiros.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a despeito de ter a atual codificação privada consagrado expressamente o direito de habitação ao cônjuge, não o fazendo quanto ao companheiro, vários debates foram travados quanto à manutenção ou não do direito real de habitação à união estável. (TARTUCE, 2014, p. 396).

Fica a indagação: o legislador não quis reconhecer tal direito aos companheiros, revogando-se no particular a Lei 9.278/96? Defendendo a extensão de tal direito à união estável, a veemente resposta de Eduardo de Oliveira Leite: (LEITE, 2003, p. 228 *apud* (FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.673).

Por óbvio, a resposta negativa se impõe. No estágio atual que nos encontramos, em matéria de reconhecimento de união estável, seria um

retrocesso sustentar tal hipótese. Além do mais, se aos cônjuges reconhece-se a incidência desse direito, de igual modo deve ser reconhecido ao companheiro sobrevivente, não em decorrência da união, mas pura e simplesmente em razão da proteção dos membros da família. São estes os membros da entidade familiar e não a ocorrência do formalismo, que resgatam a necessidade de se estender o benefício também ao companheiro, e que redundaria em alargamento do artigo.

Corroborando neste mesmo sentido, apesar do silêncio do legislador, prevalece o entendimento pela manutenção de tal direito sucessório. Assim, o Enunciado n. 117 da I Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal, defende: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88”.

São dois os argumentos que constam no enunciado doutrinário. O primeiro é que não houve revogação expressa da Lei 9.278/1996, o segundo argumento, mais forte, é a prevalência do citado direito diante da proteção constitucional da moradia disposto no artigo 6º da CF/88. De acordo com esse entendimento, aplica-se por analogia o artigo 1.831 do Código Civil, equalizando-se o tratamento do cônjuge e do companheiro. (TARTUCE, 2014, p. 396).

De fato, esse entendimento prevalece na doutrina nacional, assim deduzem Christiano Cassettari, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, José Fernando Simão, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Daneluzzi, Paulo Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Sílvio Venosa, dentre outros. (CAHALI, 2007, p. 189-192).

A esse respeito, Sílvio de Salvo Venosa opina claramente sobre a manutenção do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, pela inexistência de revogação expressa acerca da matéria. Eduardo de Oliveira Leite segue a mesma linha, propondo a manutenção de tal direito real à união estável. (BLIKSTEIN, 2012, p. 237).

Maria Berenice Dias opina no sentido que o cochilo da lei não permite afastar o direito do companheiro de permanecer na posse do bem que servia de residência à família, pois dois fundamentos autorizam sua concessão: O primeiro de ordem constitucional, uma vez que reconhecidos o casamento e a união estável como entidades familiares merecedoras da especial proteção do Estado, não se justifica o tratamento diferenciado em sede infraconstitucional, assim, descabe distinguir ou limitar direito quando a Constituição não o faz.

O segundo, porque a lei que regulou a união estável expressamente assegura o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente – art. 7º da Lei 9.278. Desse modo, a omissão do Código Civil não significa a revogação do dispositivo, pois são normas que não se incompatibilizam. (DIAS, 2011, p. 78).

De acordo com Paulo Lôbo, o direito real de habitação persiste ao companheiro, haja vista que não houve a revogação da Lei 9.278: (LÔBO, 2014, p. 145).

Entendemos que não houve revogação expressa ou implícita da Lei n. 9.278, nesse ponto, pois o Código Civil, no art. 1.831, ao explicitar o direito do cônjuge não o fez de modo exclusivo. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 2º, estabelece que a lei posterior revoga a anterior quando com ela seja incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, ou quando estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes. Nenhum desses requisitos se apresenta. Não há incompatibilidade, pois o Código Civil trata do direito real de habitação do cônjuge, mas não exclui o do companheiro. O Código Civil não regulou toda a matéria relativa ao direito real de habitação, pois o art. 1.831 é desdobramento do art. 1.830, quanto ao direito sucessório do cônjuge. O Código Civil estabeleceu disposição especial a par da já existente (Lei. 9.278), convivendo harmonicamente ambas as normas, sem conflitos, pois conferem direitos subjetivos distintos a distintos titulares.

Corroborando nesse mesmo entendimento, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, reconhece a posição diferenciada existente entre a sucessão do cônjuge e do companheiro. Entretanto, defende a tese da vigência do direito real de habitação por entender vigente a Lei 9.278/96: (DANELUZZI, 2004, p.164 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 241).

O convivente poderá concorrer ou não com o descendente e ascendente do falecido. É nítido no Código Civil atual a prevalência sobre a união estável, pois o convivente não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios

estendidos ao cônjuge sobrevivente. Terá direito, no entanto, ao direito real de habitação, pois, diante da omissão do Código vigente, como já dissemos, prepondera a lei especial diante da geral.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que o companheiro tem direito real de habitação, por força do artigo 7º, da Lei nº 9.278/96, sob pena de o artigo 1.831 ser considerado inconstitucional, por violação ao que dispõe o artigo 226, *caput* e §3º da CR/88. A razão do seu entendimento é que a lei não protegeria a família não fundada no casamento, quando a Constituição obriga o Estado a protegê-la.

Maria Helena Diniz também entende que o companheiro tem direito real de habitação, em virtude da vigência da Lei nº 9.278/96, assim como pela aplicação analógica do artigo 1.831 do Código Civil e do artigo 6º da Constituição Federal, ou seja, o direito à moradia, enquanto permanecer viúva. (NEVES, 2012, p. 217).

Para os doutrinadores que defendem a existência do direito de habitação aos companheiros, existe um conflito entre a norma anterior especial – Lei nº 9.278 – e norma posterior geral – CC, art. 1.831 –, que por sua vez gera antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, para a qual valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Com isso, a Lei nº 9.278 seria a mais forte.

Com essa conclusão decorre o princípio de que lei posterior geral não revoga lei anterior especial, a menos que expressamente, o declare, ou contenha dispositivos incompatíveis ou regule inteiramente a matéria especial. Tal não se deu, visto que houve, no novo *Codex*, regulamentação parcial dos direitos da companheiro. (DINIZ, 2013, p. 463-4).

Não é diferente a conclusão da jurisprudência, havendo inúmeros julgados que concluem pela manutenção do direito real de habitação a favor do companheiro, *in verbis*:

DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL
POST MORTEM. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.

A despeito da ausência de previsão no novel Código Civil, a companheira sobrevivente dispõe de direito real de habitação com base no parágrafo único do artigo 7º da Lei nº. 9.278/96, podendo permanecer no imóvel em que residia ao tempo do falecimento do companheiro enquanto viver ou até a constituição de nova união ou casamento. Apelo conhecido e não provido. (TJDFT, Acórdão n.355521, 20060810079595APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/04/2009, Publicado no DJE: 12/05/2009. Pág.: 145).

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.

1. O Código Civil de 1996, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens.
2. A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento.
3. A Constituição Federal (artigo 26, §3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável o casamento, conduz também o intérprete da norma concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1996, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002.
4. Recurso Especial improvido.
(STJ, REsp 821.660/DF, 3ª Turma, Relator: Min. SIDNEI BENETI, julgado em: 14/06/2011).

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N.9.278/96. RECURSO IMPROVIDO.

1. Direito real de habitação. Aplicação ao companheiro sobrevivente.

Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96.

Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.

2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável.

Prevalência do princípio da especialidade.

4. Recurso improvido.

(STJ, REsp 1156744/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 18/10/2012).

De toda sorte, a conclusão não é unânime, há doutrinadores que entendem que ante o silêncio eloquente do Código Civil a respeito, houve o intuito de excluir o direito real de habitação do convivente, logo não há lacuna suscetível de preenchimento por analogia, e conseqüentemente não há nenhuma possibilidade de se pugnar pela sobrevivência do artigo 7º da Lei nº 9.278/96. Dentre eles: Francisco José Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Mário Luiz Delgado, Rodrigo Santos Neves, Salomão de Araujo Cateb e Zeno Veloso. (DINIZ, 2014, p. 463).

A existência do direito real de habitação sucessório para a união estável não é uma questão axiológica, de diferença de valores entre as entidades familiares, pois não é uma questão que se compare ao matrimônio, visto que são diferentes formas familiares, cada qual com suas vantagens e desvantagens.

O deferimento do direito real de habitação à união estável depende da verificação ou não das legislações extravagantes que tratam do tema sucessório. Não estando vigentes tais leis, não existirá o benefício, uma vez que os princípios da tipicidade e do *numerus clausus* dos direitos reais, é vedada a criação ou modificação dos direitos reais existentes, ou seja, não se pode considerar abrangente o benefício, em analogia ao casamento e ao artigo 1.831 do CC.

Não se trata de uma análise interpretativa da legislação, para conferir ou não determinado direito real a algum beneficiário, inclusive porque tal interpretação se chocaria com os princípios dos direitos reais. (BLIKSTEIN, 2012, p. 234-5).

Se a interpretação majoritária da doutrina, é de suposta igualdade entre cônjuges e companheiros, para concluir pela vigência do artigo 7º. da Lei 9278/96, seria necessário concluir, em franca contradição, pela negativa de vigência do artigo 2º. da Lei 8971/94.

Arnoldo Wald bem escreve, quando trata do tema, apresentando a intenção do legislador constituinte de 1988, ao diferenciar a união estável do casamento: (WALD, 2009, p. 94).

Afinal, o legislador constituinte de 1988, apesar de ter elevado a união estável à categoria de entidade familiar merecedora da proteção do Estado, não a equiparou, em momento algum, ao casamento celebrado nos moldes dos artigos. 180 e seguintes do Código Civil de 1916. Daí a premência da aplicação da nova exegese ao citado texto legal da lei civil.

Rodrigo Santos Neves sistematiza o assunto defendendo que é certo que não houve a revogação expressa da Lei nº 9.278/96, todavia explica que o Código Civil regulou toda a matéria da união estável, ao estabelecer conceito, características, efeitos patrimoniais, direitos e deveres dos conviventes, sendo assim, houve revogação tácita, de acordo com o que determina o artigo 2º, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Pela revogação da Lei nº 9.278/96 também entendem Carlos Roberto Gonçalves, Antônio Elias de Queiroga e Arnaldo Rizzardo.

Outro argumento rebatido pelo autor é a aplicação analógica ao artigo 1.831 do CC, para se estender o direito real de habitação aos companheiros. A analogia

deve ser aplicada na omissão da lei, se a corrente contrária afirma que se deve aplicar o artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, não haveria como se aplicar analogia por haver norma aplicável.

Por fim, Neves destaca que a invocação do direito fundamental à moradia, contido no artigo 6º da Constituição Federal, também não deve prosperar, pois a previsão de tal direito não é capaz de conceder efetivamente tal direito a todos, se fosse assim os demais herdeiros também seriam destinatários da norma prevista, o que não acontece. (NEVES, 2012. p. 217-8).

Nesse mesmo sentido, Inácio de Carvalho Neto opina pela ocorrência de revogação tácita do instituto conferido aos companheiros: “A nova lei regula por completo a sucessão do companheiro e, embora possa ver nisso grande defeito da lei, o fato é que não lhe concede o direito real de habitação, pelo que nos parece estar tacitamente revogada a Lei da União Estável”. (NETO, 2007, p. 193-4 *apud* BLIKSTEIN, 2012, p. 242).

De acordo com Salomão Cateb, o Código não amparou os companheiros, e a opinião de doutrinadores civilistas entendendo que aplica-se ao companheiro a titularidade desse direito contraria o texto legal. Se o capítulo da união estável do Código Civil revogou as Leis n.º. 8.971/94 e 9.278/96, reconhecidamente ao companheiro não se outorgou o direito real de habitação. (CATEB, 2011, p. 115).

Para Zeno Veloso, o aludido artigo 7º. da Lei 9278/96, foi revogado pelo Código Civil, por ter este, no artigo 1.790, regulado inteiramente a sucessão entre companheiros: (2004, p. 414)

O novo Código Civil não conferiu e nem admite que se confira direito real de habitação ao companheiro. Não há que se falar em sobrevivência do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, nem, muito menos, das normas da Lei 8.971/94. O novo Código Civil regulou inteiramente a matéria relativa à sucessão entre companheiros, não deixando margem para qualquer dúvida ou entredúvida. Não houve revogação expressa, é verdade! Mas a revogação expressa não é a única forma de revogação que existe. Por ter regulado inteiramente o assunto, o Código Civil revogou tacitamente – e inexoravelmente – as duas aludidas leis, que tratavam da sucessão entre companheiros.

Ainda de acordo com o autor, não houve omissão quanto ao direito real de habitação, mas silêncio eloquente do legislador. Vale lembrar a distinção entre lacuna normativa e silêncio eloquente, o *beredtes Schweigen* do direito alemão.

Lacuna existe, quando dada situação não é prevista nem regulada na norma, por omissão, imprevidência, falha, esquecimento do legislador, e diante da lacuna, sendo obrigado a dar a prestação jurisdicional, o magistrado, num processo de integração, preenche o vazio e resolve a questão.

O silêncio eloquente é situação diversa, inconfundível. A restrição é intencional, o legislador não mencionou porque, consciente e deliberadamente não quis fazê-lo, assim, o intérprete ou julgador não pode preencher o vazio, recorrer à analogia, pois não há vazio nem omissão e, ao contrário, no silêncio da norma há um comando, uma afirmação, um preceito.

Ao terminar o assunto, o autor destaca com veemência: “Com o estabelecimento de uma nova ordem jurídica de direito privado, e tendo o Código Civil regulado, como queria que fosse, a sucessão entre companheiros, é o Código que tem que resolver o assunto, e nos limites que definiu. A lei pretérita não está esmaecida, mas morreu”. (VELOSO, 2004, p. 414-416).

A mesma conclusão é a de Francisco Cahali, quando afirma: (CAHALI, 2014, p. 220-1).

Em nosso entender houve revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou a companheira “*participará da sucessão do outro (...) nas condições seguintes*”. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro, e aqueles direitos não deixam de representar uma forma de participar na sucessão. Vale dizer, neste particular – *sucessão decorrente da união estável* – , o Código disciplinou inteiramente a matéria, revogando, assim, os efeitos sucessórios entre os conviventes previstos em normas anteriores.

(...)

Sob outro ângulo, parece-nos ter dado o legislador de 2002 sinais evidentes de afastar a união estável do casamento na seara sucessória. Se assim é, e sendo omissos quanto àqueles direitos, consideramos ter sido intencional restringir a participação do companheiro sobrevivente aos limitados termos do art. 1.790.

Corroborando no mesmo entendimento, podem ser encontrados alguns julgados, *in verbis*:

Ementas:

POSSESSÓRIA. AJUIZAMENTO CONTRA OCUPANTE DE IMÓVEL PERTENCENTE A ESPÓLIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL, RECONHECIDO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA RÉ EM RELAÇÃO À RESIDÊNCIA DE CASAL. DECISÃO REFORMADA. NÃO SUBSISTE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE, SEM DIREITO À HERANÇA DO FINADO, DESDE O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, §1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. É A LEI DA ÉPOCA DA ABERTURA DE SUCESSÃO QUE A DEVE REGER. OCUPAÇÃO INDEVIDA E INJURÍDICA. RECURSO PROVIDO.

(TJSP, Apelação 991.06.028671-7, Acórdão 4621644, São Paulo, 22.ª Câmara de Direito Privado, Rel. CAMPOS MELLO, julgado em 26/07/2010, DJESP 12/08/2010).

AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE IMÓVEL ADQUIRIDO E ALIENADO PELO EX-COMPANHEIRO ANTES DO INÍCIO DA UNIÃO ESTÁVEL. EXCLUSÃO DO IMÓVEL OBJETO DA LIDE DA PARTILHA DOS BENS EM AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO. A EX-COMPANHEIRA NÃO TEM DIREITO AO USUFRUTO VIDUAL E AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOBRE O IMÓVEL DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO EX-COMPANHEIRO, PORQUE SÃO INSTITUTOS APLICÁVEIS SOMENTE NO CASO DE SUCESSÃO, NÃO SENDO O CASO DOS AUTOS. OCUPAÇÃO INDEVIDA PELA RÉ. PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP, Apelação com Revisão 473.746.4/4, Acórdão 4147571, Fernandópolis, 7.ª Câmara de Direito Privado B, Rel.ª Des.ª DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, julgado em 27/10/2009, DJESP 10/11/2009).

Pelo que se verifica, portanto, não estariam vigentes, no âmbito sucessório, as Leis 8.971/94 e 9.278/96, que tratavam da sucessão dos companheiros, pois atualmente vige em nosso ordenamento a disposição expressa do artigo 1.790 do

Código Civil de 2002, quanto à regra sucessória entre companheiros, com seus prejuízos e benefícios, como quis, propositadamente o legislador brasileiro.

Assim, não se pode conceber um direito real sem a correspondente previsão legal, ainda que isso, a princípio, pareça afrontar um direito essencialmente social. A realidade é que, no caso específico, não se pode superar a ausência normativa apenas pelo caráter social da disposição legal, inclusive sob pena e ferir a intenção do próprio legislador ao criá-la. (BLIKSTEIN, 2012, p. 248).

3.2 Aspectos Polêmicos

O Código Civil estabelece em seu artigo 1.831, como requisitos essenciais, que o imóvel, objeto do direito real de habitação, seja destinado à residência da família do *de cuius*, e que seja o único com tal destinação a inventariar.

Percebe-se que o segundo requisito é o de ser o imóvel “o único daquela natureza a inventariar”, de acordo com o enunciado da lei. Eis que, se aplicado de forma literal, pode provocar imensas desigualdades de tratamento do companheiro ou cônjuge sobrevivente.

Não significa que o falecido tenha deixado um único bem imóvel, pode ter deixado outros imóveis, desde que sejam destinados para fins não residenciais, mas se tiver deixado mais de um imóvel residencial, a lei presume que não haverá prejuízo para o cônjuge sobrevivente, pois disporá de outra opção equivalente de moradia. (LÔBO, 2014, p. 126-7).

Ao que parece, o legislador voltou os olhos, para os relacionamentos cujo regime de bens fosse o da comunhão universal ou ainda que todos os bens fossem adquiridos durante os relacionamentos a título oneroso, hipóteses em que, via de regra, o sobrevivente restaria contemplado, no mínimo, com um dos imóveis acaso fossem partilhados dois ou mais, fato que, na maioria das vezes, não ocorre, estabelecendo lamentável lacuna.

José Luiz Gavião de Almeida defende que a existência de outros imóveis residenciais não afasta o direito real de habitação, mas apenas a habitação sobre o imóvel que servia de moradia à família do falecido, nos casos em que o cônjuge sobrevivente não tenha propriedade de nenhum deles. (ALMEIDA, 2004, p. 220, *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2011, p.673).

Para Maria Berenice Dias, tal limitação é descabida, pois não há como excluir o direito pelo só fato de compor o acervo sucessório mais de um bem com destinação residencial ou o fato de o casal possuir mais de uma residência. Assim, o duplo domicílio não pode excluir o direito real de habitação, não podendo, no entanto, assegurar tal direito sobre ambos os imóveis. (DIAS, 2011, p. 65).

Esse tem sido o mesmo entendimento do STJ sobre o assunto, no sentido de que apesar de possuir outro imóvel, a companheira sobrevivente faz jus ao direito real de habitação:

UNIÃO ESTÁVEL. 1) DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE, NA RESIDÊNCIA EM QUE VIVIA O CASAL. **EXISTÊNCIA DE OUTRO IMÓVEL RESIDENCIAL QUE NÃO EXCLUI ESSE DIREITO.** 2) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. 3) RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O direito real de habitação, assegurado, devido à união estável, ao cônjuge sobrevivente, pelo art. 7º da Lei 9287/96, incide, relativamente ao imóvel em que residia o casal, **ainda que haja mais de um imóvel residencial a inventariar.**

3. Recurso Especial conhecido, em parte, e nessa parte provido, reconhecendo-se o direito real de habitação, relativamente ao imóvel em que residia o casal quando do óbito, bem como elevando-se o valor dos honorários advocatícios.

(STJ, REsp 1220838/PR, 3ª Turma, Relator: Min. SIDNEI BENETI, julgado em: 19/06/2012).

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 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 não 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, REsp 1.249.227/SC, 4ª Turma, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em: 17/12/2013).

Em outra análise, vindo a persistir esse direito real a favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente se uma única era a residência da família, problemas surgirão quando ocorrer a partilha dessa única habitação, haja vista que os herdeiros não poderão utilizar em plenitude seu direito à propriedade.

Entretanto, na esteira da atual jurisprudência, não importa se o imóvel é comum ou exclusivo do falecido, reconhecendo-se o direito real em ambos os casos:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CODIFICAÇÃO ATUAL. REGIME NUPCIAL. IRRELEVÂNCIA. RESIDÊNCIA DO CASAL.

Segundo o artigo 1.831 do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza que integre o **patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido**. Recurso não conhecido, com ressalva quanto à terminologia.

(STJ, REsp 826.838/RJ, 3ª Turma, Relator: Min. CASTRO FILHO, julgado em: 25/09/2006).

Vale ressaltar, que o direito real de habitação tem prevalecido em face do companheiro sobrevivente ainda que este concorra exclusivamente com herdeiros do *de cujus*:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. **RECONHECIMENTO MESMO EM FACE DE FILHOS EXCLUSIVOS DO DE CUJOS.**

1. O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal deve ser conferido ao **cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos.**

2. Recurso Especial improvido.

(STJ, REsp 1.134.387/SP, 3ª Turma, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em: 16/04/2013).

Cabe ainda mencionar que neste processo, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, foi voto vencido, pois apoiou não ser aplicável a regra do artigo 1.611, § 2º, do CC/1916, que garante ao cônjuge supérstite o direito real de habitação no imóvel residencial antes ocupado pelo casal, na hipótese em que os filhos do primeiro casamento do *de cujus*, que em razão da herança, também detenham frações ideais desse imóvel juntamente com os filhos da segunda união.

A *mens legislatoris* desse direito é impor aos descendentes do casal a observância ao princípio da solidariedade familiar, limitando-lhes a propriedade do

patrimônio herdado em prol do bem-estar do ascendente, o que circunscreve esse direito real aos lindes da família tradicional, ou seja, aquela em que a prole tenha ancestralidade comum, o que não ocorre no caso, já que os filhos exclusivos do falecido não guardam nenhum tipo de solidariedade em relação ao cônjuge supérstite. (STJ, REsp 1.134.387/SP, 3ª Turma, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em: 16/04/2013).

Agravando ainda mais a situação, o novo Código Civil não repetiu a expressão “enquanto viver e permanecer viúvo” do antigo Código de 1916. O direito de habitação era resolúvel e não vitalício, perdurava enquanto o companheiro sobrevivente não casasse ou constituísse nova união estável.

A exigência de permanecer viúvo foi revogada, hoje o direito é vitalício, embora seja criticada a nova disposição legal em face do caráter assistencial do instituto. É inconveniente e injusto que o imóvel permaneça gravado, onerando os herdeiros em benefício do companheiro que já se casou de novo, com o qual muitas vezes, não guarda nenhuma ligação, e que provavelmente não necessita mais do benefício.

No que toca à constituição de nova família, vislumbra-se a hipótese em que o companheiro habitante tem boas condições financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes do falecido, que podem ser ainda menores ou incapazes, e que considerada a vitaliciedade do direito real de habitação, seria possível não se beneficiassem do bem deixado por herança.

Se a lei preocupou-se em não deixar o cônjuge supérstite ao desabrigo, deve ter a mesma preocupação com os filhos menores e incapazes, de acordo com o princípio da Proteção Integral do Menor.

O fenômeno do direito real de habitação deve ser observado como uma limitação à propriedade dos herdeiros, que deverão suportar a referida restrição em favor do beneficiário daquele direito real sobre coisa alheia. E como restrição à propriedade, este direito deve ser concedido de forma tímida, para que não inviabilize a propriedade dos herdeiros, na forma da lei. E esta parece ser a solução

estabelecida pelo Código ao não conceder direito real de habitação ao companheiro. (NEVES, 2012, p. 218).

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo já decidiu no sentido de negar o direito real de habitação à companheira, sob o argumento de que, diante das circunstâncias de fato, a concessão do referido direito à companheira, violaria a finalidade social do instituto:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO DA CONVIVÊNCIA *MORE UXÓRIO*. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. **INOBSERVÂNCIA DO FIM SOCIAL DO ARTIGO 1831 DO CÓDIGO CIVIL**. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

4. A existência de um relacionamento anterior entre o *de cuius* e a Agravante, não se mostra suficiente a impedir o reconhecimento de união estável entre o falecido e a Agravada, sendo este o objeto da lide, estando devidamente provado.

5. A interpretação teleológica do art. 1831 do Código Civil, que se impõe diante do manifesto cunho social da norma, não permite conferir à companheira, ora proprietária de imóvel de caráter particular, o direito real de habitação ao imóvel deixado pelo *de cuius*, sob pena de desnecessária ofensa ao direito dos demais herdeiros.

6. Recurso improvido.

(TJES, 4ª Câmara Cível, Ag. Int. Ap. Cível nº 035050065826, Rel. Des. MAURÍCIO ALMEIDA DE ABREU, DJ. 10/11/2009).

De acordo com Rodrigo Santos Neves, o objetivo do direito real de habitação é o amparo do cônjuge que vivia com o falecido, entender de forma diversa seria alterar o verdadeiro sentido do dispositivo, haja vista que é um direito real sobre coisa alheia. Diante disso, impõe-se uma limitação ao direito de propriedade dos herdeiros, no entanto, esta limitação deve ser plenamente justificada.

Mesmo que a viúva contemplada com o direito real de habitação venha constituir nova família ela permanecerá com tal direito, não parece justo este posicionamento. Como o Código se omitiu em relação ao estado de viuvez, não se

pode simplesmente afirmar que esse requisito não exista. O art. 5º da LINDB afirma que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (NEVES, 2012, p. 193).

Corroborando neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu em acórdão recente que o mais apropriado é a perda do direito real de habitação quando o viúvo constituir nova família, seja pelo casamento ou pela união estável:

CIVIL. INVENTÁRIO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DE CÔNJUGE SOBREVIVENTE. SENTENÇA REFORMADA.

1. Extrai-se do Código Civil a garantia ao cônjuge do direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência, desde que seja o único a inventariar, conforme dispõe o art. 1831, do Novo Código Civil.

2. A proteção é conferida pela legislação de regência ao companheiro supérstite que não possua outro local para residir enquanto este não constituir nova união ou casamento, sem deixar de resguardar, todavia, o direito de propriedade dos herdeiros, que inquestionavelmente já lhes é garantido mediante o direito positivo.

3. Apelação provida. Unânime.

(TJDFT, Acórdão n.667793, 20050610054762 APC, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Revisor: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/04/2013, Publicado no DJE: 11/04/2013. Pág.: 166).

O direito de propriedade e o direito de herança são direitos fundamentais, pelos quais seriam privados os herdeiros do falecido em favor de uma pessoa que constituiu nova família. O direito real de habitação impossibilita que os herdeiros possam usar e gozar do imóvel, ou seja, impõe uma limitação ao direito de propriedade desses herdeiros, para beneficiar o novo esposo ou companheiro e filhos da viúva. (NEVES, 2012, p. 194).

A garantia do direito real de habitação tem seu lado social, mas não pode embaraçar, sem qualquer limite temporal, a propriedade dos titulares. Melhor seria que o direito 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 prejudicar o direito de propriedade dos demais sucessores. (BLIKSTEIN, 2012, p. 214-5).

À vista disso, não há amparo que se conclua pela perpetuidade do instituto sobre o mesmo imóvel, cessando a viuvez. A melhor solução seria a alteração legislativa, para dirimir qualquer dúvida acerca do tema, estabelecendo que o direito real de habitação será extinto caso o sobrevivente constitua nova família, seja pelo casamento ou pela união estável.

CONCLUSÃO

O direito real de habitação é conhecido como direito temporário, gratuito e personalíssimo de habitar casa alheia para fins de moradia vitalícia ao cônjuge sobrevivente. É medida assistencial que visa garantir o direito de moradia ao supérstite, ou seja, importante instrumento para que este não fique no desamparo, sem um teto na velhice, assegurando assim, um mínimo de conforto e dignidade.

Embora tal direito tenha sua origem relacionada ao direito de família, o conceito de família transformou-se no decorrer dos anos, e o Direito visando se atualizar com os fenômenos sociais modernos também se modificou, para admitir as uniões modernas fundadas no afeto.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, as uniões estáveis, àquelas definidas pela convivência pública, contínua e duradoura com o intuito de se constituir família, foram elevadas ao status de entidade familiar, passando a gozar de especial proteção do Estado, inclusive para fins sucessórios.

O instituto do direito real de habitação assume singular importância no decorrer da sucessão hereditária, na hipótese do companheiro sobrevivente concorrer com descendentes exclusivos do falecido, com o qual não existe nenhum laço familiar.

Apesar do Código Civil de 2002 não amparar de forma expressa tal direito se estendido às uniões estáveis, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante entendem pelo alcance da norma a abranger a entidade familiar, com base na dignidade da pessoa humana, na interpretação analógica da proteção constitucional à moradia e por entenderem que o atual Código Civil não revogou a lei anterior, Lei 9.278/96, que regulava o direito sucessório dos companheiros.

Entretanto, a corrente minoritária é contundente ao defender que o direito real de habitação não mais persiste às uniões estáveis, haja vista que o legislador constituinte embora tenha elevado à categoria de entidade familiar não às equiparou ao casamento.

O Código Civil de 2002 regulou por completo a sucessão dos companheiros, revogando tacitamente a legislação anterior que tratava do assunto. Também não há que se falar em analogia, pois não existe lacuna ou omissão legislativa, e o direito fundamental à moradia também se estende aos herdeiros do falecido.

Ainda há muito o que se formar para definir com clareza o alcance do direito real de habitação à luz do Código Civil de 2002. Há que se recordar que os direitos reais e os direitos sucessórios não contemplam interpretações ampliativas e devem ser entendidos dentro dos limites legais. A injustiça legislativa deve ser enfrentada melhorando o texto legal, entretanto, o julgador não pode avocar para si tal responsabilidade e aplicar direito inexistente a benefício de uns e detrimento de outros.

O tema é cercado por aspectos polêmicos ainda não esclarecidos pela doutrina ou pela jurisprudência. Em confronto com o direito de propriedade dos herdeiros torna-se necessário ponderar tal prevalência, buscando a harmonização dos princípios, ou seja, se interpretar a norma sistematicamente conforme cada caso concreto, de modo que um direito não se inviabilize em prejuízo do outro, evitando assim decisões extremas e injustas.

REFERÊNCIAS

BLIKSTEIN, Daniel. *O Direito Real de Habitação na Sucessão Hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRASIL. *Conselho de Justiça Federal*. Enunciado 117.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei 8.971/94 de 29 de dezembro de 1994*. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

BRASIL. *Lei 9.278 de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS E ROSENVALD, Cristiano Chaves e Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS E ROSENVALD, Cristiano Chaves e Nelson. *Direitos Reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil 3: Direito das Coisas*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Rodrigo Santos. *Curso de Direito das Sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito das Coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

STJ. *Jurisprudência*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 5 julho 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 4: Direito das Coisas*. 6.ed. São Paulo: Método, 2014.

TJDFT. *Jurisprudência*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 8 agosto 2014.

TJES. *Jurisprudência*. Espírito Santo, 2014. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br>>. Acesso em 10 agosto 2014.

TJSP. *Jurisprudência*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 2 agosto 2014.

VELOSO, Zeno. Direito Real de Habitação na União Estável. In: DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2004. p. 405-416.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.