

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

LUCIANA COSTA POLI

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito de família e sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luciana Costa Poli, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-307-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o grupo de trabalho Direito de Família e Sucessões II quanto ao XXV Encontro Nacional do CONPEDI promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba realizado em Curitiba - PR entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016 no campus da UNICURITIBA.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao direito das famílias e sucessões que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões II, coordenado pelas ora Organizadores da obra. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes com especial repercussão social nas relações privadas familiares e no direito sucessório.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito de Família e Sucessões II e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família e Sucessões apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhes são característicos. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a

formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito de família visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito de família assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada

Na oportunidade, as Organizadoras prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram a elaboração dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito de Família e Sucessões que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formação de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Dezembro de 2016.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - Universidade Nove de Julho

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO
COMPANHEIRO**

**CRITICAL ANALYSIS OF THE REAL HABITATION LAW OF THE LIFE
PARTNER**

Fernanda Cristina Campolina e silva ¹

Resumo

O presente trabalho objetiva fazer uma análise crítica do direito real de habitação do companheiro, desde o Código civil de 1916 até o momento. Ao longo do trabalho são verificados aspectos históricos, teleológicos e semânticos do instituto, bem como sua atual aplicação e interpretação.

Palavras-chave: Direito da sucessão, Direito real de habitação, União estável, Companheiro

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to make a critical analysis about the habitation law of the life partner since the Civil Code 1916 until now. Throughout the work are verified several aspects: historical, theological and semantic of the institute, its current application and interpretation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law of succession, Real habitation law, Stable union, Partner

¹ Mestranda em Direito Privado pela PUC Minas; Especialista em Advocacia Cível; Advogada

1. INTRODUÇÃO

O Direito Civil é um ramo do direito privado, pelo qual se busca reger as relações jurídicas entre pessoas. Dentre os diversos temas tratados no Código Civil, há um dispositivo, no caso o livro IV, apenas para abordar o Direito de Família.

Como todos sabem o direito está em constante evolução e aperfeiçoamento na tentativa de acompanhar as crescentes transformações da sociedade.

O Direito de Família, que disciplina aspectos tão sensíveis dessa sociedade em constante evolução, também sofre transformações, com catalisador ainda maior, pois lida diretamente com a segurança, o bem estar, os sentimentos da pessoa humana, aspectos bastante subjetivos.

Um dos institutos que tem passado por muitas transformações é o denominado Direito Real de habitação, que surgiu na vigência Código Civil de 1916, se manteve no Código Civil de 2002, mas que ao longo desse período vem sendo interpretado de diversas maneiras. É exatamente sobre esses aspectos que se dará o presente trabalho.

Vale ressaltar que, com o advento da Constituição de 1988, o centro gravitacional do nosso ordenamento jurídico se deslocou das coisas (patrimônio) para a pessoa humana. E o direito real de habitação se situa exatamente nesse limbo, pois trata tanto do direito de família e de questões existenciais quanto do direito das coisas. Dentre as questões presentes na discussão está o embate entre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, constitucionalmente protegidos frente ao direito fundamental à propriedade privada.

Partindo dessas premissas analisaremos o respectivo instituto, suas variações, aplicações, interpretações, problemáticas e possíveis aperfeiçoamentos.

2. CONCEITO E APLICAÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito real de habitação, conforme o próprio já diz, trata-se de um direito real, inserido no livro III do Código Civil, ou seja, é “Direito das coisas”.

O conceito de direitos reais para o autor do projeto do código civil de 1916, Clóvis Beviláqua, e que ainda é utilizado é “o complexo de normas regulamentadoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”. Mais especificadamente, o direito real de habitação é uma espécie do direito de uso. Portanto, esse

instituto consiste em uma relação jurídica de pessoa com uma coisa alheia, que concede ao titular o uso limitado de um imóvel, para fins de habitação.

O direito real de habitação está previsto em nossa legislação nos artigos 1.414 a 1.416 do Código civil em vigor. Trata-se de um direito bem restrito, no qual é concedido o direito de habitar, a título gratuito, o direito temporário de residir em um imóvel alheio, com sua família. O proprietário, por sua vez, também tem seus direitos restringidos, uma vez que, apesar de seus direitos dominiais não serem atingidos, ele não poderá exercer o direito de moradia, vez que sua habitação foi concedida ao beneficiário. É um direito personalíssimo, logo não é transmissível, nem passível de concessão a outra pessoa; inclusive não é admitida nenhuma forma de fruição pelo beneficiário, que não pode emprestar, nem alugar o imóvel, sendo sua destinação exclusiva a sua moradia e de sua família, conforme dispõe o artigo 1.414 do Código Civil de 2002:

Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

O direito real de habitação pode ser concedido a mais de uma pessoa, sendo que qualquer uma delas pode sozinha habitar o imóvel, sem dever à outra ou às outras pessoas nenhum encargo, como prevê o artigo 1.415 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.415. 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.

Neste mesmo sentido, se um dos beneficiários falecer, o direito dos cotitulares não será acrescido, sendo extinto o direito de habitação na parte que cabia ao beneficiário falecido.

Por fim, o direito real de habitação pode ser concedido *inter vivos*, por meio do registro no cartório de imóveis; *causa mortis*, pelo testamento; pela usucapião, desde que cumpridos os requisitos para a aquisição do direito real e por meio de previsão legal, como prevê o art. 1831 do Código Civil. Dentre essas modalidades de aquisição, será objeto de

estudo no presente trabalho o direito real de habitação do cônjuge/companheiro sobrevivente previsto no art. 1831.

3. A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

O reconhecimento da sucessão do companheiro pelo nosso ordenamento jurídico se deu de forma lenta e tardia. Durante boa parte do século XX não era possível se falar nem em relações não constituídas através do casamento, muito menos em reconhecimento do direito sucessório do companheiro. Vale lembrar que as relações afetivas independentes da constituição do matrimônio sempre foram uma característica comum da nossa sociedade, mas nem sempre elas foram devidamente reconhecidas e tratadas.

O(a) companheiro(a), por muito tempo, teve uma conotação negativa e era adjetivado de forma discriminatória de amante, concubina(o), manceba(o), dentre outros. O Código civil de 1916 por sua vez, contemplava uma única forma de constituição de família: através do matrimônio.

Apesar desse cenário jurídico, as relações afetivas até então não reconhecidas pelo Estado, mas presentes em toda a sociedade foram ganhando destaque e aos poucos algumas atribuições foram sendo concedidas aos(a) companheiros(as).

A exemplo dessa trajetória histórico-legislativa do reconhecimento do direito sucessório do companheiro tem-se inicialmente o Decreto-Lei 7.036 de 1944, que conferia ao companheiro sobrevivente a possibilidade de receber indenização em virtude da morte do companheiro por acidente de trabalho. Nesse mesmo viés, em 1963, o STF editou a Súmula 35, que tratava a companheira como concubina, mas que lhe concedia um direito mínimo, abaixo:

Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio.

Conforme Ana Luiza Maia Nevares, no âmbito previdenciário disposições como a Lei 4.297/63, o Decreto 77.077/76 e a Súmula 159 do extinto Tribunal de Recursos também fizeram algumas concessões ao companheiro, inclusive a possibilidade de divisão da pensão por morte entre esposa e companheira. (NEVARES, 2015)

A Lei 6.015/73 também merece destaque, vez que ela permitiu à companheira adotar o patronímico do companheiro, se a relação tivesse no mínimo cinco anos ou existissem filhos e um dos companheiros tivesse impedimento legal para o casamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a posição do cônjuge perante o ordenamento jurídico enfim foi modificada pelo artigo 226, § 3º que reconheceu a união estável como forma de constituir família:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Apesar de a Magna Carta reconhecer a união estável como forma de família, direitos vinculados ao direito de família como alimentos e sucessão continuaram sem reconhecimento.

Neste diapasão, as leis 8.971/94 e 9.278/96 reconheceram o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, inclusive o direito real de habitação do companheiro, que será mais bem tratado nos próximos capítulos.

Por fim, o Código Civil de 2002 por sua vez, destinou os artigos 1.723 a 1.727 a regulamentar a união estável e o artigo 1.790 à sucessão do companheiro.

3.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito real de habitação do cônjuge sobrevivente passou a fazer parte do nosso ordenamento jurídico através da Lei 4.121/62, que modificou o art. 1.611 do Código civil de 1916 e inseriu o § 2º, que previa o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente com relação ao imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens, conforme a redação abaixo:

Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

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

Posteriormente, a Lei 10.050/00 inseriu o § 3º ao referido artigo que estendia o direito real de habitação ao filho portador de deficiência que o impossibilitasse de trabalhar, conforme se segue:

§ 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.

Além dessas disposições, a Lei 9.278/96 trouxe um grande avanço para o direito de família brasileiro, e principalmente para o estudo em questão, vez que reconheceu no parágrafo único do art. 7º o direito de habitação do companheiro sobrevivente enquanto este não constituir nova união, *in verbis*:

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

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

Portanto, o direito de família já evoluía no sentido de reconhecer os direitos do companheiro como os do cônjuge, bem como buscava proteção do núcleo familiar, independente dessa relação estar ou não oficializada perante o Estado.

Desse modo, tanto o cônjuge quanto o companheiro sobrevivente possuíam o direito real de habitação. Mas vale ressaltar que ao cônjuge tal direito só era concedido se a união se desse sob o regime da comunhão universal de bens e enquanto permanecer o estado de viuvez. Logo, se o cônjuge sobrevivente se casasse novamente, o direito real de habitação sob o imóvel destinado à residência familiar estaria extinto. O companheiro por sua vez, possuía o direito real de habitação independente do regime de bens e, assim como para o cônjuge, o direito só estará assegurado enquanto o companheiro não contrair nova união ou casamento. Neste sentido, alguns críticos pontuaram no sentido de que o companheiro estava sendo mais amparado perante o ordenamento que o próprio cônjuge.

Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002 este panorama foi alterado. O novo código manteve a proteção do direito real de habitação para o cônjuge e não trouxe nenhuma restrição com relação ao regime de bens adotado, ou seja, o cônjuge sobrevivente passou a ter o direito real de habitação independente do regime de bens adotado no casamento. Além disso, o código extraiu o limite temporal do benefício, vez que nada prevê com relação à permanência ou não do estado de viuvez. Tal previsão encontra-se no art. 1.831 do Código Civil de 2002, abaixo:

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

A situação companheiro, entretanto, não ficou tão clara, vez que o Código Civil de 2002 simplesmente foi totalmente omissos nesta questão.

3.2. A ATUAL SITUAÇÃO DO COMPANHEIRO NO DIREITO SUCESSÓRIO

Com o novo Código, o reconhecimento do direito real de habitação do companheiro voltou a ser debatido, vez que, como já dito acima, o código foi totalmente omissos.

De um lado havia aqueles que defendiam que, havendo a previsão legal antes da entrada em vigor do novo código, a sua omissão foi proposital, devendo o companheiro supérstite não ter direito ao instituto. Neste mesmo sentido, dizia-se que os direitos sucessórios do companheiro estavam previstos no artigo 1.790, e este não prevê o direito real de habitação. Alguns ainda acreditam que houve uma revogação tácita da lei 9.278/96, vez que esta trata dos direitos sucessórios do companheiro e o novo código, lei posterior, possui previsão legal com relação à sucessão do companheiro, no caso o já referido artigo 1.790, havendo portanto, uma revogação tácita.

Por outro lado, havia aqueles que defendiam que a Lei 9.278/96 é uma legislação especial, portanto sua vigência em nada se altera perante o advento do Código Civil de 2002. Além disso, o Código Civil de 2002 trouxe benefícios sucessórios ao companheiro, demonstrando uma tendência à proteção dos direitos do companheiro, logo a Lei 9.278/96 não é incompatível com o novo código, devendo permanecer o direito real de habitação do companheiro.

No intuito de solucionar o impasse foi editado o Enunciado 117 da I Jornada de Direito civil do Centro de Estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal, que dispõe:

Art. 1831: 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.

O referido enunciado colocou um fim à discussão sobre a aplicação ou não do direito real de habitação para o companheiro sobrevivente.

Entretanto, já houve e ainda há algumas propostas de modificação do art. 1831 do Código Civil, principalmente no que tange à limitação temporal da aplicação instituído.

Os Projetos de Lei 6.960/2002, 276/2007 e 699/2011 propõem a modificação do Art. 1.831 para:

“Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável, 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”.

O Projeto de Lei 4.944/2005 propõe a seguinte redação:

“Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, 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, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido, ou a este e ao cônjuge sobrevivente.

Parágrafo único: O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.”

O Projeto de Lei 4.908/2012 propõe outra redação:

“Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, enquanto viver e não constituir nova união, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, e que pertença exclusivamente ao falecido, ou a este e ao cônjuge sobrevivente.”

Apesar das proposições acima descritas, nenhuma modificação foi feita no dispositivo e novas questões já surgiram, mas essas novas questões serão retratadas no capítulo 4 do presente artigo.

3.3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STJ

Diante de tantas mudanças na legislação a respeito do tema abordado, bem como das ainda presentes omissões, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça merecem destaque.

O Recurso Especial nº 821.660 – DF é um deles. No caso em questão a 3ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti, equiparou a situação do cônjuge sobrevivente à

situação do companheiro no direito real de habitação. No caso, um casal era proprietário de um imóvel em Brasília e, em 1981 a mulher veio a falecer. A propriedade da metade do imóvel passou a ser do cônjuge sobrevivente a título de meação e a outra metade às quatro filhas do casal por meio da herança. Em 1989, o viúvo casou-se novamente sob o regime de separação total de bens, entretanto em 1999, dez anos após a união, veio a falecer, ocasião em que as filhas herdaram a outra metade do imóvel.

Diante da morte do pai, as quatro filhas moveram uma ação de reintegração de posse no intuito de retirar a viúva do imóvel. Em primeira instância o juiz indeferiu o pedido com base no art. 1831, do Código Civil/2002. O TJDF manteve a sentença. No STJ as herdeiras argumentaram que na data da abertura do inventário, ou seja, em 1999 o Código civil vigente era o de 1916 e que, portanto o direito real de habitação só era aplicado no regime de comunhão universal de bens, o que não era o caso. O STJ, entretanto, aplicou o art. 7º da lei 9.278/76 por analogia, concedendo à viúva o direito de permanecer no imóvel. Confira-se:

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 1916, 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 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, **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. **(grifos nossos) (STJ; Quarta turma; Resp.: nº 821.660/DF Desembargador Relator: Ministro Sidnei Beneti; Julgado em: 14/06/2011; publicado em: 17/06/2011.)**

No Recurso Especial nº 1.329.993-RS julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sob relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, o espólio do falecido, representado pela esposa (da qual já era separado de fato há anos), requereu a desocupação do imóvel pela companheira, que serviu de residência para o casal (*de cujus* e companheira) durante 14 (quatorze) anos, sob a alegação de que o caso deveria ser julgado sob a égide do Código Civil de 2002 e que este diploma não faz nenhuma menção ao direito de habitação do companheiro sobrevivente. Aduz também que, “a Constituição Federal prestigia o casamento e estimula a

conversão da união estável em vínculo matrimonial formal. Garante que a Carta não igualou as duas situações e naquelas em que existe impedimento para o casamento, como é o caso presente, em que o matrimônio permanecia, não se reconhece o direito de habitação à companheira.”

O Juízo de primeiro grau reconheceu o direito real de habitação da companheira, entendimento confirmado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O STJ, por sua vez, confirmou as decisões já proferidas sob o argumento de que a Lei 9.278/96 não foi revogada pelo Código Civil de 2002 nas questões que possuem compatibilidade, sendo o direito real de habitação uma delas, vez que ele consagra a concepção constitucional de união estável. Segue ementa:

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 novo Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

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. 1.831 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 deve ser rechaçado pelo ordenamento jurídico.

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 haver outros bens residenciais no espólio, um utilizado pela esposa como domicílio, outro pela companheira, não resulta automática exclusão do direito real de habitação desta, relativo ao imóvel da Av. Borges de Medeiros, Porto Alegre-RS, que lá residia desde 1990 juntamente com o companheiro Jorge Augusto Leveridge Patterson, hoje falecido.

5. **O direito real de habitação concede ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com o fim de moradia, independentemente de filhos exclusivos do de cujus**, como é o caso.

6. Recurso especial não provido. **(grifos nossos) (STJ; Quarta turma; Resp.: 1329993 / RS Desembargador Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Julgado em: 17/12/2013; publicado em: 18/03/2014)**

Ao contrário das decisões acima citadas, no Recurso Especial 1.204.347–DF a viúva de segunda união foi condenada a pagar o aluguel referente a $\frac{3}{4}$ do imóvel retroativo até a data do falecimento, 26.02.1999. No caso, a viúva era casada sob o regime de separação de bens, tendo como herdeira única a filha do *de cujus* no primeiro matrimônio. Por força do art. 1611, § 1º do Código Civil de 1916 a viúva fazia jus ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido. A viúva residia em imóvel do falecido, porém a herdeira era proprietária exclusiva.

A herdeira moveu ação contra a viúva no intuito de cobrar o aluguel referente a $\frac{3}{4}$ do imóvel do qual a autora era proprietária, retroativo à data do falecimento do pai.

A primeira instância condenou a viúva a pagar o aluguel, sob o argumento de que como o falecimento se deu na vigência do Código Civil de 1916, a sucessão deve ser feita conforme suas normas, e o Código Civil de 1916 só previa o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente que a união fosse regida pelo regime da comunhão total de bens. Entretanto, o Código Civil de 2002 ampliou tal concessão para a aplicação do instituto em qualquer regime de bens. Dessa forma o aluguel deveria ser cobrado da data de falecimento até janeiro de 2003, data que entrou em vigor o Código Civil de 2002. O TJDF confirmou tal decisão.

O STJ, ao contrário das decisões anteriores, entendeu que, se a sucessão se deu sob a vigência do Código Civil de 1916, o aluguel deveria ser cobrado por todo o período que a viúva permaneceu no imóvel, vez que só fazia jus ao usufruto de $\frac{1}{4}$ do imóvel, e em nada interferia a vigência do novo Código.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. DIREITO DE USUFRUTO PARCIAL. ART. 1.611, § 1º. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INAPLICABILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 2.041 DO NOVO DIPLOMA. ALUGUÉIS DEVIDOS PELA VIÚVA À HERDEIRA RELATIVAMENTE A $\frac{3}{4}$ DO IMÓVEL.

1. Em sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, a viúva que fora casada no regime de separação de bens com o de cujus, tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados, em havendo filhos (art. 1.611, § 1º, do CC/16). **O direito real de habitação conferido pelo Código Civil de 2002 à viúva sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens do casamento (art. 1.831 do CC/02), não alcança as sucessões abertas na vigência da legislação revogada (art. 2.041 do CC/02).**

2. No caso, não sendo extensível à viúva o direito real de habitação previsto no art. 1.831 do atual Código Civil, os aluguéis fixados pela sentença até 10 de janeiro de 2003 - data em que entrou em vigor o Estatuto Civil -, devem ser ampliados a período posterior.

3. Recurso especial provido (grifos nossos) (STJ; Quarta turma; Resp.: 1.204.347/DF Desembargador Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Julgado em: 12/04/2012; publicado em: 02/05/2012)

Portanto, o que se verifica dessa breve análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça é que o direito real de habitação do companheiro ainda não é uma questão pacificada nos nossos Tribunais, sendo sim controvertida em alguns aspectos.

4. NOVAS PONDERAÇÕES SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO

Conforme já mencionado acima, o Enunciado 117 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal colocou fim à discussão da extensão ou não do direito real de habitação ao companheiro.

Entretanto, outras questões foram surgindo, não só sobre o companheiro, mas sobre uma gama de questões que apareceram com os casos concretos e que colocam em dúvida a aplicação do instituto.

Uma questão é: o caráter vitalício é mesmo adequado para o instituto? No caso de uma viúva jovem, por exemplo, que tem muita chance de constituir outra união ao longo de sua vida, seria adequado poupar os proprietários do imóvel de usar de sua propriedade nesta situação? Conforme ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o direito português concede o direito de habitação temporário de cinco anos sobre a casa de morada comum, na sucessão do companheiro sobrevivente. (2015, apud XAVIER, 2015, p. 267)

Outra questão já levantada é: quem pode residir no imóvel? O art. 1.831 do Código Civil prevê que o imóvel deve ser destinado à moradia da família, não podendo ser locado, entregue em comodato, arrendado, dentre outras modalidades de fruição. Entretanto, não há uma delimitação exata daqueles que poderão residir no imóvel.

Outro aspecto relevante é limitação que o art. 1.831 com relação ao imóvel objeto da referida concessão: deve ser o imóvel destinado a residência da família e desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Tal requisito é ainda um resquício do Código anterior, vez que, para concessão do direito real de habitação, era necessário que o cônjuge sobrevivente fosse casado sob o regime da comunhão universal de bens, dessa forma ele possuía a meação de todos os bens a inventariar; se houvesse mais de um imóvel no conjunto de bens, o cônjuge provavelmente ficaria como proprietário exclusivo de algum desses imóveis. Dessa forma sua moradia estaria garantida, não havendo necessidade do direito real de habitação para ampará-lo.

Mais uma questão intrigante se dá nos casos em que o cônjuge sobrevivente possui em seu patrimônio exclusivo outro imóvel que lhe possa garantir a moradia. Independente deste fato, o cônjuge sobrevivente deverá ter seu direito real de habitação assegurado, que vez o art. 1.831 ressalta que o imóvel deve estar presente nos bens a inventar e o patrimônio exclusivo do cônjuge sobrevivente não pertence a esse rol.

Outro ponto que também é motivo de discussão ocorre na situação em que o imóvel destinado à moradia do casal não é de propriedade exclusiva do autor da herança. O direito de habitação poderia atingir o direito de propriedade de um terceiro? A doutrina se divide nesta

questão, sendo majoritário o entendimento de que os co-proprietários não devem ter seu direito relativizado conforme as relações afetivas do outro.

Por fim, vale ressaltar que o cônjuge/companheiro sobrevivente pode renunciar ao direito real de habitação, sem prejuízo de sua quota parte na herança, sendo o momento posterior à abertura sucessão o mais adequado para tal ato. O enunciado 271 da III Jornada de Direito Civil reafirma este entendimento, ao dispor que “O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.”

5. CONCLUSÃO

Tanto o direito real de habitação do companheiro quanto o direito civil como um todo devem atrelar-se ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, que resumidamente traz a idéia de que o direito civil deve ser lido e interpretado à luz da Constituição Federal. Portanto, acreditamos que o direito real de habitação deve ser um instrumento a garantir a eficácia da aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Apesar da doutrina e da jurisprudência tratarem da questão, entendemos que a omissão do Código Civil de 2002 quanto à aplicação do direito real de habitação ao companheiro deve ser sanada, vez que esse reconhecimento se coaduna com a realidade da sociedade pós-moderna, que reconhece as diversidades do nosso povo quanto a religião, etnia, orientação sexual, dentre outras. Como exemplo pode-se citar o reconhecimento das uniões homoafetivas. Ademais, a previsão em lei também amplia e fortalece garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a moradia etc.

Outro aspecto de grande importância é o caráter vitalício que o Código Civil de 2002 trouxe para o instituto do direito real de habitação. Acreditamos que a aplicação do instituto enquanto durar o estado de viuvez seria mais adequado, vez que, se o viúvo já se recompôs em termos emocionais a ponto de contrair uma nova união, é de se presumir que ele já está apto também a se recompor do ponto de vista financeiro, trabalhista, social etc. A manutenção deste instituto em caráter vitalício pode redundar em situação de abuso de direito, pois para que o direito de habitação de um seja cumprido, o pleno direito de propriedade do outro, de usar, fruir e gozar está sendo relativizado. O direito comparado já enfrenta essa questão, trazendo inclusive a possibilidade de um direito de habitação transitório.

Feitas estas adequações, acreditamos que o instituto foi um grande ganho para o nosso direito. A perda de um cônjuge ou companheiro causa grande impacto na vida do

sobrevivente, de modo que esse momento deve sim ser tratado com o devido cuidado pelo ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCANTRA, Leo. **Projeto de Lei nº 276, de 2007**. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BISCAIA, Antonio Carlos. **Projeto de Lei nº 4944, de 2005**. Altera dispositivos do Código Civil, dispendo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279454>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

BORNIER, Felipe. **Projeto de Lei nº 4.908, de 2012**. Dá nova redação aos arts. 544, 1.561, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº 10.460, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", e ao art. 990 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que "Institui o Código de Processo Civil", acrescenta e revoga dispositivos e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564125>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

BRASIL. Código Civil (1916). Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Site do Planalto. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 27 de julho de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 maio. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.204.347 /DF. Relator: Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 mai. 2012. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1204347&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.329.993/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 mar. 2014. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1329993&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 821.660/DF. Relator: Ministro Sidnei Beneti – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 jun. 2011.

Disponível em: <

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=821660&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 35. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=35.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 jul 2015.

Companheiro sobrevivente tem direito real de habitação. **Revista Consultor Jurídico**, Rio de Janeiro, 07 jan. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/turma-stj-reconhece-direito-real-habitacao-companheiro-sobrevivente?imprimir=1>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

FARIA DE SÁ, Arnaldo. Projeto de Lei nº 699, de 2011. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

FIUZA, Cesar. **Direito civil: curso completo**. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, Ricardo. **Projeto de Lei nº 6960, de 2002**. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151,224, 243, 244,246, 262, 273,281,283, 286, 294,299, 300, 302, 306,309,328, 338,369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480,482, 496,502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574,576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928,931, 944, 947, 949,950, 953, 954,966, 977,999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457,1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516,1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 5: Direito das coisas**. São Paulo, Saraiva, 2006.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVARES, Ana Luiza. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**, vol. 5. Salvador: Editora Juspodium, 2014.

TAKAYAMA. **Projeto de Lei nº 3338, de 2008**. Fixa a carga horária de Psicólogos e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=392553>>.
Acesso em: 27 de jul de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**, vol.5. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

XAVIER, José Tadeu Neves. O Direito de Habitação na sucessão do companheiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.15, n.59, p.261-297, jul. 2014.