



**CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO - UNIFAMETRO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO IMOBILIÁRIO**

LUCAS SANTOS DA COSTA E SILVA

**O CONFLITO EXISTENTE ENTRE O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE DO
HERDEIRO NECESSÁRIO E O DIREITO REAL DE HABILITAÇÃO DO CÔNJUGE
SOBREVIVENTE EM FACE DA LITERALIDADE DO ARTIGO 1.831 DO CÓDIGO
CIVIL BRASILEIRO**

FORTALEZA

2019



LUCAS SANTOS DA COSTA E SILVA

O CONFLITO EXISTENTE ENTRE O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE DO HERDEIRO NECESSÁRIO E O DIREITO REAL DE HABILITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE EM FACE DA LITERALIDADE DO ARTIGO 1.831 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Imobiliário da Faculdade Centro Universitário Fametro – UNIFAMETRO, como requisito para obtenção do grau de especialista, sob orientação do Prof. Fábio Hiluy.

FORTALEZA

2019

C837c

Costa e Silva, Lucas Santos da.

O conflito existente entre o direito real de propriedade do herdeiro necessário e o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente em face da literalidade do artigo 1.831 do Código Civil Brasileiro. / Lucas Santos da Costa e Silva. – Fortaleza, 2019.
60f.; 30cm.

Monografia – Pós-graduação em Direito Imobiliário do Centro Universitário Fametro - Unifametro, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof. Esp. Fábio Hiluy Moreira.

1.Direito Civil - sucessões. 2. Direito à herança. 3. Direito real de habitação. I. Título.

CDD 346.81

LUCAS SANTOS DA COSTA E SILVA

O CONFLITO EXISTENTE ENTRE O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE DO HERDEIRO NECESSÁRIO E O DIREITO REAL DE HABILITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE EM FACE DA LITERALIDADE DO ARTIGO 1.831 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Este estudo monográfico foi apresentado no dia 26 de junho de 2019, como requisito para obtenção do grau de especialista da Faculdade Centro Universitário Fametro – UNIFAMETRO – tendo sido aprovada pela banca examinadora composta pelos professores

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fábio Hiluy

Orientador – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof. Esp. Thales Pontes Batista

Membro – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof. Esp. Verônica Brito Dourado Castelo Branco

Membro – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof. M.e. Wyllerson Matias Alves de Lima

Membro – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

À minha família, em especial ao meu pai José Benjamin Torres da Costa e Silva (*in memoriam*), que me sempre me apoio durante todas as fases de minha vida que me levaram a conquistas. Bem como aos meus amigos que compreenderam minhas ausências.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Fábio Hihuy por aceitar a tarefa de orientação e pelo apoio prestado na realização deste trabalho e ao coordenador Thales Pontes Batista pelo engrandecimento profissional que me proporcionou.

É pelo trabalho que nós nos tornamos
parceiros de Deus na construção do
mundo e na redenção do ser humano.

(Dom Hélder Câmara)

RESUMO

A presente monografia pretende demonstrar com clareza o atual conflito existente entre o direito de habitação do cônjuge sobrevivente assegurado pelo artigo 1.831 do Código Civil de 2002 e o direito real de propriedade do herdeiro necessário constitucionalmente assegurado. Para tanto se define propriedade imobiliária, trazendo seu conceito, suas características e atributos. Traz o significado de herança, de vocação hereditária, tratando da capacidade e legitimação para suceder. Menciona a ordem de vocação hereditária e trata da sucessão legítima. Define os direitos reais, o direito real de habitação, o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, onde apresenta sua evolução histórica, conceito e amparo constitucional. Trata do direito real de habitação do companheiro sobrevivente após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG que concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. Ao final traz o atual posicionamento da doutrina e jurisprudência como forma de delimitar o alcance do direito de real de habitação do cônjuge sobrevivente frente ao direito de propriedade do herdeiro necessário em face da nova formatação que lhe foi outorgada pelo Código Civil de 2002, visando evitar uma injusta aplicação da lei, e, assim, impedir o reconhecimento de um direito a quem de fato não precisa, nem detrimento daquele que corre o risco de ser privado de sua propriedade.

Palavras-chave: Propriedade. Direito Sucessório. Vocação Hereditária. Conflito. Direito de Herança. Direito Real de Habitação do Cônjuge Sobrevivente.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DEFINIÇÃO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA	12
2.1. Conceito	12
2.2. Características	12
2.3. Atributos.....	13
3. DEFINIÇÃO DE HERANÇA	15
4. DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	16
4.1. Capacidade e legitimação para suceder.....	16
4.2. Da ordem de vocação hereditária.....	17
4.3. Do herdeiro necessário	19
5. DOS DIREITOS REAIS	21
6. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	23
7. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE	26
7.1. Evolução histórica	26
7.2. Conceito e amparo constitucional	27
7.3. Direito real de habitação do companheiro	29
8. O CONFLITO EXISTENTE ENTRE O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE DO HERDEIRO NECESSÁRIO E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE	37
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
ABSTRACT	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1. INTRODUÇÃO

Dentre os direitos reais, a propriedade é o mais completo, tendo seu titular o direito de usar, gozar e dispor da coisa, podendo ainda reavê-la de quem injustamente a detenha, conforme prevê o artigo 1.228 do Código de Processo Civil.

Com o falecimento de uma pessoa, a propriedade e a posse de seus bens transferem-se para os seus herdeiros, conforme previsão no artigo 1.784 do Código Civil de 2002, onde menciona: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

De tal modo, com o evento morte, dá-se a abertura da sucessão e todo o patrimônio do falecido transmite-se aos seus herdeiros legítimos e testamentários.

Falecendo o *de cujus* sem deixar testamento, a herança se transmite a seus sucessores, sendo esses chamados a suceder através de uma sequência denominada ordem da vocação hereditária.

O Código Civil de 2002, no seu artigo 1.829, traz primeiramente como herdeiro os descendentes em concorrência com o cônjuge, sendo esse último excluído da sucessão caso fossem casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, ou, ainda, se casados no regime da comunhão parcial de bens e o falecido não tiver deixados bens particulares. Em seguida são chamados a suceder os ascendentes juntamente com o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de casamento eleito pelos nubentes. Depois, na falta de descendentes e ascendentes herda o cônjuge sobrevivente isoladamente. Por último, somente na falta de descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente é que herdam os herdeiros colaterais.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, atualmente, para fins sucessórios não se pode fazer distinção entre cônjuge e companheiro.

Além do próprio direito à herança, o anterior Código Civil Brasileiro de 1916, assegurava também ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação no imóvel que lhe servia de residência juntamente com o autor da herança, desde que fosse o

único de natureza residencial a inventariar e fossem casados pelo regime da comunhão universal de bens. Tal direito perduraria enquanto o consorte fosse vivo e viúvo.

Com o advento do Código Civil de 2002, o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente passou a ser previsto em seu artigo 1.831 do Código Civil, com a seguinte redação: “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”.

Deste modo, da forma como o direito de habitação do cônjuge sobrevivente foi estabelecido na nova legislação, passou esse a ser um direito vitalício sem restrições, já que o regime de casamento passou a ser irrelevante para fins de reconhecimento do benefício e o fato do consorte contrair nosso matrimônio ou constituir união estável, também não mais lhe tira o benefício já reconhecido.

Com essa alteração legislativa, o direito real de propriedade do herdeiro passou a colidir diretamente com o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, pois se de um lado os descendentes ou ascendentes buscam o direito de usufruir de sua herança, de outro o cônjuge sobrevivente quer ter assegurado o direito de residir no imóvel onde residia com a pessoa falecida.

O reconhecimento do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente da forma como está atualmente previsto, em algumas situações pode vir a culminar numa grave limitação ao direito de propriedade de herdeiro, que pode ficar eternamente impedido de habitar ou dispor de seu próprio imóvel.

Diante da existência desse conflito normativo existente entre o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente e o direito real de propriedade do herdeiro necessário, frente à literalidade do artigo 1.831 do Código Civil de 2002, é que se verifica o grande desafio a ser enfrentado pelo judiciário, que deve analisar cada caso com muita cautela, atentando para as condições econômicas do sobrevivente e dos herdeiros, precisamente como forma de reconhecer ou não o direito de habitação, pois não é razoável que seja assegurada proteção excessiva a uma parte em total preterimento da outra, que de igual forma deve ter seu direito garantido.

2. DEFINIÇÃO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

2.1. Conceito

A propriedade é o direito real mais completo, tendo seu titular o direito de usar e dispor da coisa e de perceber seus frutos. Senão vejamos o que dispõe o artigo 1.228 do Código Civil quando preceitua: “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.”

O direito de propriedade é o mais importante e sólido de todos os direitos subjetivos, sendo o centro do direito das coisas, sendo o único direito real que não recai sobre o direito de outrem. Diante da tamanha importância do direito de propriedade o legislador constituinte o inseriu no rol dos direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Assim, apesar de não existir uma definição legal para propriedade, pode-se chegar a uma significação através da noção do que é propriedade que está insculpida no estudo dos direitos reais no Direito Civil, quando determina que o proprietário sendo aquele que pode usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa, bem como a partir do que preceituada no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988, quando garante sua inviolabilidade aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

2.2. Características

A doutrina enumera de forma uniforme algumas características da propriedade, onde dentre as principais temos como sendo um direito absoluto, exclusivo, perpétuo, ilimitado e sua oponibilidade *erga omnes*.

Verifica-se o direito absoluto da propriedade na medida em que o proprietário tem o amplo poder jurídico sobre aquilo que é seu, podendo dispor de sua propriedade como lhe convier, com ressalva de algumas limitações, como a função social e o interesse público.

A oponibilidade erga omnes sobre a coisa é atribuída a partir do momento que se impõe a todas as pessoas um dever de abstenção em relação ao objeto.

A característica da propriedade de ser um direito exclusivo está ligada ao fato da propriedade de um afastar a propriedade do outro, não comportando uma coisa dos proprietários por inteiro. Assim, pela característica da exclusividade o dono da coisa exclui todas as demais pessoas de atuar sobre o bem.

A perpetuidade da propriedade se deve ao fato de que a mesma só se extingue por vontade de seu próprio dono ou por disposição legal.

A propriedade também é tida como um direito real ilimitado, já que permite ao seu proprietário fazer com a coisa que lhe pertence o que bem entender e o que melhor lhe aprouver. Porém, tal característica não é absoluta, já que estarão presentes as limitações legais.

2.3. Atributos

Os atributos da propriedade são o direito de seu dono de usar, gozar, dispor e de lhe reivindicar.

O direito de usar é a faculdade do titular de ter a coisa à sua disposição, podendo extrair as vantagens naturais ofertadas pela mesma, sem modificação de sua substância.

Gozar ou fruir do bem é a possibilidade de o proprietário extrair os frutos ou produtos decorrentes da coisa sobre a coisa de sua propriedade.

O direito de dispor está no fato do proprietário poder dar a coisa o destino que achar conveniente, onde pode consumi-la, aliená-la, gravá-la de ônus e submetê-la ao serviço de outrem.

Tendo ainda o proprietário o poder de reaver a coisa de quem injustamente a possua ou a detenha. Sendo a capacidade jurídica de reivindicar a coisa e usar interditos na defesa da posse.

3. DEFINIÇÃO DE HERANÇA

Herança é o conjunto de bens positivos e negativos formados com falecimento do *de cujus*, ou seja, é um conjunto de direitos reais e obrigações ativas e passivas.

O doutrinador Arnaldo Rizzardo (2014, p. 12) define herança como: “aquele conjunto de bens pertencente ao sucedido, no momento de sua morte, e que são transferidos aos herdeiros legítimos ou testamentários”.

O direito de herança situa-se no nosso ordenamento no patamar de direito fundamental, prescrevendo a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso XXX, *in verbis*: “é garantido o direito à herança”.

O artigo 80, inciso II do Código Civil considera para os efeitos legais o direito à herança e à sucessão aberta como bens imóveis, mesmo que a herança seja composta apenas por bens móveis.

Já o artigo 1.791 define a herança como um bem indivisível antes da realização da partilha, deferindo-se de modo unitário, ainda que existam vários herdeiros, regulando-se pelas regras relativas ao condomínio.

Com o evento morte, a propriedade e a posse dos bens de uma pessoa transferem-se para os seus herdeiros, como vem expressamente previsto no artigo 1.784 do Código Civil de 2002, senão vejamos: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Assim, todas as relações então existentes entre o falecido e os bens transmitem-se aos herdeiros legítimos e testamentários, sendo a morte o evento determinante e que dá causa à abertura da sucessão.

4. DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

4.1. Capacidade e legitimação para suceder

O Código Civil de 2002 define em seu artigo 1º que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Assim, diante da literalidade deste artigo verifica-se que basta ser pessoa para se investir da aptidão genérica para adquirir direitos.

O artigo 2ª do supracitado Diploma Legal preceitua: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Nesse sentido, a capacidade corresponde à aptidão das pessoas em adquirir direitos e contrair obrigações.

A capacidade de exercer e a personalidade enquanto exerce pode ser levada ao campo de legitimação, que é aptidão para ser contemplado num determinado setor do direito. No caso do direito de sucessões, justamente por ter que cumprir certos requisitos, denomina-se de vocação hereditária a legitimação para ser herdeiro.

O artigo 1.798 do Código Civil estabelece que as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, legitimam-se a suceder. O dispositivo, sem correspondente no Código Civil de 1916, inova ao reconhecer legitimação sucessória para o nascituro que apesar de já concebido ainda não nasceu.

Porém, muitos doutrinadores apontam que para o nascituro adquirir o direito de herdar fez-se necessário que nasça com vida, o que ocorre com a sua expulsão do ventre de sua mãe e a respiração. Desta forma, o nascituro se coloca como dotado de capacidade sucessória passiva condicional, já que até o momento de seu nascimento com vida ainda não adquiriu sua personalidade civil.

4.2. Da ordem de vocação hereditária

Quando o *de cuius* falece sem deixar testamento transmite a herança a determinadas pessoas, que são seus sucessores, sendo estes chamados a suceder através de uma sequência denominada ordem da vocação hereditária, que nada mais é do que uma relação preferencial determinada por lei, que indicará em que ordem se dará a sucessão hereditária.

O Código Civil traz em seu artigo 1.829 do Código Civil a ordem sucessória, senão vejamos da transcrição integral que segue abaixo:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Desta forma, o supracitado artigo consagra quatro classes de sucessores, conforme se verifica da transcrição acima. Na primeira classe estão os descendentes até o infinito em concorrência com o cônjuge sobrevivente, desde este último não fosse casado com falecido no regime da comunhão universal de bens, ou no regime da separação obrigatória, ou se, no regime da comunhão parcial o *de cuius* não houver deixado bens particulares. Na segunda classe herdam os ascendentes até o infinito em concorrência com o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de casamento adotado. Na terceira classe o cônjuge herda isoladamente. Na quarta classe, herdam os colaterais, até o quarto grau.

Por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, publicado no seu informativo nº 864, concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que trata dos direitos sucessórios do companheiro e entendeu por maioria pela equiparação sucessória entre o casamento e a união estável para fins de repercussão geral, se fixou a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002”.

Com relação à modulação dos efeitos da decisão, de acordo com o Ministro Relator Luís Roberto Barroso: “é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora firmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública” (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso).

Assim, da decisão supracitada conclui-se pela inclusão dos companheiros no rol da sucessão legítima de que trata o artigo 1.829 do Código Civil de 2002, devendo figurar ao lado do cônjuge em todos os seus incisos, devendo-se ainda incluir, de igual maneira, os companheiros e cônjuges, respectivamente, de união estável e casamento homoafetivos, por determinação do que foi decidido no Recurso Extraordinário 646.721/RS, julgado em 10 de maio de 2017, informativo nº 864 da Corte.

4.3. Do herdeiro necessário

O artigo 1.845 do Código Civil de 2002 traz como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

O artigo 1.846 do mesmo Diploma Legal assegura aos herdeiros necessários o direito à legítima, sendo essa o direito de recebimento da metade dos bens da herança.

O doutrinador Arnaldo Rizzardo (2014, p. 12) ao definir os herdeiros necessários menciona que:

“São aqueles herdeiros que a lei protege e obriga a reserva a eles da metade do patrimônio que a pessoa tinha ao falecer. Denominam-se também herdeiros obrigatórios, legítimos, forçados, reservatórios, impostos, sendo sempre contemplados em qualquer sucessão, desde que existentes”.

O tratamento especial e a estimação dada aos herdeiros necessários emanam do grau de parentesco que têm com o de cujus, seja por laços consanguíneos ou grau de parentesco, seja pela proximidade afetiva existente, que no caso se consubstancia na união conjugal. Tais condições envolvem uma dependência econômica dessas pessoas em relação ao falecido quando ainda vivo.

Assim, dentre os herdeiros legítimos nomeados pelo Código Civil em seu artigo 1.829, temos o cônjuge, os ascendentes e os descendentes como herdeiros necessários e os colaterais como facultativos, pois embora legítimos, podem ser excluídos a qualquer momento da sucessão através de testamento, sem qualquer justificção ou esclarecimento de causa.

Com relação ao companheiro, apesar de ter sido incluído no rol da sucessão legítima do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG no Supremo Tribunal Federal, sua condição como herdeiro necessário deixou de ser examinada no mencionado acórdão. Por tal motivo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM opôs embargos de

declaração, que foram rejeitados sob o argumento processual de não ter sido ventilada tal questão na demanda principal.

Deste modo, ficou a critério da doutrina e jurisprudência resolver se o companheiro é ou não herdeiro necessário. Apesar da Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já terem entendido pelo reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, tal entendimento ainda pende de pacificação, o que ainda não foi feito pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

5. DOS DIREITOS REAIS

O doutrinador Pedro Elias Avvad (2014, p. 209) define direitos reais como sendo: “O DIREITO REAL consiste em uma relação jurídica direta e imediata de uma pessoa sobre determinada coisa”.

Desta forma, os direitos reais fazem parte do Direito das Coisas, sendo esse o conjunto das normas que regulam a apropriação dos bens corpóreos pelo homem e o modo como irá ocorrer a sua utilidade econômica. Assim, dentre tais modos temos a aquisição, a conservação, a modificação, a divisão e a alienação.

O direito de propriedade é o principal direito real e o mais complexo de todos, sendo um direito real por excelência, significando que um determinado bem pertence de modo absoluto e exclusivo ao seu respectivo proprietário, que sobre este exerce domínio.

O direito de propriedade confere a seu titular o conjunto de prerrogativas que são suscetíveis de se exercer sobre a coisa: direito de usar (*ius utendi*), de se obter os rendimentos (*ius fruendi*) e de dispor (*ius abutendi*). Sendo de tal maneira o direito de propriedade o principal direito real, enquanto todos os demais se constituem em desdobramento desse direito, já que conferem a seus titulares, tão somente, uma ou outra prerrogativa do domínio.

No nosso direito positivo os direitos reais estão enunciados no artigo 1.225 do Código Civil, cuja transcrição segue abaixo:

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;

XII - a concessão de direito real de uso; e

XIII - a laje.

Os direitos reais, quanto ao objeto, podem se dividir em direitos reais mobiliários ou imobiliários, conforme incidam sobre coisas móveis ou imóveis. No caso dos direitos reais imobiliários, o registro na circunscrição mobiliária ou no serviço registral imobiliário são condições para sua eficácia.

6. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Enquanto o direito real de propriedade é um direito real sobre coisa própria, o direito real de habitação é sobre coisa alheia. Assim, tal direito real consiste no direito de seu titular de permanecer em propriedade alheia, não podendo alugar ou emprestar.

Neste trabalho, abordaremos especificamente o direito real de habitação, previsto no inciso VI do artigo 1.225 do Código Civil.

O direito real de habitação assegura ao seu titular o direito morar e residir em imóvel alheio, que deverá servir para o fim específico de moradia do beneficiário e de sua família, não podendo alugá-lo ou emprestá-lo.

É notório que o direito de propriedade é o direito real mais completo justamente por englobar o direito de usar a coisa, perceber seus frutos e da coisa dispor.

O artigo 1.228 do Código Civil preceitua que: “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.”

Diante da importância do direito de propriedade, foi essa incluída pelo legislador constituinte no rol de direitos e garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, onde foi assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, dentre outros direitos, a inviolabilidade da propriedade.

Por outro lado, o próprio artigo 5º da Carta Magna também estabelece no seu inciso XXIII que a propriedade deverá atender a sua função social e em seu artigo 170, inciso III, arrola a função social da propriedade como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Assim, diante da autonomia da vontade do proprietário e do princípio da função social da propriedade, criaram-se mecanismos onde alguns dos direitos reais que emanam da propriedade passaram a pertencer ao patrimônio de outrem, onde um terceiro não proprietário passou a ter direito real sobre coisa alheia e o

proprietário sofreu uma restrição temporária em seus poderes, no que concerne ao uso e gozo sem perder o seu poder de disposição.

Assim, o artigo 1.225, inciso VI do Código traz o direito real de habitação como um direito atinente à propriedade e os artigos 1.414, 1.415 e 1.416 do mesmo Diploma Legal regulam como esse direito deve ser exercido, prevendo, ainda, que serão aplicadas as disposições relativas ao usufruto no que não for contrário à natureza da habitação, senão vejamos através da transcrição dos mencionados artigos:

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.

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.

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.

Diante da literalidade dos artigos acima transcritos, verifica-se que o direito de habitação trata-se de direito concedido a terceiro de habitar a coisa alheia gratuitamente, permitindo apenas a utilização para fins de moradia da pessoa de sua família, aplicando à relação as disposições relativas ao usufruto, no que não for contrária a sua natureza.

Com relação à obrigatoriedade de conservação e manutenção da coisa por parte do beneficiário do direito real de habitação, o doutrinador Pedro Elias Avvad (2014, p. 243) afirma que:

“O titular do direito real de habitação tem a obrigação de conservar a coisa. A ruína da casa resolverá o direito, sem a

obrigação de reconstrução pelo titular. Se o beneficiário do direito de habitação tiver a obrigação de fazer seguro, o valor da indenização, no caso de ruína, deverá ser aplicado na reconstrução da casa”.

Deste modo, o direito real de habitação não se confunde com a utilização da coisa como ocorre nos casos de relações locatícias e comodatárias.

Por se tratar de direito real, é imprescindível que se faça o seu registro no Cartório de Registro de Imóveis competente, por força da determinação do artigo 165, inciso I, 7, da Lei nº 6.015/73 e do artigo 1,227 do Código Civil de 2002. Devendo, ainda, o instrumento de habilitação ser registrado no Livro 2, igualmente por observância do artigo 176 da Lei de Registros Públicos.

7. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

7.1. Evolução histórica

O anterior Código Civil Brasileiro de 1916 trazia no seu artigo 196 o rol dos direitos reais, onde em seu inciso V previa o direito real de habitação. Nos artigos 746 a 748 a matéria era mais bem regulada.

De início, o Código Civil de 1916 nada previa acerca do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, mas a Lei nº 4.121/62, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, inclui tal previsão no artigo 1.611, que tinha 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.”

A partir de então, passou o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, a ter o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar, desde que fosse esse bem o único residencial a inventariar, direito que permanecia enquanto vivesse e permanecesse na viuvez.

Com o advento do Código Civil de 2002, poucas foram as alterações no que se refere ao direito de habitação, pois além de ter sido mantido no rol de direitos reais, conforme artigo 1.225, inciso V do Novo Diploma Legal, continuou sendo regulado nos mesmos moldes do Código anterior, o que se verifica da redação dos artigos 1.414 a 1.416.

A maior evolução ocorreu no livro do direito das sucessões, onde o direito real de habitação veio previsto no artigo 1.831 do novo Código, com a seguinte redação:

“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.”

Percebe-se que, diferentemente do Código Civil de 1916, este não faz qualquer ressalva quanto à existência do direito apenas enquanto perdurar o estado de viuvez nem faz nenhuma distinção entre o regime de casamento escolhido pelos nubentes.

7.2. Conceito e amparo constitucional

O direito real de habitação concedido ao cônjuge sobrevivente encontra suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e o artigo 6º da Carta Magna eleva a moradia ao status de direito social.

Deste modo, o direito de habitação do cônjuge sobrevivente é um direito de matriz constitucional que visa assegurar ao consorte sobrevivente o direito fundamental à moradia, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão.

Além de assegurar o direito de moradia do cônjuge sobrevivente, o legislador também buscou permitir a permanência do consorte no imóvel que servia de moradia ao ex-casal por razões de ordem humanitária e social, já que existe um vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges com o imóvel que durante o período de convivência lhes serviu de lar.

Deve-se de logo ressaltar que para ter o cônjuge sobrevivente reconhecido o direito real de habitação precisa também está preenchido os requisitos do artigo 1.830 do Código Civil de 2002 que preceitua:

“Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Ao definir o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente o artigo 1.831 do Código Civil prevê: “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”.

Assim, supracitado artigo reconhece ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens adotado no casamento, mas desde que o bem seja o único de natureza residencial a inventariar, necessitando, ainda, ser de propriedade de ambos ou somente do falecido.

Nesse sentido vejamos o que decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1525456/SP, do qual foi relator o Ministro Raul Araújo, julgado em 28/05/2019, publicado em 21/06/2019, segundo o acórdão assim ementado, *in verbis*:

EMENTA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO PARA CÔNJUGE SUPÉRSTITE. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO PARA RECONSIDERAR A DECISÃO AGRAVADA. NOVO EXAME DO FEITO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de "que o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza e que integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge

falecido no momento da abertura da sucessão" (REsp 1.273.222/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/6/2013, DJe de 21/6/2013)

2. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em novo exame do feito, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial.

Da literalidade do artigo 1.831 do Código Civil também se pode constatar que não existe impedimento quando ao fato do cônjuge sobrevivente vir a constituir nova família, sendo o direito de habitação do cônjuge sobrevivente vitalício.

Assim, o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente é um direito ex lege, ou seja, que nasce automaticamente com a abertura da sucessão, conferindo-lhe expressamente o direito de residir no bem residencial que servia de moradia ao ex-casal, sem a necessidade do pagamento de qualquer valor aos demais herdeiros a título de aluguel. Mencionado benefício em nada interfere na atribuição da propriedade a quem de direito, no caso ao herdeiro necessário ou testamentário. Inclusive, a restrição legal que se refere ao direito de habitação não impede que o bem seja vendido para terceiros, podendo ser alienado livremente, ficando igualmente o comprador impedido de exercer o direito real de habitação.

7.3. Direito real de habitação do companheiro

A Constituição Federal, em seu artigo 226 §3º reconhece a união estável como entidade familiar para efeitos de proteção do Estado.

A lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996, no parágrafo único do artigo 7º, prevê o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, enquanto vivo e não constituir nova união estável ou contrair casamento, senão vejamos, *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.

Entretanto, o Novo Código Civil, instituído pela lei nº 10.046/2002, atribuiu o direito real de moradia no art. 1.831 somente ao cônjuge sobrevivente, sem mencionar o convivente em qualquer de seus dispositivos. Como também, não houve qualquer menção a esse direito na tese final extraída da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10 de maio de 2017. Há referência ao tema apenas no corpo do voto do relator.

No mencionado Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que tratava dos direitos sucessórios do companheiro e por maioria de votos entendeu pela equiparação sucessória entre o casamento e a união estável.

Com relação à modulação dos efeitos da mencionada decisão, vejamos o que o Ministro Relator Luís Roberto Barroso menciona no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, julgado em 10/05/2017:

(...) é importante observar que o tema possui enorme repercussão na sociedade, em virtude da multiplicidade de sucessões de companheiros ocorridas desde o advento do CC/2002. Assim, levando-se em consideração o fato de que as partilhas judiciais e extrajudiciais que versam sobre as referidas sucessões encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento (muitas já finalizadas sob as regras antigas), entendo ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora firmado. Assim, com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda

não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.”

Acontece que, apesar do supracitado acórdão ter equiparado o casamento à união estável para fins de sucessão, não enfrentou diretamente a discussão sobre a extensão do direito real de habitação para o companheiro sobrevivente. Diante dessa possível omissão do acórdão, em outubro de 2018 o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM interpôs embargos de declaração, que foram rejeitados sob o fundamento de que tal assunto não foi abordado na demanda original.

Deste modo, apesar da questão envolvendo a extensão do direito real de habitação do companheiro sobrevivente não ter sido tratada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, seus últimos julgados tendem a ampliar tal benefício ao convivente, o que a doutrina majoritária vem fazendo e o Código de Processo Civil já fez para quase todos os fins processuais.

Nesse sentido ainda tem-se o Enunciado nº 117 do CJF/STJ da I Jornada de Direito Civil que tem a seguinte redação: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/1988”.

Com também, o Superior Tribunal de Justiça não faz qualquer distinção quanto ao fato de se tratar de uma união estável heteroafetiva ou homoafetiva, senão vejamos na ementa de julgamento do Recurso Especial 646721/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, jugado em 10/05/2017, acórdão eletrônico repercussão geral, divulgado em 08/09/2017 e publicado em 11/09/2017:

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes

formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

Nesse trilhar, acompanhando o entendimento das Cortes Superiores decidiu a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Agravo de Instrumento 70078086915, de relatoria do Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 18/10/2018, publicado em 23/10/2018, senão vejamos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CC. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 1.829, II, E 1.837, AMBOS DO CCB. HABILITAÇÃO DA COMPANHEIRA COMO HERDEIRA. RECONHECIMENTO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. VIABILIDADE. 1. A Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694, cuja repercussão geral havia sido reconhecida pelo Plenário em 16.04.2015 (Tema 809), fixou que, no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002 . Nesse viés, deve a companheira sobrevivente ser habilitada como herdeira nos autos do inventário. 2. Considerando que existência de união estável entre a agravante e o falecido foi reconhecida por sentença transitada em julgado, a companheira supérstite faz jus ao direito real de habitação relativamente ao imóvel que servia de residência ao casal. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Ainda nessa corrente é a premissa nº 08 publicada nas jurisprudências em teses do Superior Tribunal de Justiça, com edição número 50 de 2016, com o seguinte teor: “O companheiro sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel no qual convivia com o falecido, ainda que silente o art. 1.831 do atual Código Civil”.

Nesse trilhar, vejamos o que decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1582178/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11/09/2018, publicado em 14/09/2018:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. IRRELEVÂNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente.
3. Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente.
4. O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar.
5. Recurso especial não provido.

Em mesmo sentido decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1139054/PR, do qual foi relator o Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador convocado do TRF 5ª Região, julgado em 06/02/2018, publicado em 09/02/2018, segundo o acórdão assim ementado, *in verbis*:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SUCESSÕES. ARROLAMENTO DE BENS. EX-COMPANHEIRA. DESCOMPASSO ENTRE SUCESSÃO DE CÔNJUGE E SUCESSÃO DE COMPANHEIRO. HABILITAÇÃO NO INVENTÁRIO DEVIDA. DIREITO AO USUFRUTO VIDUAL. NÃO CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUCESSÃO QUE DEVE

OBSERVAR O REGIME ESTABELECIDO NO ART. 1.829 DO CC/2002. RECURSO PROVIDO.

1. Referida controvérsia foi enfrentada recentemente pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, em que se propôs a seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002."

2. O recurso especial deve ser provido apenas para negar o direito da recorrida ao usufruto vidual, mantendo-a habilitada nos autos do arrolamento/inventário, devendo ser observados e conferidos a ela os direitos assegurados pelo CC/2002 aos cônjuges sobreviventes, conforme o que for apurado nas instâncias ordinárias acerca de eventual direito real de habitação.

3. Recurso especial provido.

Acompanhando o entendimento dos Tribunais Superiores, também reconhecendo o direito de habitação do convivente no imóvel que servia de moradia à família, julgou a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a Apelação Cível 70081085847, de relatoria do Desembargador Dilso Domingos Pereira, julgado no dia 24/04/2019, publicado em 23/05/2019, na forma abaixo ementada:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. DOAÇÃO DA TOTALIDADE DO PATRIMÔNIO À COMPANHEIRA SEM RESERVA DA LEGÍTIMA. NULIDADE PARCIAL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Preliminar de nulidade da sentença, por vício extra petita, que se confunde com o mérito e com ele é apreciada e rejeitada. Sabendo-se

que é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma, não há como deixar de reconhecer a validade da doação de 50% dos bens realizada pelo de cujos à companheira. Ainda que tal liberalidade tenha sido mascarada como se compra e venda se tratasse, podendo o doador dispor de 50% de seus bens, não é nula a totalidade da doação feita pelo de cujos à sua companheira, mas apenas 50% dessa. Intelpecção dos arts. 167, 549, 1.789 e 1.846 do CC. Mostrando-se civilmente capaz e preservando a legítima, inexistente qualquer óbice para o doador, com mais de setenta anos, dispor de seus bens como melhor lhe aprouver. Dispõe o art. 1.641, II, do CC, sem qualquer incidência à hipótese dos autos. Outrossim, de acordo com os arts. 226, § 3º, da CF e 1.831 do CC, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente é assegurado o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Esse último requisito, no entanto, vem sendo mitigado pela jurisprudência do STJ, quando, ainda que não seja o único a inventariar, o bem objeto do direito real de habitação era aquele em que o casal conviveu durante a vigência do casamento ou da união estável. Hipótese dos autos em que, apesar de donatária de 50% do patrimônio do de cujos, deve ser reconhecido o direito real de habitação em favor da companheira. APELOS DESPROVIDOS. UNÂNIME.

Diante do exposto, conclui-se que apesar da falta de previsão no Código Civil de 2002, a doutrina majoritária é a favor do direito real de habitação do companheiro sobrevivente, sustentando subsistir o direito real de habitação do companheiro ao imóvel destinado à residência familiar, invocando a extensão analógica do direito assegurado ao cônjuge sobrevivente no art. 1.831 do Código Civil de 2002.

8. O CONFLITO EXISTENTE ENTRE O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE DO HERDEIRO NECESSÁRIO E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

A legislação brasileira garante dois direitos que acabam por se tornar colidentes em algumas situações, sendo um deles o direito de propriedade do herdeiro necessário e o outro o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente.

Enquanto de um lado os descendentes ou ascendentes buscam o direito de usufruir de forma plena dos bens que herdaram na sucessão, de outro o cônjuge sobrevivente busca lhe ter assegurado o direito de residir no imóvel onde residia com o autor da herança.

Ao definir o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente o artigo 1.831 do Código Civil estabelece, *in verbis*: “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”.

Da literalidade do artigo acima mencionado verifica-se que o legislador buscou assegurar ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, independentemente do regime de bens adotado no casamento, bastando para ter seu direito assegurado que o bem seja o único de natureza residencial a inventariar e ser de propriedade do falecido ou ao ex-casal.

Deste modo, verifica-se na legislação que o valor e tamanho do bem são irrelevantes para fins de concessão do direito real de habitação, bastando para garantia do exercício do direito que o imóvel efetivamente servisse de residência à família à época do falecimento do autor da herança e que não exista outro bem residencial no acervo sucessório inventariado.

A doutrina majoritária, acompanhada dos Tribunais Superiores, tem entendido que o objetivo da lei ao criar tal benefício foi permitir que o cônjuge permanecesse no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão, como

forma de assegurar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de cunho humanitário e social, já que na maioria dos casos existia um forte vínculo estabelecido entre os cônjuges e o imóvel onde residiam.

Porém, que da forma como foi estabelecido o direito de habitação no artigo 1.831 do Código Civil de 2002, não há mais limitação quanto ao seu exercício, já que o fato do viúvo (a) vir a contrair novo matrimônio ou constituir união estável, não lhe tira mais o direito real de habitação gratuito e vitalício sem restrições sobre o imóvel que servia de moradia à família. Diferente do que anteriormente previa o artigo 1.611 § 2º do Código Civil de 1916, onde a perda do estado de viuvez, através de novo matrimônio ou pela constituição de união estável fazia com que o detentor do direito real o perdesse, perfectibilizando-se a propriedade nas mãos dos herdeiros que receberem o bem em herança.

Assim, pela atual redação do Artigo 1.831 do Código Civil de 2002, mesmo que o viúvo ou a viúva venha a casar-se novamente ou passe a conviver em união estável, ainda assim permanecerá com o direito real de habitação vitalício, podendo, inclusive, levar seu novo marido ou companheiro para residir no bem onde exerce o direito de habitação.

Percebe-se também da literalidade do supracitado artigo, que o cônjuge sobrevivente tem o direito de usar todo o imóvel com exclusividade, de modo que o ascendente ou descendente que seja proprietário ou coproprietário do bem não podem vir morar com o cônjuge, se antes não habitava o mesmo local. Logo, se verifica a existência de um conflito normativo, pois se de um lado deve-se evitar que seja perdido o direito sucessório, de outro se busca evitar o abandono do cônjuge sobrevivente.

Apesar da imperativa necessidade de resguardar o direito do cônjuge de permanecer em sua residência, deve ser analisado caso a caso, justamente como forma de evitar uma injusta aplicação da lei, uma vez que nesses casos se apresenta um conflito de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Outra questão que também gera muita discussão é se o cônjuge sobrevivente que concorre à herança apenas com ascendentes ou descendentes exclusivos do autor da herança, também faria *jus* ao direito real de habitação. Nesse sentido decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no

Julgamento do Recurso Especial 1.134.387/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/04/2013 e publicado em 29/05/2013, conforme trecho do acórdão que segue:

EMENTA. 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.

Outro ponto que tem gerado muitos questionamentos é com relação ao fato do titular do direito de habitação emprestar ou locar o imóvel onde exerce seu direito a terceiros. Dúvidas existem se tal prática faria com que o mesmo viesse a perder seu direito de habitação.

A melhor doutrina entende ser o direito de habitação personalíssimo ou *intuitu personae*, tendo como destinação específica a moradia do titular. De igual modo, o artigo 1.414 do Código Civil de 2002 veda expressamente a locação nessas situações, senão vejamos de sua literalidade: “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”.

Contudo, contrário à legislação e ao entendimento doutrinário, julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Oitava Câmara Cível de Caxias do Sul, entendendo no Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 7002892637, de relatoria do Desembargador Rui Portanova, julgado em 12 de março de 2009, publicado em 20 de março de 2009, que o cônjuge sobrevivente permanece com o direito real de habitação do imóvel, se por uma questão de necessidade mínima, aluga o bem a um terceiro e o valor proveniente da locação

do bem for destinado à locação outro bem para sua moradia. Sejam vejamos da transcrição do acórdão que segue:

“Agravo Interno. Agravo de Instrumento. Decisão monocrática. Inventário. Bem locado. Direito real de aquisição do cônjuge sobrevivente. Ainda que o cônjuge não resida no imóvel, sendo este o único bem, possui direito real de habitação. Estando o imóvel locado, e sendo o valor dos aluguéis utilizados na subsistência do cônjuge, o valor deve ser auferido integralmente pelo cônjuge. Deram parcial provimento.”

Em igual sentido julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da 8ª Câmara de Direito Privado de São José dos Campos, onde no julgamento da Apelação Cível nº 0331626-38.2007.8.26.0577, Acórdão 6388912, de relatoria do Desembargador Hélio Faria, julgado em 05 de dezembro de 2012 e publicação em 14 de janeiro de 2013, também entendeu pela permanência do benefício em caso de locação, *in verbis*:

“Ação de Inventário e partilha de bens. Direito real de habitação. De cujus que era casado com a apelante em regime de separação de bens. Direito do cônjuge supérstite a permanecer no imóvel de residência comum do casal. Locação da edícula localizada nos fundos da casa principal que não impede o direito real de habitação. Sentença reformada. Recurso provido.”

Outro ponto que deve ser muito bem analisado pelo julgador diz respeito ao fato do cônjuge sobrevivente ser proprietário de bem particular residencial, que não compõem o acervo patrimonial do espólio.

A legislação não impõe como requisito para o reconhecimento do direito de habitação a inexistência de outros bens no patrimônio próprio do cônjuge sobrevivente. Hipótese que pode vir a ensejar numa direta afronta ao direito de

moradia assegurado na Constituição Federal de 1988. Tal situação pode ser facilmente exemplificada no caso do falecido ter sido casado pelo regime da separação obrigatória, deixando filhos que não possuem casa própria e viúva que seja proprietária de bem residencial próprio, adquirido antes do matrimônio.

Defendendo a permanência do direito de habitação do cônjuge sobrevivente que é proprietário de bem residencial particular, vejamos o que decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1582178/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11/09/2018, publicado em 14/09/2018:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. IRRELEVÂNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente.

3. Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente.

4. O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em

que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar.

5. Recurso especial não provido.

Nesse entendimento é o informativo nº 0633 da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

Registre-se inicialmente que o art. 1.831 do Código Civil e o art. 7º da Lei n. 9.278/1996 impôs como a única condição para garantia do cônjuge sobrevivente ao direito real de habitação é que o imóvel destinado à residência do casal fosse o único daquela natureza a inventariar, ou seja, que dentro do acervo hereditário deixado pelo falecido não existam múltiplos imóveis destinados a fins residenciais. Nenhum dos mencionados dispositivos legais impõe como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge sobrevivente. Não é por outro motivo que a Quarta Turma, debruçando-se sobre controvérsia semelhante, entendeu que o direito real de habitação é conferido por lei, independentemente de o cônjuge ou companheiro sobrevivente ser proprietário de outros imóveis (REsp 1.249.227/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013, DJe 25/3/2014). Com efeito, o objetivo da lei é permitir que o cônjuge sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. Além disso, a norma protetiva é corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar que tutela o interesse mínimo de pessoa que, em regra, já se encontra em idade avançada e vive momento de incontestável abalo resultante da perda do consorte.

Ainda nesse trilhar observemos o que decidiu a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 1.0023.16.001067-6/002, de relatoria do Desembargador Wander Marotta, julgada em 06/12/2018, publicada em 12/12/2018, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PREPARO RECURSAL. RECURSO QUE VERSA UNICAMENTE SOBRE O VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA AO ADVOGADO DA PARTE. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO REAL DE MORADIA À ESPOSA SOBREVIVENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL E RECONHECIMENTO. IMÓVEL RURAL. DELIMITAÇÃO À CASA SEDE E SEU ENTORNO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

- Nos termos do art. 98 do CPC, "a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei".

- No caso, há demonstração de que o advogado da parte autora é necessitado, nos termos da lei, pelo que concedo os benefícios da assistência judiciária gratuita pleiteados.

- É garantido ao cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens do casamento, e independente da contribuição na compra do imóvel, o direito real de habitação em face do disposto no art. 1.831 do Código Civil.

- A existência de outro imóvel residencial de propriedade da viúva, diverso daquele que é utilizado para sua moradia, não é causa para afastamento do direito real de habitação.

- No caso concreto, a viúva tem direito real de habitação em relação ao bem em discussão, tendo em vista que o imóvel constituía a residência do casal.

- Por se tratar de imóvel rural, o direito real de habitação deve ser limitado à casa sede, que serve de moradia à viúva, e ao seu entorno, em razão da própria finalidade do instituto e com vistas a não proibir os demais herdeiros do falecido de

usufruírem do bem por ele deixado.

- Os honorários devem ser fixados de modo a observar o art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/15, e devem guardar a mínima correspondência com a responsabilidade assumida pelo advogado, em decorrência da importância da lide, sob pena de ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

- O trabalho desempenhado pelo procurador da autora, que atuou no feito de forma diligente, acompanhando-o durante todo o "iter" procedimental, deve ser remunerado de forma justa, devendo ser levado em consideração, ainda, que a ação tramitou por mais de dois anos e houve dilação probatória. Apreciação equitativa necessária.

Da decisão acima, do acórdão, do informativo, bem como da literalidade da lei, conclui-se que o fato de cônjuge sobrevivente possuir um imóvel próprio, de natureza residencial, que não faça parte integrante da herança de seu consorte falecido, não retira seu direito à habitação assegurado pelo art. 1.831 do Código Civil de 2002, já que esse imóvel residencial, exclusivo do cônjuge sobrevivente, não faz parte do acervo hereditário e, portanto, não atinge a exigência de que seja o único daquela natureza a ser inventariado.

Cabe ainda ressaltar que o Código Civil de 2002 também foi omissivo no que refere aos bens móveis que guarnecem o imóvel que servia de residência para o autor da herança e seu consorte. Entendendo pela extensão desse direito, vejamos o que decidiu 7ª Câmara Cível de Porto Alegre do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 87802-46.2011.8.21.7000, de relatoria do Desembargador André Luiz Planella Villarino, julgado em 25 de maio de 2011, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, CUMULADA COM PEDIDO DE PARTILHA DE BENS E RECONHECIMENTO DO DIREITO REAL

DE HABITAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. HIPÓTESE DE DEFERIMENTO.

O direito real de habitação decorre do reconhecimento da união estável, assegurando-se ao companheiro supérstite o direito de permanecer residindo na casa que servia de residência familiar, com todos os bens móveis que a guarneciam.

Havendo verossimilhança na alegação de que a autora e o *de cujus* mantiveram união estável, deve ser assegurado o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família (art. 7º, parágrafo único, da Lei n.º 9.278/96).

Dicotomia de versões, desafiando dilação probatória para comprovação, já que a questão não restou dirimida na estreita via do agravo de instrumento. Possibilidade de dano irreparável à recorrente no caso de ser retirada do lar e posteriormente comprovar suas alegações. Ao contrário, menor potencial de dano ao espólio que poderá recuperar a posse e direitos sobre o bem, caso prevaleçam suas alegações.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Como também, com relação à literalidade do artigo 1.831 do Código Civil de 2002, deve-se ressaltar que a doutrina, bem como a jurisprudência vem se insurgindo quanto à ressalva de que para que haja a concessão do direito de habitação só possa existir um único imóvel residencial a ser inventariado.

Nesse sentido vejamos o que decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.220.838, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19 de junho de 2012, publicado em 27 de junho de 2012, *in verbis*:

EMENTA. 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.

2.- Esta Corte admite a revisão de honorários, pelo critério da equidade (CPC, art. 20, § 4º), quando o valor fixado destoa da razoabilidade, revelando-se irrisório ou exagerado, ocorrendo, no caso concreto, a primeira hipótese, pois estabelecidos em R\$ 750,00, devendo ser majorados para R\$ 10.000,00. Inviável conhecimento em parte para elevação maior pretendida, em respeito ao valor dado à causa pela autora.

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.

De igual modo julgou a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1329993/RS, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 17 de dezembro de 2013, publicado em 18 de março de 2014, senão vejamos:

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.

Ainda nesse sentido, vejamos o que decidiu a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 1.0000.18.117715-5/001, de relatoria do Desembargador Caetano Levi Lopes, julgado em 02/04/2019, publicado em 03/04/2019, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. IMÓVEL QUE SERVA DE RESIDÊNCIA PARA O CASAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS DE NATUREZA RESIDENCIAL. IRRELEVÂNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Segundo entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a existência de outros bens de natureza residencial no acervo inventariado não tem o condão de afastar a incidência

da norma prevista no art. 1831 do Código Civil de 2002.

2. Assim, deve ser assegurado ao cônjuge supérstite o direito real de habitação do imóvel que servia de residência do casal.

3. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que homologou a partilha e concedeu o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente.

Assim, diante do reconhecimento do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, os herdeiros necessários terão durante o correspondente exercício por parte do habitador apenas a nua-propriedade do imóvel, exercendo apenas a posse indireta.

O Código Civil de 2002 atribuiu ao cônjuge sobrevivente a titularidade do direito real de habitação vitalício sem restrições, já que suprimiu todas as limitações que eram impostas pela legislação anterior, de modo que a atual legislação necessita ser alterada justamente como forma de se evitar que os herdeiros necessários amarguem uma enorme injustiça, já que dependendo do caso concreto poderão nunca conseguir usufruir de sua herança, apesar de documentalmente terem a aceito.

Nesse sentido vejamos o que tratou o doutrinador Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, p. 449):

“O habitador ou habitadora casa-se novamente ou passa a viver em união estável. Leva, então, o seu cônjuge ou companheiro a viver no imóvel cuja raiz pertence, em regra, aos herdeiros necessários do hereditando ou até mesmo a outros herdeiros legítimos (familiares) ou mesmo testamentários (indicados em testamentos por força da afeição do autor da herança) e, assim, esses últimos, in concreto, **continuarão a não poder dispor desse importante bem, mesmo em estado de carência e necessidade, uma vez que, para tanto, deverão aguardar o falecimento do(a) habitador(a) titular!!**

E mais: mesmo que pretendam alienar onerosamente a nua-propriedade, visando obter os recursos necessários à própria

manutenção, tendo em vista ser o direito real ambulatório e acompanhar a coisa nas mãos de quem quer que a possua, não encontrarão interessados na aquisição ou, se encontrarem, o preço proposto será ínfimo...”

Questão que também poderá provocar injustiças para com os herdeiros legítimos é o fato do cônjuge sobrevivente poder ser contemplado na sucessão testamentária, sem que tal fato lhe tire o direito à habitação.

Como também, outra grande falha legislativa diz respeito à omissão do artigo 1.831 do Código de 2002, quanto aos deveres do cônjuge habitante em relação à conservação e pagamento das despesas relacionadas ao imóvel onde tem seu direito foi reconhecido.

O artigo 1.416 do supracitado diploma legal menciona que são aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as regras relacionadas ao usufruto. Já o artigo 1.403 da também citada legislação, apesar de trazer como deveres do usufrutuário as despesas ordinárias de conservação do imóvel, as prestações e os tributos devidas pela posse e rendimentos da coisa, não elenca em seu artigo 1.410 que o não pagamento de tais despesas seja causa de extinção do benefício. O que também pode vir a trazer sérios prejuízos ao herdeiro proprietário, que além de preterido em sua posse, ainda pode vir a ser compelido a pagar despesas com IPTU, condomínio e outras despesas do imóvel.

Assim, conclui-se que para a aplicação do direito real de habitação deve-se no caso concreto observar relevante aspecto quanto ao seu efetivo reconhecimento, diante da colisão entre o direito de propriedade garantido pelo artigo 5º XXIII aos herdeiros necessários do hereditando elencados no artigo 1.829 do Código Civil de 2002 e o direito real de habitação assegurado em favor do cônjuge sobrevivente no artigo 1.831 do Código Civil de 2002, embasado, ainda, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Desta forma, faz-se necessário ponderar a prevalência de um dos institutos, buscando uma interpretação sistemática que não acabe por esvaziar totalmente um dos direitos em detrimento do outro, devendo, de tal maneira, o julgador se certificar se o não reconhecimento do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente

implicará efetivamente em sério prejuízo ao habitador ou se poderá ocorrer a hipótese contrária com relação ao herdeiro necessário. Sendo nesse sentido esclarecedores os arestos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO REAL DE MORADIA. COMPANHEIRA FALECIDA QUE NÃO ERA PROPRIETÁRIA DO BEM, MAS APENAS MEEIRA, COOPROPRIETÁRIA DO IMÓVEL JUNTAMENTE COM SUS DOIS FILHOS, ORA RÉUS. Autor que relata ter convivido maritalmente com a mãe dos demandados por cerca de 10 (dez) anos até o falecimento da mesma em 08/06/2011. Sustenta que após o falecimento da convivente foi autorizado pelos réus a continuar residindo no antigo lar do casal por mais um período, até que pudesse encontrar uma nova residência. Aduz que à época encontrava-se amparado pelo benefício do auxílio-doença, situação que mantém até a data do ajuizamento da demanda, e que passados 3 (três) meses do “acordo” celebrado foi retirado da casa mesmo sem possuir condições de encontrar outro imóvel para morar. Alega possuir direito real de habitação conforme previsão do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996. Nesse sentido, requer a procedência do pedido, a fim de que seja reconhecido seu direito de morar na antiga residência do casal até que tenha condições de conseguir nova residência ou, subsidiariamente, seja arbitrado um aluguel no valor em que se localiza o referido imóvel. Sentença de improcedência dos pedidos em face da qual apelou o autor onde reiterou a interposição do agravo retido requerendo sua apreciação. No mérito o apelante pugnou pelo reconhecimento da existência do direito real de moradia na hipótese em apreço. Agravo retido devidamente reiterado e que resta rejeitado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Juiz é o destinatário das provas. Patrimônio adquirido pela genitora dos réus, por meação, anteriormente à união estável estabelecida com o requerente. Imóvel que passou a pertencer aos réus, seus filhos, em condomínio, após o falecimento da genitora. **O direito real de habitação não se confunde com o direito real de propriedade dos herdeiros necessários e não pode sobre ele prevalecer. Benefício do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/1996 que não**

possui caráter absoluto e generalizado, devendo ser analisado à luz das nuances circunstanciais que o caso apresenta. Precedentes desta Corte de Justiça Estadual sobre o tema. Companheiro sobrevivente em idade produtiva, com profissão definida, ostentando condições de estabelecer moradia mediante esforço próprio, tanto que passou a residir em outro local desde a entrega do imóvel em janeiro de 2012. Recurso a que se nega seguimento com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC”(TJRJ, Apelação Cível nº0044249-74.2013.8.19.0002, 8ª Câmara Cível, relator Desembargador Augusto Alves Moreira Júnior, julgada em 08/10/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REIVINDICAÇÃO DA COMPANHEIRA QUE FIGURA COMO RÉ AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOBRE O IMÓVEL QUE SERVIA DE MORADIA COM O COMPANHEIRO FALECIDO. BEM ORIUNDO DE HERANÇA DA QUAL A RÉ FORA DESABILITADA. **DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DE CONVIVENTE (PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 7º DA LEI Nº 9.278/96) NÃO É ABSOLUTO E NÃO SE CONFUNDE COM O DIREITO REAL DE PROPRIEDADE DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, NÃO PODENDO SER APLICADO ISOLADAMENTE, MAS SIM, DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE DISPÕE SOBRE O DIREITO DO HERDEIRO NECESSÁRIO À SUA HERANÇA, PORTANTO, NÃO PODE SOBRE ELE PREVALECER.** RECURSO QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CPC” (TJRJ, 19ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0080426-74.2012.8.19.0001, relator Desembargador Guaraci de campos Vianna, julgada em 27.11.2013.(grifo nosso)

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO REAL DE HABITAÇÃO RELATIVAMENTE AO ÚNICO IMÓVEL DO PATRIMÔNIO DO COMPANHEIRO FALECIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE RÉ, FILHAS DO *DE CUJUS*, ALEGANDO RELAÇÃO DE EMPREGADA DOMÉSTICA E PATRÃO ENTRE OS SUPOSTOS CONVIVENTES E PUGNANDO PELO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO AOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, EM DETRIMENTO DO DIREITO DE HABITAÇÃO DA APELADA. Farta prova documental em que o falecido

reconhece a Autora como sua companheira, com ele residindo no imóvel indicado. Prova oral que conduz à conclusão de que havia uma relação de afetividade estável entre o casal, com intuito familiar, apesar de serem discretos no relacionamento, ao passo que a alegação das rés restou fragilizada, inexistindo indícios de relação profissional entre os dois. O dispositivo do parágrafo único do artigo 7^a da Lei nº 9.278/96 não foi revogado pelo Novo Código Civil, na forma sustentada pelas Apelantes. **No entanto, o direito real de habitação da companheira não se confunde com o direito real de propriedade dos herdeiros necessários e, portanto, não pode sobre ele prevalecer. Assim, considerando que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e pretendendo as filhas do *de cuius* – sendo uma menor – permanecer residindo no único imóvel que integra o patrimônio do espólio, adquirido pelo pai anteriormente à união estável, tem-se que inaplicável à Apelada o benefício do parágrafo único do artigo 7^o da Lei nº 9.278/96, o qual não possui caráter absoluto e generalizado, devendo ser analisado à luz das nuances circunstanciais que o caso apresenta. Companheira sobrevivente em idade produtiva, ostentando condições de estabelecer moradia mediante esforço próprio, sendo que passou a residir em outro município, e que da união estável em apreço não adveio prole, não comprovando necessitar do benefício legal em detrimento do direito de propriedade e do exercício da posse direta pelas filhas do companheiro falecido.** Reforma parcial da sentença para julgar improcedente o pedido quanto ao direito real de habitação da companheira em relação ao imóvel indicado. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO” (TJRJ, 18^a Câmara Cível, Apelação Cível nº 0006468-41.2006.8.19.0203, relatora Desembargadora Leila Albuquerque, julgada em 17.12.2009)

Os julgados acima colacionados demonstram que os magistrados estão atentando para as condições econômicas do sobrevivente e dos herdeiros, precisamente como forma de reconhecer ou não o direito de habitação. Já que não

se pode garantir uma proteção excessiva a uma parte preterindo a outra que também merece especial proteção.

Atualmente, no Congresso Nacional tramita o Projeto 6.960/2002, que busca alterar o artigo 1.831 do Código Civil de 2002, visando corrigir suas imperfeições, dentre essas, acabar com vitaliciedade do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, possibilitando sua extinção caso o habitador venha a contrair novas núpcias ou constituía união estável.

Ainda quanto a necessidade de alterações e acréscimos concernentes ao Artigo 1.831 do Código Civil de 2002, o doutrinador Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2017, p. 455) sugere que o citado dispositivo legal passe a ter a seguinte leitura ou então, que seja interpretado do seguinte modo:

Art. 1.831.do CC/2202: Ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime patrimonial empregado, enquanto viver e não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Parágrafo único. Poderá não ser reconhecido o direito real de habitação sucessório, quando se verificar ter o cônjuge ou companheiro sobrevivente imóvel residencial próprio, ou plenas condições de, com seus próprios bens ou às suas expensas, garantir a sua moradia.

Concluiu-se diante de todo o exposto pela existência de conflito normativo entre o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente e o direito real de propriedade do herdeiro necessário, diante da literalidade do artigo 1.831 do Código Civil de 2002, onde enquanto não houver uma alteração em sua redação o judiciário terá que analisar cada caso concreto como forma de alcançar a decisão mais justa para as partes envolvidas.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, destacamos que muito se tem a fazer como forma de delimitar o alcance do direito de real de habitação do cônjuge sobrevivente frente ao direito de propriedade do herdeiro necessário em face da nova formatação que lhe foi outorgada pelo Código Civil de 2002.

No novo texto o legislador buscou assegurar ao cônjuge sobrevivente o direito de permanecer no mesmo imóvel residencial onde habitava ao tempo da abertura da sucessão com o autor da herança. O que fez como forma de lhe assegurar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de cunho humanitário e social, já que na maioria dos casos existe um forte vínculo estabelecido entre os cônjuges e o imóvel onde habitam.

Por outro lado, a forma como o direito de habitação do cônjuge sobrevivente está prevista na atual legislação, ou seja, no Código Civil Brasileiro de 2002, veio como forma de causar uma grave restrição ao direito de propriedade de quem recebe o bem por herança em que recai tal direito de habitar. Já que o reconhecimento do mencionado benefício pode vir a fazer com que o herdeiro que adquiriu sua propriedade por herança fique eternamente impedimento de habitar ou mesmo dispor de seu próprio imóvel.

Assim, apesar da imprescindível necessidade de resguardar o direito do cônjuge de permanecer na residência onde habitava, tal direito deve ser muito bem ponderado em cada caso concreto, já que a legislação o tratou de forma muito genérica, deixando de prevê de maneira expressa como seria exercido referido direito, bem como as situações em que não deveria ser empregado. O que deveria ter feito justamente como forma evitar uma injusta aplicação da lei, fazendo com que os herdeiros necessários amarguem uma enorme injustiça, ficando privados de exercer um direito que lhes constitucionalmente assegurados.

Por todo o exposto concluiu-se de forma cabal pela existência de um conflito normativo entre o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente e o direito real de propriedade do herdeiro necessário, o que ocorre diante da atual expressa

redação do artigo 1.831 do Código Civil de 2002. De forma que se faz necessária a alteração a atual redação do mencionado artigo, ou mesmo que sejam acrescido incisos ou parágrafos como forma de regular o direito real ali previsto, como forma de assegurar o direito de todas as partes ali envolvidas.

A aplicação da literalidade do artigo 1.831 do Código Civil de 2002, da forma como está prevista, sem análise criteriosa do caso prático, pode vir a causar um sério prejuízo a uma das partes, malferindo inclusive o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ou o próprio direito de propriedade, que por sua vez também está ligado à dignidade da pessoa humana.

Como demonstrado no presente trabalho, o direito de propriedade, dentre os direitos reais, é o mais amplo, onde seu detentor exerce direito próprio numa propriedade é sua, permitindo-lhe usar, gozar e dispor da coisa, podendo ainda reavê-la de quem injustamente a detenha.

Demonstramos também que com o falecimento de uma pessoa, a propriedade e a posse de seus bens transferem-se para os seus herdeiros, o que deve ocorrer através de testamento ou por uma ordem de vocação hereditária que está prevista no artigo 1.829 do Código Civil de 2002, de modo que a transmissão do patrimônio se dar aos herdeiros testamentários ou legítimos.

Que diante do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, concluiu-se pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, e que atualmente, para fins sucessórios não se pode fazer distinção entre cônjuge e companheiro.

Acontece, que o mesmo o Código Civil de 2002 que rege a sucessão no direito brasileiro e estabelece como ocorre a transmissão da propriedade dos bens diante do falecimento de uma pessoa, também assegura ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação sobre o bem quem que habitava junto com o autor da herança, independente de que lhe seja assegurada a parte que lhe cabe na herança.

O direito de habitação da forma como está atualmente previsto no Código Civil assegura ao sobrevivente um direito vitalício sem restrições, já que pela vigente redação do artigo 1.831, além do regime de casamento adotado para fins de reconhecimento de o direito ser irrelevante, também deixo o mencionado artigo de

prever várias outras situações que seriam de primordial importância para o reconhecimento e manutenção do direito de habitação, o que pode vir a colidir diretamente com o direito de propriedade.

Da literalidade do artigo 1.831 do Código Civil de 2002 verifica-se que o tamanho e valor do bem são irrelevantes para fins de concessão do direito real de habitação, bastando que não exista outro bem residencial no acervo sucessório inventariado. O que de pronto já pode vir a causar sérias injustiças, pois pode se está assegurando o direito de uma pessoa habitar num imóvel de vultoso valor e ao mesmo tempo privando outras do direito constitucional de moradia.

Na atual redação do Código Civil também não especifica como fica o direito de habitação do cônjuge sobrevivente caso venha a contrair novo matrimônio ou passe a viver em união estável. Deixando até de mencionar se seu novo par poderia vir a também residir no bem. Também é omissa quanto ao fato de detentor de direito de habitação puder vir a alugar o imóvel, sendo outro ponto que também tem gerado muitos questionamentos perante os tribunais.

Deixa ainda de tratar da possibilidade do convivente ser proprietário de bens particulares residenciais, que não componham o acervo patrimonial do espólio, bem como do fato do sobrevivente vir a ser contemplado na sucessão testamentária. Situações que de igual forma podem vir a causar um grande desequilíbrio diante da necessidade do herdeiro de ter uma moradia.

Tendo sido também silente quanto às despesas e manutenções relacionadas ao imóvel que se façam necessárias do durante o período de habitação. Limitando-se o Código apenas em mencionar que nesse sentido devem ser aplicadas as regras relacionadas ao usufruto, que como já amplamente demonstrado, não são suficientes para regular a matéria.

Assim, busca-se no presente trabalho demonstrar a necessidade de se alterar o artigo 1.831 do Código Civil de 2002, visando corrigir suas imperfeições, dentre essas, acabar com vitaliciedade do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, possibilitando sua extinção caso o habitador venha a contrair novas núpcias ou constituía união estável, além de todos os outros pontos abordados que também precisam ser aclarados.

Deste modo, enquanto o Congresso Nacional não se posiciona nesse sentido, diante do atual conflito normativo existente entre o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente e o direito real de propriedade do herdeiro necessário, cabem os julgadores analisarem cada caso concreto com muita cautela, justamente forma de alcançar a decisão mais justa para as partes envolvidas, tendo sido um grande desafio enfrentado pelo judiciário, pois não é razoável que seja assegurada uma proteção excessiva a uma parte em total preterimento da outra, que de igual forma deve ter seu direito garantido.

ABSTRACT

This monograph aims to demonstrate clearly the current conflict between the right to housing of the surviving spouse assured by Article 1,831 of the Civil Code of 2002 and the real right of property of the heir necessary constitutionally assured. For this, real estate is defined, bringing its concept, characteristics and attributes. It brings the meaning of inheritance, of hereditary vocation, dealing with the capacity and legitimacy to succeed. It mentions the order of hereditary vocation and deals with the legitimate succession. It defines the real rights, the real right of housing, the real right of housing of the surviving spouse, where it presents its historical evolution, concept and constitutional protection. It deals with the real right of housing of the surviving companion after the judgment of Extraordinary Appeal nº 878.694 / MG that concluded for the unconstitutionality of article 1,790 of the Civil Code of 2002. In the end it brings the present positioning of the doctrine and jurisprudence as a way of delimiting the scope of the right of the surviving spouse's real estate in the face of the inheritor's right to own property, in view of the new format provided by the Civil Code of 2002, in order to avoid unfair application of the law, and thus prevent the recognition of a right to whom in fact, no need, nor detriment of the one who runs the risk of being deprived of his property.

Keywords: Property. Succession Law. Hereditary Vocation. Conflict. Right of Inheritance. Royal Resident Spouse Habitation Right.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONINI, Mauro et al; **Código Civil Comentado**. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

BRASIL. Constituição (2015). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 05 jan. 1916.

BURTET, Tiago Machado. **Noções Gerais de Direito Imobiliário**. Ed. ver. – Curitiba, PR: IESDE Brasil, 2012.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. Editora Atlas: São Paulo, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito de Família**. V.5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. V. VI, 2. Ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Sucessões**. V.7, 6.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil: direito de família e sucessões**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Notas e registros públicos**. 4ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2012.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. 4 ed. ver., atual. e ampl. Editora Método: São Paulo, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª Edição. Revista dos Tribunais. 2016.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Registro Imobiliário**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. – ver. e atual. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014.

SACAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário - Teoria e Prática**. 13ª ed. – rev., atual. e ampl. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

WALD, Arnald. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 15.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

VENOSA, Silvio da Sávio. **Direito Civil: direito de família**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.