



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE E A  
INSEGURANÇA JURÍDICA

Guilherme Castello Branco de Moraes

Rio de Janeiro  
2018

GUILHERME CASTELLO BRANCO DE MORAES

O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE E A  
INSEGURANÇA JURÍDICA

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L.C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

## O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE E A INSEGURANÇA JURÍDICA

Guilherme Castello Branco de Moraes

Graduado pela Universidade Candido Mendes(Centro). Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho visa demonstrar a grave insegurança jurídica gerada pela falta de parâmetros objetivos na verificação da existência, ou não, da necessidade do direito real de habitação para companheiro(a) sobrevivente. Com esse escopo, será feito um cotejo dois direitos com sede na CRFB que aparentemente entram em colisão numa eventual disputa judicial que envolva herdeiros e o companheiro(a) sobrevivo. O atual arcabouço jurídico brasileiro prevê a concessão do direito real de habitação por força de lei, vale dizer, *ope legis*, o que traz enorme insegurança jurídica em razão da falta de controle, com parâmetros objetivos, pelo magistrado.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente. Insegurança Jurídica. Preterição de herdeiros.

**Sumário:** Introdução. 1.O direito real de habitação no código civil de 2002 e sua evolução normativa até a contemplação do companheiro(a) sobrevivente. 2. O direito de propriedade versus o direito real de habitação 3. Os parâmetros do direito comparado; necessidade de critérios objetivos para limitar o direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico apresentará todos os contornos do Direito Real de Habitação do Companheiro(a) sobrevivente e, a necessidade de parâmetros mais concretos como forma de solução das problemáticas atuais que envolvem a testilha na relação de herdeiros preteridos com o companheiro(a) beneficiado(a).

É cediço que o atual Código Civil, de forma louvável, dedicou um livro específico à união estável (do seu art. 1.723 ao 1.727), assim curvando-se à consagradas lições doutrinárias e à boa jurisprudência, que clamavam pela adequação e conformidade do texto civil diante do comando cristalizado no artigo 226, §3º da *Lex Mater*.

Em toda sua completude, e sempre tendo como epicentro normativo a dignidade da pessoa humana, a Magna Carta sobreleva a proteção estatal a família – com todos os formatos que realidade da vida moderna engendra –, e nessa esteira, não obstante não esteja literalmente disposto na Código Civil, é uníssono na doutrina e jurisprudência que o direito

real de habitação do cônjuge sobrevivente (art. 1.831 do CC) deve ser estendido ao companheiro(a).

Com efeito, não se pode olvidar da existência de legislação própria (Lei nº9.278/96), anterior ao atual CC, que já assegurava ao companheiro(a) o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Desse fato surge a primeira divergência, a saber: se o CC de 02 teria revogado tacitamente a pretérita legislação sobre o tema.

A resposta já é assente na jurisprudência: se o novel estatuto civil não revogou expressamente a aludida Lei nº. 9.278/96, e tampouco disciplinou exaustivamente a matéria, forçoso reconhecer que não está derogado o arcabouço normativo anterior.

Assim, a regra é válida e está em perfeita harmonia legal e constitucional. Sem embargo, como “são demais os perigos dessa vida”, situações de grande insegurança jurídica, e porque não dizer, de grande injustiça, podem ser geradas.

Se de um lado a constituição da união estável esta despida de formalidades e é pautada por elementos fundantes que possuem elevada carga de subjetivismo – mormente quando se considera a prescindibilidade de um lapso temporal mínimo, e em alguns casos até a desnecessidade de moradia conjunta –, de outro, distorções inquietantes podem decorrer do reconhecimento automático e inadvertido do direito real de habitação ao companheiro(a) sobrevivente.

Ilustrativamente, pode-se figurar hipótese de ter ocorrido o falecimento de uma pessoa, que deixou filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a subsistência, e a viúva (ex-cônjuge ou companheira). Falecera deixando tão somente um único apartamento, adquirido já há muito, muito antes de iniciar um relacionamento com uma outra pessoa (relacionamento este dentro da zona cinzenta de configuração de união estável ou de simples namoro qualificado), com a qual passou a morar conjuntamente há pouco tempo.

Perceba a aporia para se chegar a um deslinde justo do caso. Conquanto tenham os filhos direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o, inclusive, automaticamente pela regra sucessória do *droit de saisine*, a companheira continuará residindo no imóvel vitaliciamente. Para deixar esse nó górdio ainda mais apertado, acresça-se o fato de a companheira sobrevivente ter constituído uma nova relação afetiva, e mais, que seu novo parceiro de convivência venha com ela a residir no imóvel como da discórdia.

É com esse pano de fundo que no primeiro capítulo se demonstrará a relevância do estudo do tema, e a evolução normativa do instituto do direito real de habitação até a contemplação do companheiro(a) sobrevivente.

No segundo capítulo se justificará a análise do tema diante da insegurança jurídica, analisando especificamente o aparente conflito entre o direito real de propriedade dos herdeiros e o direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente.

Por fim, no terceiro capítulo se discutirá que, apesar de não se encontrar positivado, urge a criação, pela jurisprudência, de limites objetivos a essas situações mais dramáticas e configuradores de inquestionável injustiça. Nessa conformidade, será demonstrado alguns parâmetros utilizados no direito comparado, apontando-se critérios concretos para o alcance de uma maior segurança jurídica.

A pesquisa proposta é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia de julgados e construções doutrinárias, na difícil tarefa de se dar um quadro de maior estabilidade e previsibilidade.

## 1.O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA ATÉ A COMTEMPLAÇÃO DO COMPANHEIRO(A) SOBREVIVENTE

Antes de mais nada, imprescindível que se firme a base geral, de trivial sabença, no sentido de que os direitos reais fundam-se na relação jurídica existente entre as pessoas e coisas, opondo-se, portanto, aos direitos pessoais, na medida que no direito pátrio carregam conceitos e finalidades absolutamente distintas, e formam os dois grande “mundos” do direito civil.

Direito real é a relação jurídica que se estabelece entre determinada pessoa (que pode abarcar um conceito coletivo) e determinada coisa. Tal relação com a coisa corpórea ou incorpórea gera poderes de vários níveis e espécies, do mais amplo ao mais limitado.

Estreitando o raciocínio para se chegar ao propósito do presente trabalho, especificamente sobre a modalidade de direito real de habitação, deve-se principiar ressaltando que este é previsto no Código Civil de 2002, nos artigos 1.414, 1.415 e 1.416<sup>1</sup>, sendo também aplicáveis, no que couber, as disposições concernentes ao usufruto. Trata-se de direito real temporário e personalíssimo, que confere à seu titular apenas e tão somente o direito de morar e residir no imóvel de outrem, não podendo, assim, em razão da característica de não poder ser cedido (inaccessibilidade), auferir do bem qualquer outra utilidade senão a habitação.

Em síntese inicial, cumpre destacar que há duas modalidades do direito real de habitação. De um lado, pode ser voluntário ou convencional, e, de outro, pode ter fundamento direto no direito posto – o chamado direito de habitação legal. Dito isso, cumpre salientar que é precisamente a modalidade legal do instituto que formara a base para todos os desdobramentos da questão tratada nesse artigo.

No escopo de demonstrar a evolução do instituto, uma breve digressão se faz necessária. Nesse eito, cabe ressaltar que tudo tem origem na Lei nº 4.121/62<sup>2</sup> – Estatuto da Mulher Casada –, que com nobre missão, introduziu dois parágrafos no artigo 1.611<sup>3</sup> do Código Civil de 1916, e trouxe o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal de bens, desde que o imóvel, objeto do direito de habitação, fosse o único bem daquela natureza a se inventariar.

Em uma época marcada pela assimetria entre os sexos, a louvável intenção do

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2018.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2018.

<sup>3</sup> BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2018.

legislador foi no sentido de trazer melhora à situação de fragilidade social da mulher, almejando afastar a até então reinante inferioridade do sexo feminino, numa ainda insipiente busca de isonomia.

Já na década de 90, houve outra significativa alteração legislativa nesse campo. Tratando especificamente do instituto da união estável, a Lei nº 9.278/96<sup>4</sup> regulamentou o parágrafo 3º do artigo 226<sup>5</sup> da CRFB, e trouxe em seu artigo 7º<sup>6</sup> a previsão do direito real de habitação para os companheiros, sem distinção de regime de bens.

Após, com o advento do Código Civil de 2002<sup>7</sup>, entre os estudiosos da matéria surgiu a indagação se teria sido revogado tacitamente a pretérita legislação sobre o tema. Em pouco tempo a resposta se assentou na jurisprudência: se o novel estatuto civil não revogou expressamente a aludida Lei nº 9.278/96<sup>8</sup>, e tampouco disciplinou exaustivamente a matéria, foi forçoso reconhecer que não estava derogado o arcabouço normativo anterior.

De todo esse conjunto legislativo sobre a matéria, visivelmente sobressai a busca pela proteção do cônjuge supérstite e do companheiro(a) sobrevivente, no que concerne ao direito de moradia e a sua própria dignidade como pessoa. Mais que isso, conceitualmente se extrai que o direito real de habitação, aplicado à sucessão hereditária, tem como objetivo precípuo a manutenibilidade da instituição família, acautelando ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito de habitar o lar conjugal.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>9</sup>:

A finalidade da habitação é dúplice: garantir certa qualidade vida ao cônjuge supérstite e impedir que após o óbito do outro cônjuge seja ele excluído do imóvel em que o casal residia, sendo ele o único bem residencial do casal a ser inventariado. Com efeito, se os filhos do falecido e o cônjuge sobrevivente não se entendessem, poderia a qualquer tempo ser extinto o condomínio, com a perda da posse. Com o direito real de habitação, embora partilhado o imóvel entre os herdeiros, o cônjuge reserva para si o direito gratuito de moradia [...]

De outra banda, a exigência desse direito real nasce da própria solidariedade interna do grupo familiar, que necessariamente deve existir, e estabelece a recíproca assistência dentro do mesmo núcleo familiar.

Consoante ressalta Maria Berenice Dias<sup>10</sup>:

A solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei da União Estável*. Lei nº. 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2018.

<sup>5</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em: 23 mai. 2018.

<sup>6</sup>BRASIL. op. cit., nota 2.

<sup>7</sup>BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>8</sup>BRASIL. op. cit., nota 4.

<sup>9</sup>ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. *Direitos Reais*. 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 672.

<sup>10</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão[...]

Esclarecido esse contexto do direito sucessório, é imperioso observar, por outra via, que a existência do direito real de habitação, às escancaras, tolhe a propriedade do patrimônio herdado. Todavia, tal limitação está consubstanciada no aludido princípio da solidariedade familiar, que será forçosamente observado pelos herdeiros, à guisa da preservação do bem estar do companheiro(a) sobrevivente.

A interferência do Estado-legislador na autonomia e na liberdade das pessoas para disporem como bem entenderem dos respectivos patrimônios, apenas e tão somente se justifica por um motivo de extrema relevância, consagrado no plano constitucional e que dá base para toda a sociedade. Trata-se da família (CRFB, artigo 203, I<sup>11</sup>), que por tamanha envergadura constitucional, abre ao crivo do julgador, por meio do exercício de ponderação de valores, a possibilidade de mitigação de um outro direito constitucional (nesse caso, dos direitos inerentes à propriedade), para assim concretizar a indispensável proteção e assegurar a efetividade do interesse prevalente, que em muitos casos – mas não em todos – será a proteção o grupo familiar.

Nesse cenário, a tensão entre interesses e valores constitucionalmente consagrados é evidente, e não se pode partir de um resultado pronto e acabado. Conforme será demonstrado em pormenores adiante, é necessário que o Julgador analise as especificidades da situação concreta, lançando mão e tendo como auxílio o princípio da proporcionalidade. Só assim, com tirocínio para joeirar as particularidades da casuística, poderá decidir qual prerrogativa constitucional virá a se sobrepujar.

É nessa esteira que se adentrará ao próximo capítulo do presente artigo, buscando demonstrar que o direito real de habitação do companheiro(a) sobrevivente não é, e nem pode ser, absoluto, pois há situações em que sim, o instituto pode atingir em cheio a dignidade da pessoa humana, mas na verdade a dignidade de outra pessoa, que não a do habitador favorecido – a saber: o herdeiro preterido.

---

<sup>11</sup> BRASIL. op. cit., nota 5.

## 2.O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE VERSUS O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito de propriedade é, conforme cediço, direito fundamental, com reconhecimento constitucional expresso (CRFB, artigo 5º, inciso XXI)<sup>12</sup>, além de ser considerado o direito real por excelência, do qual emanam todos os demais. Sua conceituação específica não existe no Código Civil de 02<sup>13</sup>, porém positivados estão os poderes que dele decorrem, consoante se depreende da leitura do art. 1.228<sup>14</sup>: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

Embora toda essa robustez, a limitação necessariamente está presente ao direito de propriedade, pois como deixa claro a própria CRFB<sup>15</sup>, o exercício do direito de propriedade deve atender a função social exigida, não sendo permitido ao seu titular o uso abusivo ou mesmo o desuso indefinido.

No contraste com o direito real de habitação do companheiro, surge, a todas as luzes, outra limitação ao direito de propriedade. O problema ganha contornos preocupantes quando a mera limitação se transforma, na verdade, em aniquilação, ante o caráter perpétuo do instituto do direito real de habitação, dado pela legislação brasileira.

O fato de o direito real de habitação do companheiro(a) ser considerado vitalício e sem restrições (por exemplo: ainda que o companheiro sobrevivente habitador contraia nova união familiar estável, seu direito de habitação se mantém absolutamente intocado, *ad aeternum*) pode, no caso concreto, gerar situações teratológicas.

Objetivamente, o direito real de habitação concede ao companheiro sobrevivente a utilização do imóvel que servia de residência ao casal com a finalidade de moradia, não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos, e independentemente do regime de bens que havia na união com o companheiro falecido. A consequência natural e inexorável é a limitação do direito de propriedade dos herdeiros, pois se o direito real de habitação não pudesse fundamentar a mencionada limitação, seria deveras inútil essa garantia.

É preciso considerar, porém, que sob pena de subverter toda a matriz sociológica e constitucional justificadora da concessão do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, deve fazer-se presente a ponderação dos interesses envolvidos, pois se afigura

---

<sup>12</sup> BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>13</sup> BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> BRASIL. op. cit., nota 5.

bastante temerário aplicar o instituto indistintamente, sem se analisar de forma pormenorizada a realidade do caso concreto.

Na prática, são inúmeros os casos em que malgrado o herdeiro esteja necessitando do direito de propriedade para sua própria subsistência, terá, na vitaliciedade, apenas e tão somente a nua-propriedade do bem, sem poder reverter tal direito em qualquer recurso ou pecúnia, diante do verdadeiro encravamento perene do direito real de habitação sobre sua propriedade.

Portanto, volta-se a ponto nodal da questão aqui trazida: não se pode partir do pressuposto objetivo de que sempre haverá direito real de habitação do companheiro sobrevivente, pois esse direito não é absoluto e deve ser visto com cautela na testilha com que se coloca frente ao direito de propriedade dos herdeiros. Não se pode, jamais, ser aplicado o instituto do direito real de habitação de forma isolada, mas sim dentro do ordenamento jurídico que dispõe sobre o direito do herdeiro necessário à sua herança, e que, em muitos casos, deve prevalecer.

Como se percebe claramente, existe delicada questão jurídica nessa disputa, na medida em que envolve direitos fundamentais de ambos os lados, que estão em aparente colisão. O direito constitucional contemporâneo nos mostra o caminho técnico para esse desate: a ponderação de interesses.

Como saber qual interesse irá sobrepujar-se na situação concreta, se ambos possuem envergadura constitucional? Não é possível responder de forma prévia, a resposta tecnicamente correta depende da ponderação dos valores relevantes nas circunstâncias concretas e específicas. O direito real de habitação não pode ter precedência incondicionada, não deve gozar antecipadamente de primazia, pois o valor decisório só pode ser dado no caso concreto, observando-se o maior peso do interesse jurídico tutelado.

Como visto, de um vértice tem-se o direito fundamental de propriedade, esculpido no artigo 5º, inciso XXIII da CRFB<sup>16</sup> e, na hipótese, garantido aos herdeiros necessários do hereditando. Lado outro está o direito de habitação, que também se trata de um direito real, não obstante de envergadura menor, e também materializa norma com sede constitucional: o direito à moradia (artigo 6º da CRFB)<sup>17</sup> e a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, para que o direito real de habitação prevaleça, faz-se mister a aferição de acordo com as nuances circunstanciais que o caso apresenta, ponderando-se se o seu não reconhecimento trará realmente prejuízo existencial e material ao companheiro sobrevivente. Cumpre advertir que não necessariamente a não concessão do direito de habitação implicará

---

<sup>16</sup> BRASIL. op. cit., nota 5.

<sup>17</sup> Ibid.

no ferimento da dignidade do companheiro habitador, mormente quando se comprova a plena condição de estabelecer moradia mediante esforço próprio.

No próximo capítulo será traçado um paralelo com o direito comparado, mostrando-se os critérios e parâmetros legais previstos para análise do direito real de habitação. Tais critérios poderiam – ou até mesmo deveriam – ser adotados pelos nossos Julgadores, precisamente nesse trabalho de ponderação dos interesses em conflito, buscando sempre afastar situações objetivamente injustas e desarrazoadas. Urge alteração legislativa nesse sentido, pois o atual arcabouço normativo que concede, por força de lei e sem qualquer ponderação, o direito real de habitação ao companheiro(a) sobrevivente, tem gerado distorções perniciosas na finalidade do instituto, em prejuízo tremendo do proprietário herdeiro.

### 3.OS PARÂMETROS DO DIREITO COMPARADO. NECESSIDADE DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA LIMITAR O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

Não obstante as pessoas não parem para pensar no fim da vida, a existência passa pelo nascer, desenvolver e morrer. Essa dificuldade de lidar com tema começa pela própria aceção do termo, pois a palavra morte traz consigo muitos atributos e associações: dor, ruptura, interrupção, desconhecimento, tristeza. O fim, a finitude vital, para todos é certa, e havendo patrimônio, a sucessão surge como fenômeno inexorável.

Assim, como conclusão inicial e intuitiva, tem-se que a própria vida social e sociedade precisam de seguimento; as relações jurídicas patrimoniais não cessam com a morte, e todo arcabouço normativo da sucessão busca atingir essa finalidade: a continuidade.

O direito real de habitação sucessório faz parte dessa plêiade de normas, e para o estudo das diferentes técnicas e formas de pensar o tema, é de todo oportuna a análise, ainda que extremamente breve, do direito comparado, até mesmo para se lapidar os critérios a serem adotados pelos nossos julgadores na busca por maior segurança jurídica nessas situações.

As conclusões comparativas, após os ajustes necessários em razão das discrepâncias culturais, têm grande utilidade no estudo do tema, pois pode-se estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças, ou seja, pesquisar e relacionar semelhanças e discrepâncias segundo um método adequado e já experimentado em outros sistemas jurídicos.

Inicia-se, assim, com o que atualmente se tem em nosso país, o Brasil, em que o direito real de habitação do companheiro sobrevivente não possui praticamente nenhum limite,

sendo vitalício e sem nenhuma ligação com eventual nova união. Apenas há um empeco (artigo 1831 do Código Civil<sup>18</sup>), que está na necessidade de que o imóvel habitado seja o único daquela natureza a se inventariar.

Urge, portanto, a criação de critérios mais objetivos pelo legislador, que controlem o nobre propósito que move o direito em questão: evitar que o companheiro fique desamparado sem sua moradia.

No direito civil francês, que possui importância impar para qualquer estudo sobre o tema, que decorre não só da sua sobrevivência, que é única na história do Direito, mas também da inovação técnica-jurídica que representou na história da formação das famílias, há duas modalidades desse direito real de habitação, sendo uma limitada no tempo, com garantia de apenas um ano (artigo 763 do Código Civil francês<sup>19</sup>) para o cônjuge sobrevivente, e outra vitalícia (artigo 764 do Código Civil francês<sup>20</sup>). Releva salientar, no entanto, que nessa modalidade vitalícia o direito de habitação pode ser afastado por ato de última vontade do falecido.

Também existe limitação de tempo no direito português (artigo 5º da Lei nº 6 de 2001<sup>21</sup>). Nos casos em que duas pessoas vivam em união de fato há mais de dois anos – independentemente do sexo –, sobrevivendo a morte de uma delas, haverá direito de habitação no imóvel em que o casal residia, porém com limitação temporal de dois anos.

Com efeito, no direito argentino (artigo 3.573-bis do Código Civil argentino<sup>22</sup>) o direito real de habitação apenas existirá se houver um único imóvel a ser inventariado, e desde que tal imóvel servisse de residência para o casal. O tratamento é bem parecido com o que é dado pelo nosso ordenamento jurídico, mas há, entretanto, limitação que não mais existe no direito brasileiro, pois de acordo com a sistemática adotada pelo legislador argentino o direito de habitação poderá ser extinto pelo novo casamento ou nova união do companheiro ou cônjuge sobrevivente.

No que concerne ao direito civil brasileiro, a antiga Lei nº 9.278/96<sup>23</sup>, em seu artigo 7º, parágrafo único, estabelecia uma salutar condição, no sentido de que o direito real de habitação do companheiro sobrevivente permaneceria apenas enquanto não fosse constituída nova união ou casamento. O Código Civil<sup>24</sup> atual, porém, disciplinou a matéria, e de forma muito criticável e despropositada, retirou por completo a aludida limitação.

---

<sup>18</sup> BRASIL. op. cit., nota 1.

<sup>19</sup> FRANÇAIS. *Code Civil*. Disponível em: <<http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

<sup>20</sup> FRANÇAIS. op. cit., nota 19.

<sup>21</sup> PORTUGAL. Lei nº 6 de 11 de maio de 2001. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=900&tabela=leis&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=900&tabela=leis&so_miolo)>. Acesso em: 10 mai 2018.

<sup>22</sup> ARGENTINA. *Código Civil de La República Argentina*. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)>. Acesso em: 10 mai 2018.

<sup>23</sup> BRASIL. op. cit., nota 8.

<sup>24</sup> BRASIL. op. cit., nota 1.

Atualmente o direito real de habitação é considerado vitalício e sem restrições, gerando situações que, às escancaras, refugam do seu próprio conceito, que é o de garantir a manutenção da família e do seio familiar, concedendo ao companheiro (ou cônjuge) sobrevivente o direito de habitar a morada conjugal.

Não é justo, não é razoável, não é sequer lógico que o benefício se mantenha ainda que haja nova união do companheiro sobrevivente, pois para se candidatar a constituir nova família, deve ter condições para a subsistência dessa, mediante esforço próprio, e não por carregar um benefício de uma união que não mais existe. Se é verdade que o direito real de habitação do companheiro sobrevivente possui motivação social absolutamente louvável, não é menos verdade que representa uma limitação ao direito de propriedade dos herdeiros, e portanto, deve haver algum vínculo que se mantenha após o falecimento da pessoa com quem constituía família.

Por óbvio, não se pode descuidar da real e concreta possibilidade de – ainda que haja a limitação acima aludida – o habitador manter sua nova união não oficializada, à sorrelfa, à guisa de sustentar com má-fé e com abuso de direito tal benefício, e assim prejudicar o direito dos proprietários do bem gravado. Todavia, sempre com missão de joeirar essas situações escusas estará o julgador, com seu saber e tirocínio.

Na ponderação dos interesses em colisão, outro critério que seria bastante pertinente é o temporal, pois não faz sentido afastar vitaliciamente o direito de propriedade dos herdeiros, que permanecem tão só com a nua propriedade, sem qualquer viés econômico palpável. O razoável hiato temporal de 4 (quatro) anos, por exemplo, seria suficiente para que o companheiro sobrevivente buscasse amparo e moradia às suas próprias expensas.

Outro parâmetro deveras justo é o de considerar o patamar etário do companheiro sobrevivente, além de sua condição financeira. Um habitador em idade produtiva, com saúde hígida e profissão definida, deve buscar subsistir por suas próprias forças, estabelecer moradia mediante esforço apenas seu, como todos os cidadãos fazem.

Por fim, afigura-se inquestionável que se o companheiro sobrevivente já é proprietário de imóvel próprio, a verificação da necessidade do direito de habitação no imóvel do falecido deve ser ainda mais rigorosa, sob pena de ser dada proteção excessiva e em total descompasso com a sua realidade fática. Em situações tais, na medida em que inequivocamente o direito de moradia do companheiro não será prejudicado, conceder o direito de habitação significará, em verdade, subverter por completo o seu escopo constitucional.

O melhor seria uma incremento técnico-legislativo sobre o tema, a fim de que a concessão do direito real de habitação ao companheiro(a) sobrevivente se tornasse providencia a ser tomada apenas e tão somente de acordo com as necessidades e

peculiaridades que o caso concreto apresentar. No cenário atual, a concessão do direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente é por força de lei, e este automatismo gera grave insegurança jurídica. Enquanto tais parâmetros concretos não ganharem vigência, cabe ao magistrado ponderar os direitos e princípios constitucionais envolvidos no litígio, numa necessária interpretação conforme da legislação já existente.

Nesse mesmo sentir brilhantemente ressaltam os civilistas contemporâneos Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>25</sup>:

Para nós, a concessão deve ser *opejudicis*, por força de decisão judicial, a depender das particularidades da viuvez, ali encartadas a situação patrimonial do sobrevivente, permanente ou transitória, e a própria situação material dos descendentes. Caberia ao magistrado, em cada inventário ou noutra demanda, conceder ao viúvo ou viúva o direito de continuar residindo no imóvel que servia de lar para o casal, de acordo com as circunstâncias do caso, evitando claras distorções e prejuízos aos descendentes – que, não raro, não são filhos da viúva ou viúvo.

Com efeito, na jurisprudência pátria também já se observa a preocupação com as distorções que a concessão automática do direito real de habitação pode ensejar no caso concreto. À guisa de ligeiro exemplo, veja-se o que restou posto pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>26</sup>, ao negar o direito real de habitação a um cônjuge, cuja concessão naquele quadro fático implicaria preterição e prejuízo a prole com necessidades especiais.

O agravante é portador de Síndrome de Down, residindo com o pai, agora falecido, e sua companheira, a quem, em antecipação de tutela, foi outorgado o direito real de habitação. O estado de animosidade que se instalou entre ela e os filhos do falecido indica ser temerário manter sob o mesmo teto a companheira do *de cujus* e o incapaz. De outro lado, restou comprovado que ela é proprietária de imóvel urbano residencial na mesma cidade, de modo que o objetivo do direito real de habitação, no sentido de se assegurar ao companheiro sobrevivente local para residir, perde força no caso. Além disso, aquilatados os direitos de especial proteção que a legislação outorga aos idosos (a agravada conta 60 anos) e os incapazes, deve prevalecer a proteção ao agravante, pois sua condição é de maior fragilidade.

De modo conclusivo, portanto, é preciso que o espírito da norma seja respeitado, ponderando os interesses em testilha para só depois decidir qual irá prevalecer concretamente.

<sup>25</sup>ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. *Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2017, p. 339

<sup>26</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ac. 8ª Câmara Cível, *AgIntr. n° 70058962002*. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70058962002&num\\_processo=70058962002&codEmenta=5783229&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058962002&num_processo=70058962002&codEmenta=5783229&temIntTeor=true). Acesso em: 23 mai. 2018.

## CONCLUSÃO

Sempre tendo como norte a razoabilidade, e de forma a se evitar o abuso do direito, é preciso se atentar para situações que, por vezes, se mostram extremamente injustas e até mesmo patológicas. A constituição da união estável já é despida de formalidade e pautada por elementos com alta carga de subjetivismo. Esse fator, somado a uma concessão automática do direito real de habitação, sem se perquirir pormenorizadamente a verdadeira necessidade de moradia do habitador, engendra situações de absoluta insegurança jurídica.

Cada vez mais tem se observado que toda a matriz sociológica e constitucional justificadora da concessão do direito real de habitação ao cônjuge supérstite ou do companheiro(a) sobrevivente tem sido subvertida, deixando um rastro deletério para herdeiros proprietários, que são escancaradamente preteridos sem que exista verdadeiro fundamento para tanto. É, pois, imperioso que a doutrina se debruce sobre as brechas desse sistema poroso e pernicioso que hoje vige nessa temática. Casos extremos são bastante comuns, e nessas situações, após uma interpretação conforme, não se faz possível a aplicação do instituto do direito real de habitação.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Código Civil de La República Argentina*. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)>. Acesso em: 10 mai 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 abril. 2018.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Mulher Casada*. Lei nº. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 9.278 de 10 de maio de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm)>. Acesso em 23 mai. 2018

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ac. 8ª Câmara Cível, *AgIntr. n° 70058962002*. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70058962002&num\\_processo=70058962002&codEmenta=5783229&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058962002&num_processo=70058962002&codEmenta=5783229&temIntTeor=true). Acesso em: 10 mai 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇAIS. *Code Civil*. Disponível em: <<http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

PORTUGAL. *Lei n° 6 de 11 de maio de 2001*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=900&tabela=leis&so\\_miolo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=900&tabela=leis&so_miolo)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves. *Direitos Reais*. 7 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

TARTUCE, Flávio, artigo. Coluna Migalhas. *A união estável e o namoro qualificado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.