

O direito real de habitação do companheiro supérstite à luz do direito civil constitucional

Heloysa Simonetti TEIXEIRA*

Glaucia Maria de Araújo RIBEIRO**

RESUMO: O tema versado neste artigo tem por escopo analisar o direito de habitação do convivente supérstite sobre o imóvel onde residiu o casal, de propriedade do de cujus, à luz do direito à moradia e da proteção à família, preconizados pela Constituição Federal, do art. 1.831 do Código Civil, do parágrafo único do art. 7º, da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, e do arcabouço principiológico aplicável à matéria. A questão crucial enfrentada parte da premissa de que, conquanto se constate a existência de lacuna normativa no Código Civil, no que tange ao direito de habitação no campo sucessório dos companheiros, faz-se imprescindível perquirir acerca da manutenção desse direito seja porque ainda estaria em vigência o comando previsto na legislação precedente que cuidou expressamente do assunto, seja porque se trata de um direito fundamental. A investigação por uma resposta se norteia pelo convencimento, pela incessante busca de boas razões para defender a legitimidade do direito, nos dizeres de Bobbio. Por outro lado, impende registrar que o art. 1.831 do Código Civil ao assegurar expressamente o direito de habitação somente ao cônjuge sobrevivente, sem, contudo, referir-se à união estável, não pode ser interpretado como a vontade do legislador, pura e simples, de excluir o direito de habitação aos companheiros, uma vez que, se assim fosse, fá-lo-ia de modo discriminatório, desigual e retrógrado, e negaria a mudança ocorrida no elenco dos direitos do homem ao longo da história. A metodologia empregada para elaboração do artigo é analítica, empírica e crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito sucessório; direito real de habitação; direito do cônjuge supérstite; companheiro supérstite; direito à moradia.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Direito de habitação do cônjuge supérstite no Código Civil e a proteção constitucional à moradia e à família; – 2. O direito real de habitação do companheiro: justificação constitucional e legal; – Conclusão; – Referências.

TITLE: *The Real Right of the Surviving Spouse Over the House in the Light of the Constitutional Civil Law*

ABSTRACT: *The theme versed in this article has as its main scope to analyze the right of the surviving spouse over the house in which the couple lived, owned by the deceased in the light of the right to housing and protection of the family, recommended by the Federal Constitution, article 1831 of the Civil Code, single paragraph of the 7th article, Law n. 9.278 from May 10, 1996, and fundamental framework applicable to the matter. The crucial question facing assumes that, while it is established that there is regulatory gap in the Civil Code, with respect to housing rights in the succession field of companions, it is essential to assert about the maintenance of that right either because it would still be in effective the control provided in the previous legislation which expressly analyzed the matter,*

* Doutoranda UNIFOR/CIESA. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Professora da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Professora do Curso de Pós Graduação do Curso de Direito Público do Centro de Ensino Superior - CIESA. Procuradora do Estado do Amazonas. Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública da PGE/AM.

** Professora de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

or because it is a fundamental right. It is important to consider that our search for a response is guided by conviction and by the relentless pursuit of good reasons to defend the legitimacy of law as Bobbio advocates. On the other hand, it is worth highlighting that the article 1.831 of the Civil Code which expressly ensures the housing rights only to the surviving spouse, without, however, referring to stable relationships, cannot be interpreted as the pure and simple will of the legislator in order to exclude the right to housing mates, since if so, it would be done in a discriminatory, uneven and retrograde manner, and would deny the change occurred in the list of human rights throughout history. The methodology used for the preparation of the article is analytical, empirical and critical.

KEYWORDS: Succession law; real housing law; the right of the surviving spouse; surviving spouse; the right to housing.

CONTENTS: Introduction; – 1. Right of housing of surviving spouse in the Civil Code and constitutional protection of housing and family; – 2. The real right of housing of the companion: constitutional and legal justification; – Conclusion; – References.

Introdução

Conquanto reconhecido como legislação moderna, há forte tendência no âmbito doutrinário a considerar que o Código Civil de 2002, de maneira geral, não se portou de modo inteiramente adequado na regulação do direito sucessório, e, particularmente, no que tange ao direito dos companheiros, foi silente em diversos aspectos. Em grande parte, o direito sucessório do cônjuge recebeu atenção legal, mas, ainda assim, olvidaram-se diversas questões relevantes, sendo tal omissão interpretada, sob certo ângulo, como desídia do legislador, causadora de insegurança social.

Se assim se deu em relação ao cônjuge, mais grave se pôs a situação do convivente, para quem foi dispensado tratamento desigual relativamente àquele, desconsiderando-se os avanços sociais experimentados até então.

No âmbito deste estudo, exsurge a necessidade de abordar acerca do conceito e da natureza do direito real de habitação, considerando-se que é na órbita deste direito que o presente artigo se propõe a investigar a posição do convivente na sucessão.

Em assim sendo, vale considerar a orientação doutrinária no sentido de que, em matéria de direitos reais de fruição, a menor amplitude quantitativa concerne ao direito real de habitação. Considerado, portanto, uma espécie do gênero direito de uso, mas, limitado à habitação, uma vez que, além de incessível, não admite qualquer forma de fruição.¹ A finalidade deste legado *ex lege* de habitação é dúplice: garantir certa

¹ Vale explicar que fruição está no sentido de percepção de frutos e cessão. Eis que o direito real de habitação é o uso gratuito de casa de morada (GOMES, p. 292).

qualidade de vida ao cônjuge supérstite e impedir que seja ele despojado da sua habitação do imóvel onde residia o casal, após a morte do outro cônjuge. Uma das hipóteses possíveis de ocorrer seria a de extinção do condomínio, a qualquer tempo, com a perda da posse, caso os filhos do falecido e o cônjuge sobrevivente não se entendessem. Com o direito real de habitação, embora partilhado o imóvel entre os herdeiros, o cônjuge mantém para si o direito gratuito de moradia, direito este não dependente da existência de testamento a seu favor.

Dessa feita, sobre o direito real de habitação do cônjuge não pairam dúvidas, previsto que está expressamente no Código Civil. Entretanto, no tocante ao convivente, a situação é bem outra diante do aparente silêncio do legislador quando da elaboração do Código Civil. A dúvida surge em relação à sua intenção quanto ao reconhecimento desse direito aos companheiros.

Nesse contexto, um ponto não definido na novel legislação refere-se à vigência, ou não, das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, que tem lavrado dissenso entre os juristas e provocado embates no seio do Poder Judiciário.

O estudo do tema proposto se insere nessa conjuntura, eis que se preordena a examinar a conflituosidade existente entre as regras norteadoras do direito do cônjuge e as dos companheiros, no que pertine ao direito real de habitação. Seja porque o Código Civil conferiu tratamento desigual aos dois institutos – casamento e união estável –, seja porque olvidou de regulá-lo em relação ao direito dos companheiros. Ademais, a análise empreendida requer estudar com acuidade preceitos constitucionais inseridos na proteção aos indivíduos, independentemente da natureza da entidade familiar constituída.

O presente debate denota reconhecida relevância, haja vista a matéria em apreço encontrar substrato nas relações em sociedade, e, por isso mesmo, necessitar de ser resolvida no campo prático, tendo em vista que ditas relações existirão sempre, independente de lei a regulá-las.

Remarque-se que a reflexão sobre a temática proposta passa, irremediavelmente, pelo manto protetor da Constituição, tanto no concernente aos direitos que se buscam proteger de imediato – direito à moradia e à proteção da família já conferidos ao cônjuge – quanto os de forma mediata, vale dizer: a resposta dada pelo Direito às transformações sociais que demandam soluções, a fim de vencer os desafios

apresentados cotidianamente. Nesse ensejo, a investigação leva em conta suas imbricações com a teoria do retrocesso social, sob a perspectiva do Direito Civil Constitucional e da teoria da ponderação, aplicáveis ao direito fundamental à moradia e à proteção à família, além do suporte jurisprudencial a respeito da matéria.

Para chegar à conclusão abalizada, faz-se necessário discorrer, para logo, a respeito da previsão legal do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente pelo vigente códex, e que será delineado no tópico a seguir. Ao depois, adentrar-se-á o âmago da polêmica instaurada acerca da vigência, ou não, do mesmo direito aos companheiros, frente ao Código Civil sob uma interpretação do arcabouço teórico e axiológico intrínseco na Constituição Federal.

1. Direito de habitação do cônjuge supérstite no Código Civil e a proteção constitucional à moradia e à família

Para Venosa (2005, p. 143) o Código Civil, em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, não representa legislação merecedora de orgulho, senão um desrespeito para o meio jurídico e para a sociedade brasileira tamanhas as impropriedades que contempla.

Todavia, há autores que não compartilham totalmente desse rigoroso pensamento, não obstante reconheçam imperfeições na legislação. Nesse sentido é a lição de Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 143), ao defender que o Código Civil de 2002 está impregnado de uma sensível evolução no direito sucessório do cônjuge ao colocá-lo na posição de herdeiro necessário e atribuir-lhe posto destacado na ordem da vocação hereditária, o que lhe permitiu receber propriedade e não mero usufruto, em concorrência com descendentes e ascendentes, assemelhada à modernização que ocorrera no Direito Português.

De referência obrigatória, Clóvis Beviláqua ressalta que o direito sucessório entre os cônjuges não se dá por parentesco, eis que inexistente, mas, sim, por um forte elo que une marido e mulher, suficiente a servir de base a um direito sucessório recíproco, traduzido na sociedade “[...] tão íntima, pela comunhão de afetos, de interesses, de esforços, de preocupações, em vista da prole engendrada por ambos, que não se pode recusar a necessidade de lhes ser garantido um direito sucessório equiparável ao dos filhos e ao dos pais”.²

² BEVILÁQUA, 2000, p. 181.

Essa afirmativa permite considerar indefensável subtrair ao cônjuge supérstite o direito à sucessão consubstanciado, nesse caso, no direito real de habitação no imóvel em que coabitava o casal. Em se fazendo um paralelo com a situação dos conviventes, entende-se que não subsistem motivos para não lhes atribuir idêntico direito, haja vista que o sentimento que os move é o mesmo.

O direito real de habitação sobre o imóvel residencial da família está garantido no art. 1.831 do Código Civil, em benefício do cônjuge sobrevivente, desde que seja o único imóvel daquela natureza a inventariar. Trata-se, portanto, de direito que decorre automaticamente da lei – *ex vi lege* –, o que dispensa registro imobiliário³ para seu reconhecimento jurídico, não obstante seja um direito real. Por sua natureza, essa forma de constituição do direito real de habitação do cônjuge sobrevivente não precisa de ser reconhecida por ocasião da partilha dos bens deixados pelo *de cuius*, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.⁴

No entanto, na eventualidade de ameaça do seu direito, o cônjuge terá legitimidade para promover a ação possessória cabível, conforme têm decidido os Tribunais Estaduais, reiteradamente, entre os quais se pode exemplificar o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.⁵

Para os herdeiros, ao revés, não lhes é assegurado o direito de obter liminarmente a reintegração de posse contra o cônjuge sobrevivente que reside no imóvel familiar.⁶ Entendimento apoiado, inclusive, em decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais e por Cortes Superiores.⁷

Impende, então, perquirir sobre o caráter da norma que prevê o direito de habitação. Ainda com Tartuce (2016, p. 219), reafirme-se que o seu fim social é proteger o direito à moradia, o que está em sintonia com a teoria do patrimônio mínimo, do Ministro Luiz Edson Fachin.

³ Acerca da desnecessidade de registro imobiliário, já decidiu o STJ: REsp 565.820-PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 16/9/2004, DJ 14/3/05, p. 323.

⁴ STJ 4ª T., REsp 1.125.901, Min. Marco Buzzi, j. 20.6.13, DJ 6.9.13, apud Negrão, Theotônio e outros. Código Civil. 34ª ed. Ed Saraiva. 2016.

⁵ TJRS AI 70068778778, j. 2/6/2016, dje 9/6/2016; Apelação Cível 70068419787, j. 13/4/2016, dje 27/4/2016; AI 7006776887447, j. 7/4/2016, dje 12/4/2016.

⁶ TARTUCE, 2016, p. 220.

⁷ Como exemplo, é citada a decisão proferida pelo TJMG, Agravo de Instrumento 1.0452.13.002090-5/001, rel. Des. Luciano Pinto, j. 11.07.2013, DJEMG 23.07.2013) *apud* Tartuce (op. cit. p.221). O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido. Precedentes citados: REsp 872.659-MG, DJe 19/10/2009, e REsp 471.958-RS, DJe 18/2/2009. REsp 821.660-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 14/6/2011. Informativo STJ n.0477.

Por essa teoria, é imperioso assegurar à pessoa um mínimo de direitos patrimoniais para a manutenção de sua dignidade. Assevera o autor que se está diante “[...] de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores”.⁸ Vale reafirmar que ter onde morar se configura como inegável direito a que se possa viver condignamente. Nada mais aviltante que não ter um lugar para abrigar a si e aos seus.

Outro aspecto relevante, que importa pontuar nessa matéria, é o de que o direito real de habitação do cônjuge se dá sem vinculação com regime de bens do casamento, isto é, qualquer que seja o regime de bens o direito do cônjuge estará assegurado, a teor do art. 1.831 do CCB. Essa garantia do cônjuge supérstite é um direito de uso, de forma gratuita, sendo pressuposto para o seu exercício apenas a propriedade do *de cuius* e o fato de o casal haver fixado a residência da família no mesmo bem, ainda que outros imóveis existam. Convém reiterar que o instituto não subtrai o direito de propriedade dos herdeiros, eis que os descendentes ou os ascendentes recebem a herança, enquanto ao cônjuge remanesce o direito à habitação, este que vigerá até sua morte.⁹

Remarque-se que se existirem coproprietários – condomínio com o falecido –, o cônjuge sobrevivente não poderá exercer esse direito. Na mesma trilha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao sustentar que se justifica o poder de o Estado legislar a favor da proteção da família de modo a limitar a liberdade das pessoas dispor de seus bens, sem, contudo, desrespeitar o condomínio de irmãos preexistente à abertura da sucessão,¹⁰ por exemplo.

Como direito real, está revestido de uma característica relacionada ao modo de seu exercício, apontada por De Page¹¹ como o fato de se exercer diretamente, sem interveniência de quem quer que seja, ao contrário do que se dá na esfera dos direitos pessoais. Esse traço é marcante em relação ao direito real de habitação, haja vista que o cônjuge pode exercê-lo sem interposição de outrem.

Em razão da gratuidade, não se sustenta a cobrança pelos herdeiros de qualquer espécie de contraprestação, a exemplo de aluguel pelo uso do imóvel. Nessa senda

⁸ FACHIN, 2006, p. 11-12.

⁹ CHAVES e ROSENVALD, 2013.

¹⁰ REsp1.184.492-SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01/04/2014. Dje 7/4/2014.

¹¹ Apud GOMES, 1995, p. 5.

envereda o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,¹² que considera bastante a demonstração de que o viúvo possui o direito real de habitação sobre o bem imóvel destinado à residência.

Ponto polêmico que merece ser destacado diz respeito à característica de direito personalíssimo. Para Veloso (2008, p. 2018), o direito de habitação é *intuitu persone*, eis que se destina exclusivamente a abrigar o titular, razão por que, a seu entender, não é permitida a locação ou o empréstimo a terceiro. Frisa, ademais, que, na hipótese de o viúvo vir a contrair novas núpcias ou união estável, cessará o direito ao uso do bem, uma vez que não se justifica a manutenção desse direito se o cônjuge sobrevivente constituir nova família. Tal constrição é preconizada no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996, que admite o mesmo direito ao convivente.

Oportuno sublinhar que, no concernente à defesa em prol de impossibilidade de locação do bem, não obstante possua outros seguidores, está longe de ser pacífica, ponderando-se a favor do direito à moradia, presente a gama de situações que, na vida prática, pode disso advir, a exemplo de locação por necessidade econômica com o objetivo de locar outro imóvel para servir de morada ao detentor do direito real de habitação.

É o que se colhe junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³, ao assentir pela possibilidade de o aluguel auferido do bem servir para o pagamento de imóvel no qual o cônjuge efetivamente reside. Assim, o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente permanece incólume. Considera-se acertado entendimento tal, haja vista a finalidade da locação estar atrelada a garantir o direito de moradia. Não há, dessa feita, desvirtuamento do fim legal.

Alerta Tartuce (2016, p. 223) para a relevância desse direito permitido ao cônjuge, aproximando-o da tutela do bem de família legal, regulado na Lei n. 8.009/1990, que torna impenhorável, automaticamente, o imóvel no qual reside a família, hipótese ampliada pelo Superior Tribunal de Justiça ao imóvel onde reside pessoa solteira, separada ou viúva, constante da Súmula 364.¹⁴

Dessume-se, portanto, que o direito real de habitação se fundamenta no direito à

¹² TJRS, AI70058442906, 7º. C. Civ., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 10/02/2014.

¹³ TJRS, Agravo 70027892637, 8ª Câmara Cível, Caxias do Sul, Rel. Des. Rui Portanova, j. 12.03.2009, DOERS 20.03.2009, p.40).

¹⁴ Súmula 364 STJ - O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. DJe 31.10.2008.

moradia, constitucionalmente assegurado no art. 6º. *caput* da CF, ao lado de outros direitos sociais, como saúde, educação, alimentação, trabalho, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, com redação alterada pela EC n. 90, de 2015.

Nessa ordem de ideias, importa colacionar os ensinamentos de Silva (2005, p. 286), segundo quem os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem são conceituados, como “[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Afirma que “[...] criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.¹⁵

Ainda nesse matiz constitucional, para Silva (2006, p. 186), podem-se identificar duas facetas do direito à moradia: uma negativa e uma positiva. A primeira, a significar que o cidadão não pode ser privado de possuir moradia, nem impedido de obtê-la, sem intervenção do Estado ou de terceiros, portanto. Todavia, a segunda põe cobro à ação positiva do Estado, no sentido de que esse direito consiste em obter uma moradia digna e adequada, revelando-se direito positivo de caráter prestacional, daí porque é a nota principal desse direito social.

E é nessa perspectiva que se justifica a condição de eficácia do direito à moradia, com especial relevo ao art. 3º, CF/88, que define como direitos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família –, e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo ter onde morar dignamente, nas enfáticas palavras do sobredito autor.¹⁶

Para corroborar a proeminência dos direitos sociais, calha trazer à colação Tavares (2009, p. 797) ao sublinhar a teoria da ponderação de Robert Alexy, para considerar que, sem esse conjunto de direitos, as liberdades públicas significam fórmulas vazias, com a advertência de que exigem as prestações do Estado para sua concretização.

¹⁵ SILVA, 2005, p. 286-287.

¹⁶ SILVA, 2005, p. 315.

Na teoria de Alexy, os direitos fundamentais são definidos como princípios, qualificação que traz uma série de consequências, dentre as quais faz-se necessário mencionar a tendência à colisão, o que possibilita que os conflitos se resolvam mediante o método da ponderação ou balanceamento.¹⁷ Trata-se de uma leitura à luz dos valores constitucionais, sem menosprezo a nenhum dos princípios envolvidos na controvérsia.

É o que nos permite inferir as lições de Alexy quando alerta para o fato de que, na colisão de princípios, um terá que ceder, contudo, observado que “[..] nem o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção [...]”.¹⁸ Advirta-se que a conclusão em um conflito não será sempre aplicável em todas as situações fáticas. Significa dizer, assim, que, no caso concreto, os princípios têm pesos diferentes, com precedência os que têm maior peso.

O legislador, ao proteger o cônjuge permitindo-lhe o direito real de habitação, cumpre, ao mesmo tempo, dois deveres que dimanam da Constituição: o direito de proteção à família e o direito à moradia. O cumprimento desses deveres estatais não está apenas em criar programas de construção de moradia e melhorias das condições habitacionais e de saneamento, mas, também, com sobrepujança na criação de leis que protejam os mais fracos de investidas contra o direito de possuir uma moradia digna. Indubitavelmente, é correto entender que esse espírito norteou o legislador na concessão do direito de habitação ao cônjuge supérstite, como forma de bem protegê-lo quando em risco de ser despojado do direito de possuir uma morada.

Portanto, no contexto constitucional, aplicando-se a interpretação de que a “Constituição é lei sim, mas é sobretudo *direito*” (grifo original), como intrínseco à teoria material da Constituição,¹⁹ é que se deve levar em conta a proteção ao cônjuge sobrevivente. Em outro dizer, o Estado–Legislador o autoriza a habitar o imóvel em que residia com o *de cuius*, ainda que em detrimento parcial do direito de herança dos herdeiros, do exercício do direito de propriedade, que ficará constricto em face do

¹⁷ ALEXY, 2015, p. 93-103.

¹⁸ ALEXY, 2015, p. 93.

¹⁹ BONAVIDES, 2015, p. 613. Paulo Bonavides, ao se referir à teoria material da Constituição, ensina que “[...] Compreendê-la como direito, e não apenas como lei, ao revés, portanto, do que fazia o positivismo legalista, [...] Daqui se infere o seguinte: aquele dedutivismo formalista excluía da Ciência do Direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores, sem cuidar que estes formam o tecido material e o substrato estrutural da Constituição, já dos direitos fundamentais. [...] Aqueles valores e princípios representam, por conseguinte, a matéria-prima da Nova Hermenêutica; esta, outra coisa não é senão a própria teoria material da Constituição”.

direito concedido ao cônjuge.²⁰ Por outro lado, sobreleva mencionar que, - estreme de dúvida - o Estado também está a proteger a família, em exercício de ponderação de valores, consoante farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²¹

Essa ponderação de valores²² se dá em razão do fato de que o Estado interfere na liberdade das pessoas de dispor de seus bens, direito fundamental de igual relevância, porém mitigado, a fim de conferir a máxima efetividade do interesse prevalente, *in casu*, o direito de moradia do cônjuge supérstite, na esteira do que já decidira o STJ.²³

Essa matriz sociológica e constitucional, presente no direito à moradia e na proteção à família, permitindo-se ao cônjuge supérstite o direito real de habitação, não se desmorona, nem poderia ser diferente, diante do fato de a legislação infraconstitucional haver se “distraído” relativamente ao companheiro, ou por existir um suposto silêncio no Código Civil.

Cabe, assim, estabelecer o elo entre o direito do cônjuge sobrevivente e o do companheiro supérstite, identificado na substância constitucional dos direitos sociais. Para dizer de modo sintético, diante do progresso social experimentado nesse campo, não se vislumbra mínimo resquício de defesa ao raciocínio positivista legalista de que o companheiro não mais faria jus ao direito de habitação em virtude de não estar previsto no Código Civil de 2002, esquecendo-se, dessa feita, que os direitos de cunho social se destinam a todos os indivíduos, no entanto, buscam alcançar os que se encontram em situação de desfavorecimento, e que, em razão disso mesmo, precisam de mais amparo estatal, *verbi gratia*, na hipótese daquele que sofre o risco de ser despojado de um lar, relegado à própria sorte, sem ter onde morar.

Some-se, ademais, o dever de reconhecimento aos direitos conquistados na legislação precedente à edição do Código Civil que, vale assinalar, constituiu-se incontestável evolução. A esse aspecto se fará mais aprofundamento no tópico seguinte.

A normatização, nesse sentido, deve acompanhar esse constante processo de modificação ocorrido no seio da sociedade, com o surgimento de novos direitos.

²⁰ Essa restrição se refere ao direito de gozar, por exemplo, consistente na faculdade de exploração econômica do bem, mediante a extração de frutos e produtos, como se dá em relação à locação do bem destinado à habitação do cônjuge supérstite. O herdeiro não poderá locar esse bem para auferir renda.

²¹ Do que é exemplo o precitado REsp1.184.492-SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01/04/2014.

²² Ponderação de valores que conforme a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, deve ser usada para decidir colisões de princípios. Adverte Alexy que em determinadas situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. (2015, p.93-95)

²³ Conforme já mencionado anteriormente (REsp 1.184.492-SE).

Convém colacionar o pensamento de Bobbio²⁴ (1992, p. 18) sobre o problema do fundamento de um direito que se inicia a partir de uma diferenciação entre um *direito que se tem* e um direito *que se quer ter*. Assim, dentre as dificuldades para se estabelecer o fundamento absoluto está o fato de que os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. Di-lo:

[...] O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.²⁵

Sob a óptica proposta e à compreensão de que o direito real de habitação do cônjuge supérstite, assegurado pelo Código Civil 2002, deve ser interpretado sob o prisma constitucional, reconhece-se sua compatibilidade com a Constituição Federal, daí ser plenamente possível tê-lo como direito extensível a todos os indivíduos, *in casu* aos companheiros, impregnado que está de conteúdo igualitário, equânime. Defender diferente constituir-se-ia grave golpe na equidade.

A seguir, os argumentos que tratam sobre a figura do companheiro sobrevivente serão objeto de análise e interpretação, iniciando-se pelo estudo da posição sucessória do companheiro no Código Civil, para, em seguida, refletir sobre a interpretação constitucional do normativo privado.

2. O direito real de habitação do companheiro: justificção constitucional e legal

Não é despiciendo remarcar que o art. 1.831 do CC objetiva garantir ao cônjuge sobrevivente o direito de moradia na residência do casal, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, constituindo-se meio impeditivo aos herdeiros de, por ocasião da partilha, desampará-lo, deixando-o sem teto a abrigá-lo. Nesse sentido, protege-se a família e a moradia do cônjuge, reconhecendo-se sua função social.

Essa proteção ao cônjuge supérstite não surgiu a partir do Código Civil, como cediço. A

²⁴ Bobbio exemplifica que “direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os *direitos sociais*, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”. (1992, p. 18) g/n

²⁵ BOBBIO, 1992, p. 18.

propósito, diga-se de passagem, é mais antiga do que correntemente se conhece. Nessa senda, vale pontuar como exemplo, previsão que tal já existia desde as Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 69, repetida nas Ordenações Filipinas, conforme se colhe do magistério de Pontes de Miranda (1968, p. 238).²⁶

A respeito do reconhecimento dos direitos dos conviventes, comporta breve retrospectiva histórica. No Direito Brasileiro, a união estável, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser reconhecida como entidade familiar entre homem e mulher (art. 226, § 3º), razão por que, no tocante ao efeito patrimonial, foi equiparada ao casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, consoante determina o art. 1.725 do Código Civil, à exceção se existir prévio contrato escrito entre os companheiros. Esse direito tem sido amplamente amparado na jurisprudência²⁷ e nos Enunciados do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – CEJ/CJE.

Embora não consagrado expressamente no Código Civil, o direito real de habitação dos companheiros sobre o imóvel que serviu de residência do casal restou assegurado no parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/1996.

Insta analisar sobre a manutenção desse direito aos companheiros. Acerca do tema, identificam-se duas correntes, sendo a primeira a que não admite a interpretação analógica do art. 1.831 do CC aos companheiros, a teor do art. 6º, da LINDB²⁸ e a segunda, que rechaça veementemente tal posicionamento e defende, sim, sua manutenção. A posição do Superior Tribunal de Justiça²⁹ tem se comportado majoritária quanto ao reconhecimento do direito de habitação do companheiro sobrevivente, identificando-se votos divergentes em julgamentos já realizados.³⁰ No

²⁶ Op cit. “Falecendo algum homem casado abintestado, e não tendo parente algum até o décimo grau contado segundo o direito civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva a qual com êle juntamente estava, e vivia teúda e manteúda, como marido e mulher, ela será sua universal herdeira e pela dita maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda como marido e mulher. Com diferença de pontuação, o texto foi repetido pelas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 94.”

²⁷ STJ Resp 915.297, Min Nancy Andriighi, j. 13.11.08, Dj 3.3.09, 3ª Turma; STJ REsp 1.136.345, Min. Sidnei Beneti, j. 23.2.10, Dj 18.3.10; STJ REsp 1.295.991, Min. Paulo Sanseverino, j. 11.4.13, Dj 17.4.13. 3ª T. apud Negrão Theotônio e outro. Código Civil e Legislação em vigor. 34ª. ed. São Paulo: 2016.

Apelação Cível Nº 70065203408, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 02/12/2015) Data de Julgamento: 02/12/2015, Dj 7/12/2015.

²⁸ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

²⁹ STJ REsp N. 1.249.227 – SC (2011/0084991-2) Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4ª Turma, j. 12/12/2013, Dje 25/3/2014 e REsp 1.220.838/PR, 3ª Turma. Rel Min. Sidnei Benetti, j. 19.6.2012, Dje 17.6.2012.

³⁰ Conforme ocorreu no julgamento do REsp .1249.227/SC, Min Relator Luis Felipe Salomão, em que dois votos vencidos sustentaram que o companheiro ou companheira não tem direito real de habitação do art. 1.831. O voto do Ministro Raul Araújo conclui nesse sentido com base em critério puramente positivista, o de que o dispositivo legal em foco não os inclui, em virtude de o imóvel poder eventualmente ter sido adquirido anteriormente à união estável, podendo ocorrer, também, que eles não detenham quinhão na herança. Deve-se preferir a regra que reconhece o direito real de habitação apenas para o cônjuge

âmbito do Poder Judiciário Estadual³¹, também o tema tem merecido especial atenção, com a tese prevalecente de que o direito de habitação concedido *ex lege* ao cônjuge sobrevivente é aplicável na ocorrência de união estável.

No que diz respeito à coexistência entre a Lei n. 9.278/96 e o Código Civil, repise-se que há a corrente que se posiciona pela ab-rogação do diploma de 1996, sob o argumento de que houve silêncio eloquente do legislador, daí a interpretação de que não pretendeu tratar desse direito.³² E, de outra banda, identificam-se os defensores do direito de habitação ao companheiro sobrevivente, que o compreendem como ainda vigente, em homenagem, dentre outros, ao princípio que veda o retrocesso social.

Dentre as teses favoráveis, está a que propugna por reconhecer apenas a derrogação da Lei n. 9.278/96, ou seja, admite permanecerem válidas as matérias não reguladas pelo Código Civil. À obviedade, permite-se opinar pela aplicabilidade do parágrafo único do art. 7º. do mesmo diploma legal, que já assegurava o direito de habitação ao convivente, considerando-se que desse tema o Código Civil não se ocupou. Frise-se que, nesse entendimento, estão reconhecidas a validade e a aplicabilidade do precitado diploma legal, tema que será tratado amiúde.

Em não tendo havido revogação expressa da lei, Venosa (2005, p. 153) defende a manutenção do dispositivo, uma vez que, a entender que as lacunosas disposições do Código de 2002 sobre a união estável revogaram as leis anteriores, a união estável será colocada, no presente sistema, em posição de extrema inferioridade em relação às duas leis anteriores.

Sustenta o autor que o direito sucessório da companheira e do companheiro foi, basicamente, regulado no art. 1.790, inapropriadamente entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação, deixando a impressão de que o legislador hesitou em classificá-los como herdeiros, procurando mitigar possíveis críticas sociais e evitando atropelos.³³ A seu ver, o Código Civil, considerado tão moderno por muitos, tratou inadequadamente o direito sucessório dos companheiros, razão pela qual dirige crítica mordaz à maneira como o estatuto civilista se referiu ao consorte da união estável, ao

sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens. No mesmo julgamento, o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti defendeu também o não reconhecimento do direito real de habitação na união estável, [...] Pontua que se não há regra expressa no Código Civil, não é possível admitir o direito real de habitação ao companheiro ou companheira com base no art. 1.831 CC.

³¹ TJMG; APCV 1.0775.04.001586-6/0011; Coração de Jesus; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula. j. em 07/08/2008.

³² Para citar alguns defensores dessa tese, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Francisco José Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Mário Roberto Carvalho de Faria, conforme menciona Tartuce (2016, p. 260).

³³ VENOSA 2005, p.156.

mencionar “participará” da sucessão, como se pudesse existir um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança.³⁴

Acerca da aplicabilidade dos dois diplomas legais dedicados à união estável – Leis 8.971/94 e 9.278/96 –, recorre-se uma vez mais aos apontamentos de Venosa (2005, p. 157), que conclui pela revogação dos dispositivos da Lei n. 8.971/94, a qual dispunha sobre o direito hereditário do companheiro ou da companheira, de acordo com o art. 1.790 do Código Civil, embora de conteúdo retrógrado.

Entretanto, no que toca à Lei n. 9.278/96, o autor sustenta que o art. 7º permanece vigente e aplicável, haja vista que estabelece, na morte de um dos companheiros, que o direito real de habitação no imóvel de residência da família perduraria enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento, matéria não tratada no Código Civil.³⁵

Assim, pensa Venosa (2005, p. 158) ser perfeitamente defensável sua manutenção. Enfatiza que o parágrafo único do art. 7º da Lei n. 9.278/96 refere-se à assistência material recíproca entre os conviventes e atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Aponta a dubiedade da situação do dispositivo, porém, argumenta categoricamente que a existência desse direito aos companheiros está em paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge no art. 1.831, do CCB.

Em sua interpretação do Código Civil, Tepedino (2014, p. 640) alude a essa questão polêmica. Refere-se a entendimentos tendentes a reconhecer o direito real de habitação do companheiro sobrevivente, sob variados fundamentos, que vão desde a pura e simplesmente razão da proteção, aos membros da família, até a possibilidade ou não de se atribuir tal direito aos companheiros sobreviventes, conforme se equipare seus direitos aos do cônjuge ou que limite essa equiparação à relação familiar.

Na mesma linha doutrinária do exposto, Tartuce (2016, p. 261) afirma que há de prevalecer o entendimento pela manutenção de tal direito sucessório aos conviventes supérstites. Em prol de seu entender, o autor esmiúça o conteúdo do Enunciado n. 117 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil³⁶. Na primeira parte, refere-se a não revogação expressa da Lei n. 9.278/1996, no que trata sobre o citado direito real de habitação. Já a

³⁴ VENOSA, 2005, p. 156.

³⁵ VENOSA, 2005, p. 157-158.

³⁶ Enunciado 117 CJF/STJ - Art. 1831: o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n.9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88 (apud Tartuce, 2016, p.261).

segunda parte realça que está em perfeita harmonia com o Direito Civil Constitucional, pois permite efetividade ao direito à moradia, e com a teoria do patrimônio mínimo, desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, como já referido alhures.

Convém analisar esses pontos com mais detença. Impõe-se, de início, assumir que não houve revogação da Lei n. 9.278/1996, que assegura o direito real de habitação ao companheiro, acolhido majoritariamente, conforme já ressaltado, pelo Superior Tribunal de Justiça,³⁷ em que pese existirem posicionamentos contrários.

Entende-se pela prevalência dos argumentos em favor da manutenção do direito real de habitação aos companheiros, quais sejam: ausência de silêncio eloquente, não houve revogação expressa da Lei n. 9.278/1996 quanto ao parágrafo único do art. 7º e manutenção do direito real de habitação diante da proteção constitucional da moradia. O Enunciado, vale dizer, explicita que além de não ter havido a revogação da sobredita Lei, deve-se aplicar ao companheiro, por analogia, a regra do art. 1.831, do Código Civil.

Demonstrar-se-á, como segundo aspecto, o moderno papel do Direito Civil, que adquiriu uma moldura constitucional irrefutável, embora se registre a posição de juristas renitentes à eficácia normativa do Texto Maior. Vale enfatizar que essa reinterpretção do Direito Civil à luz da Constituição Federal está associada à ideia de que o direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, conferindo segurança a todos os membros da sociedade.³⁸

Um dos entusiastas desse enfoque metodológico, Tepedino defende que o Código Civil “é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional” (2006, p. 401).

No mesmo sentido da unidade da ordem jurídica, havendo uma integração entre o direito privado e a Constituição, mesmo que em tom cético, está Canotilho, citado por Tartuce (2007, p. 77).

Frise-se que a corrente do Direito Civil Constitucionalizado tem como expoente Perlingieri, que assim se manifesta: “a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e

³⁷ STJ 3ª Turma, REsp 1.134.387, Min Sidney Beneti, j. 16.4.13, DJ 29.5.13. Acesso em: 20 jun.2016.

³⁸ TARTUCE, 2007, p. 76.

funcionalização ao sistema das normas constitucionais” (2002, p. 277). Até admite, em alguns casos, a autonomia privada ser um valor em si mesma, mas, somente em certos limites - juízo de licitude (*liceità*) e de valor (*meritevolezza*) - e se responder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento.³⁹

Em prol da mesma tese, Tepedino (2007, p. 310) afirma que se traduz na constatação de que, com a promulgação do Código Civil de 2002, o Direito Civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais da Lei Civil para a Constituição. Isso revela, a seu entender, profunda transformação dogmática, em que a “[...] autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública”.⁴⁰ Remarca que a distância entre o Direito Privado e a Constituição foi se reduzindo na medida em que cresceu o fenômeno da busca do estado social.⁴¹

É de se reconhecer, assim, que a Constituição Brasileira de 1988 recebeu decisiva influência democrática e da constitucionalização de temas que, a rigor, não seriam constitucionais, mas assim ocorreu em virtude dos ares de liberdade que pairavam na sociedade brasileira.⁴²

Ainda em defesa da constitucionalização do Direito Privado, Lôbo (2005, p.2) explica que hoje se tem uma unidade hermenêutica tendo como ápice conformador da elaboração da legislação civil a Constituição e adverte que o intérprete deve partir sempre da Constituição para o Código Civil, não o contrário, como ocorria com frequência. Em poucas palavras, o Direito Privado estará sempre em busca da realização dos preceitos constitucionais.

Vê-se, assim, mudança de olhar na interpretação da lei civil, decorrente da inversão da forma de interação dos dois ramos do Direito – o público e o privado - que passaram a adotar uma interpretação segundo a Constituição, tornando-se o modelo da complementaridade e da comunicação.⁴³ Tem-se, portanto, a harmonização entre os pontos em comum dos dois ramos do Direito, sendo elevados à categoria de constitucionais pela sua relevância dentro do conceito de Estado Democrático de Direito.

³⁹ PERLINGIERI, 2002, p. 279.

⁴⁰ TEPEDINO, 2007, p. 310.

⁴¹ TARTUCE, 2007, p. 75.

⁴² TARTUCE, 2007, p. 76.

⁴³ TARTUCE, 2007, p. 78.

Outro fator de influência nessa inter-relação do Direito Privado e a Constituição é o sistema de cláusulas gerais, aberto. O sistema aberto gera uma comunicação com a realidade social, constituída pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que permite o ingresso no ordenamento codificado de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente, dentre outros, que viabilizam a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo, como sustenta Tartuce amparado em Martins-Costa.⁴⁴

Em síntese, serve como porta de entrada para os valores constitucionais nas relações particulares, regidas pela autonomia privada.⁴⁵ Dessa forma, a resolução dos casos concretos pode se realizar de maneira segura, pois os princípios constitucionais nortearão as decisões, amoldando-se as previsões normativas às demandas.

Em abono a essa tese, Perlingieri (2008, p. 618) pugna pela necessidade de interpretação sistemática e axiológica como superação da interpretação literal e conclui que a interpretação deve ser voltada à realização dos valores constitucionais. Afirma o autor que “[...] A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento; de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei”.⁴⁶

Disso se permite inferir que Direito Constitucional e Direito Civil não mais são interpretados isoladamente. Na verdade, estão dentro de uma relação simbiótica, e não de invasão de um sobre o outro. Desse modo, servem melhor ao Estado/Sociedade, dando garantias para o desenvolvimento econômico, social e político, todavia, sempre respeitadas premissas que nos identificam como seres coletivos.⁴⁷

A reflexão como trazida colima, à partida, demonstrar que a interpretação do art. 1.831 do Código Civil, para espelhar a realidade social em que se vive, deve superar o positivismo meramente linguístico, de modo a evidenciar o elemento social – a consideração do contexto, do direito como fator de uma realidade global –, os denominados por Perlingieri (2008, p. 605) de elementos extrapositivos.

⁴⁴ TARTUCE, 2007, p. 51.

⁴⁵ TEPEDINO, 2007, p. 319.

⁴⁶ PERLINGIERI, 2008, p. 617.

⁴⁷ TARTUCE, 2007, p. 78.

E, em segundo momento, transpor para a previsão legal o significado constitucional presente no direito à moradia, no direito à proteção da família, intimamente gravados no direito real de habitação autorizado ao cônjuge sobrevivente. Por conseguinte, deseja-se enfatizar que, se o substrato constitucional é este, não se pode privar o companheiro sobrevivente dessa proteção. Ou, em outros dizeres, o companheiro não tem menos direito à moradia que o cônjuge, tampouco merece receber diminuta proteção familiar, notadamente porque a união estável é reconhecida como entidade familiar na própria Constituição Federal, como também o é na codificação civil.

A proteção à família tem sido o cerne da preocupação do legislador ao regular o direito de família e, conseqüentemente, assim deve sê-lo no que tange à sucessão, para conformá-la à ideia de justiça, de equidade, de acordo com fundamentos constitucionais. Para tanto, deve-se levar em conta os princípios que norteiam a vida em sociedade, a exemplo dos princípios da isonomia, do respeito à pessoa humana e da solidariedade social.

Nesse cenário, a efetivação de tais princípios, como de sabença geral, deve assegurar expectativas mais positivas ao indivíduo, que não podem ser retiradas pelo legislador, sob pena de incidir na aplicação da chamada proibição ao retrocesso aos direitos sociais que têm conquistado lugar de relevo nas Cortes Constitucionais.

Requer comentários, a breve trecho, a teoria da proibição do retrocesso, segundo a qual, consoante adverte categoricamente Mendes (2015, p. 644), não seria possível extinguir direitos sociais já efetivados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial. Apoiado em Häberle, afirma que esse princípio possui “[...] um núcleo de elementos que se fundamentam na dignidade humana e no princípio democrático e que não podem ser eliminados”.⁴⁸

Nessa esteira, pontue-se que o princípio do não retrocesso social consiste em considerar inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios. Portanto, em tese, somente se for possível criar mecanismos jurídicos capazes de mitigar os prejuízos decorrentes da sua supressão admitir-se-á a revogação de direitos sociais.⁴⁹

⁴⁸ MENDES, 2015, p. 644.

⁴⁹ CANOTILHO, 2002, p. 336.

A título de esclarecer esse entendimento, sob o prisma do Direito Civil Constitucional, remarque-se que o direito real de habitação é reconhecido como instituto que visa à tutela do direito fundamental à moradia. Portanto, suprimi-lo somente em relação ao companheiro retrata, via de consequência, retrocesso sob dois ângulos: primeiro, em comparação ao direito de habitação concedido ao cônjuge sobrevivente, haja vista que ambos fazem jus à proteção constitucional; segundo, quanto à conquista social estampada na Lei n. 9.278/1996, que concedeu esse direito aos companheiros.

A teoria da proibição ao retrocesso social não passa indene de críticas e a debates jurídicos, inclusive no caso de omissão do legislador. Nessa hipótese, a inação do legislador seria censurável do ponto de vista jurídico-constitucional, mas não haveria ato sujeito à contraposição, consoante Derbli (2007, p. 266). Há de se refutar a aplicação do argumento na hipótese em estudo, uma vez que a Lei n. 9.278/1996, favorável ao direito real de habitação dos companheiros, à obviedade, já vigia ao tempo da edição do Código Civil 2002.

Não obstante isso, mencione-se que identificar com absoluta certeza o que é retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, não é tarefa fácil, como adverte Marmelstein (2011, p. 304). Essa dificuldade se deve, muitas vezes, ao fato de que uma medida pode representar retrocesso para determinado direito fundamental, contudo, poderá contribuir para dar mais efetividade a outros valores de igual estatura (2011, p. 304).

Todavia, não é o que se verifica na situação em apreço, considerando-se a supressão do direito de habitação aos companheiros como flagrante violação ao direito à moradia e à proteção da família. Por outro lado, não é possível apontar qual outro direito fundamental, objetivamente, estaria a merecer proteção em detrimento do direito à habitação somente dos companheiros, uma vez que ao cônjuge supérstite a lei assim o assegurou. Em outros dizeres, sob a moldura constitucional que se imprime ao tema, torna-se imperioso entender que, a prevalecer o entendimento da exclusão aos companheiros do direito real de habitação, o comportamento estatal se porta em direção contrária aos objetivos colimados pela Constituição Federal.

Fato inegável é o de que, não raras vezes, se tem questionado a falta de tratamento paritário entre o cônjuge e o companheiro, o que só reforça a tese aqui esposada. Para exemplificar, cite-se que estão pendentes de julgamento duas arguições de

inconstitucionalidade no Superior Tribunal de Justiça, sem resultado proclamado, no âmbito dos Recursos Especiais n. 1.291.636/DF e 1.318.249/GO.⁵⁰

Outro ponto importante ao debate, com esteio na jurisprudência da Suprema Corte Federal⁵¹, é o de que o direito à moradia, como direito social, não se confunde com o direito de propriedade. E, aqui remarque-se seu conteúdo que ultrapassa as lindes do aspecto patrimonial para ingressar no respeito à pessoa, previsto que está no Pacto Internacional do Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11) e na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25).

Para reafirmar o posicionamento esposado, Silva (2005, p. 314) põe cobro à efetivação do direito à moradia por meio da atuação positiva do Estado, incumbindo ao estado-legislador preservar os direitos conquistados pela sociedade, por meio da edição de leis que se preordenem a garantir esse direito social, a cuja observância o representante legislativo ordinário está jungido.

Nem a propósito o Supremo Tribunal Federal ao decidir, em sede de repercussão geral, que o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, pôs um ponto final na discussão em comento, pois raciocinar de forma contrária feriria os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. Senão veja-se:

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*

⁵⁰ AI no Resp 1291.636/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 11/6/2013, Dje 21/11/2013 e AI no REsp 1.318.249/GO, Rel. Min Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 11/6/2013, Dje 10/12/2013.

⁵¹ RE 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 8-2-2006, apud Mendes, Gilmar e outro (2015, p.658).

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”.⁵² (g.n.)

Dessa feita, o STF reconheceu de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias consagrada no art. 226 da Constituição da República, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso, devendo o Estado proteger todas as situações de famílias, e não somente um tipo de família, em estrita subserviência ao conjunto principiológico constitucional que permeia o tema.

Conclusão

Os argumentos expendidos se preordenam a explicitar as fortes razões por que a atenção a ser dedicada aos companheiros tem dever de vassalagem aos princípios insculpidos na Constituição Federal, devendo caminhar em paralelo com os direitos conferidos ao cônjuge, notadamente no que concerne ao direito real de habitação, objeto desta pesquisa. Nesse sentido, não se afigura possível vislumbrar juridicamente que o direito real de habitação, previsto legalmente para o cônjuge, não se estenda aos companheiros, a permitir a inversão de valores constitucionais, em movimento contrário à moderna visão constitucional do Direito Civil.

Identifica-se, dessa feita, forte defesa em favor de que deve prevalecer a manutenção de tal direito sucessório ao companheiro. Não por outro motivo, prepondera, com considerável margem de distância, o posicionamento que confere ao companheiro sobrevivente o direito social à moradia, por meio do exercício do direito real de

⁵² STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 646721, Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. DJ: 8.9.2017.

habitação. Ao revés, em assim não se admitindo, dar-se-iam, na prática, situações de extrema injustiça, de irrefutável desigualdade por flagrante violação à isonomia, em sua faceta material. Não basta a Constituição preconizar formalmente a igualdade. Ao revés, torna-se imprescindível conferir efetividade a esse princípio, porque à sociedade o que aproveita são as efetivas ações tendentes a dar concretude à sua realização.

Impende considerar que se está diante de entidades familiares, legalmente constituídas e protegidas sob a égide do mesmo Texto Supremo. O constituinte não legislou somente para uma parte da sociedade, mas, sim, para toda a coletividade. Por conseguinte, o convivente faz jus aos direitos de proteção à família e de moradia, estampados no direito real de habitação, com estribo na exaustiva motivação exposta ao longo deste estudo.

Pode-se concluir que, seja à luz da Constituição ou das teorias que perpassam tema tão instigante, dentre as quais com destaque para a teoria da ponderação e a teoria da proibição ao retrocesso social, os companheiros devem e precisam estar protegidos contra eventual ameaça ao seu direito de moradia e ao de proteção à família.

Entende-se não ser possível acolher a tese oposta, pois significa abraçar o obsoletismo do Código em matéria de sucessões, apontado pelos doutrinadores de escol susomencionados, e permitir que entidades familiares materialmente idênticas gozem de proteção jurídica em relação ao direito fundamental de moradia e de proteção à família substancialmente diversa.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Campinas: Red livros, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30 ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, 9 ed, rev. ampl. atual, Bahia: Juspodivm, 2013.
- DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2 ed. atual, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 11 ed, Saraiva: São Paulo, 1995.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direito Fundamental*. 3 ed, São Paulo: Atlas, 2011.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed, ver. atual, São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEZZAROBRA, Orides e MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NEGRÃO, Theotônio e outros. *Código Civil e Legislação Civil em vigor*. 34 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 3 ed, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva (Atualização de Carlos Roberto Barroso Moreira) *Instituições de Direito Civil Direito das Sucessões*, vol. VI, 15 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, Parte especial*, Tomo LV, Direito das Sucessões: Sucessão em Geral. Sucessão Legítima, Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento in A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil- Direito das Sucessões*, 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos – Do CDC ao Código Civil de 2002*. Coleção Rubens Limongi França; vol. 2, São Paulo: Método, 2007.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 797.
- TEPEDINO, Gustavo. *O novo e o velho direito civil*. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 20, ano 5, in Temas de Direito Civil, t.2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 401.
- TEPEDINO, Gustavo e outros. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- VELOSO, Zeno *Código Civil Comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- VENOSA, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 5 ed, São Paulo: Atlas, 2005.

civilistica.com

Recebido em: 16.3.2019

Aprovado em:

10.8.2020 (1º parecer)

11.8.2020 (2º parecer)

Como citar: TEIXEIRA, Heloysa Simonetti; RIBEIRO, Glaucia Maria de Araújo. O direito real de habitação do companheiro supérstite à luz do direito civil constitucional. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-real-de-habitacao-do-companheiro/>>. Data de acesso.