

O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE DA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS DIREITOS DE HERDEIRO NECESSÁRIO E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO¹

Prof. Cristiano Pereira Moraes Garcia²

Cecília Oliveira Lopes³

Vivian Pinheiro⁴

RESUMO

A pesquisa visa identificar qual a atual interpretação do novo Código Civil que está sendo apresentada pela doutrina e jurisprudência. Pretende-se destacar os posicionamentos pacíficos e divergentes. E apontar, de forma crítica, nossa concordância ou discordância relativamente à interpretação do novo estatuto civil por parte dos tribunais brasileiros, fazendo uma análise sobre o direito sucessório do companheiro sobrevivente da união estável frente ao que dispõe o Código Civil. O companheiro sobrevivente encontra-se numa posição desfavorável, o artigo 1.790 do Código Civil que discorre sobre os direitos sucessórios dos companheiros está destacado na Sucessão Geral, mas seria justo que estivesse na Sucessão Legítima. Também falaremos sobre o real direito de habitação do companheiro sobrevivente, pois o artigo 1.831 do Código Civil prevê o direito real de habitação, ou seja, o direito de habitar gratuitamente em casa alheia. Esse direito continua sendo em relação ao imóvel residencial da família, desde que seja o único a inventariar, sem prejuízo da parte que caiba ao cônjuge sobrevivente na herança.

PALAVRAS-CHAVE

Herdeiro Necessário; União Estável; Direito de Herança; Sucessão Legítima.

¹ Trabalho desenvolvido em razão de pesquisa suportada e fomentada pelas Faculdades Atibaia - FAAT

² Doutor em Direito, Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da FAAT, e Pesquisador da FAAT.

³ Aluna do 5º Ano da FAAT.

⁴ Aluna do 5º Ano da FAAT.

ABSTRACT

The research aims to identify what the current interpretation of the new Civil Code which is being presented by the doctrine and jurisprudence. It is intended to highlight the peaceful and divergent positions. And pointing, critically, our agreement or disagreement on the interpretation of the new civil status by the Brazilian courts, making an analysis on succession fellow survivor stable opposite the Civil Code provides that. The surviving partner is in an unfavorable position, Article 1790 of the Civil Code which talks about the inheritance of the companions are highlighted in Succession General, but it would be fair that was the Legitimate Succession. We'll also talk about the actual housing law fellow survivor, since Article 1831 of the Civil Code provides for the right real housing, ie, the right to live free in someone else's house. This right remains in relation to residential property of the family, since it is the only inventorying, without prejudice to the part that fits in the inheritance to the surviving spouse.

KEY WORDS

Heir Required; Stable Union; Right of Inheritance; Legitimate Succession.

Discussão Doutrinária: O Companheiro como Herdeiro Necessário*Elementos históricos*

É necessário retroceder às origens históricas da sucessão, examinar as crenças sobre a natureza do homem, sua alma e o mistério da morte, para que se possa entender o Direito Sucessório.

Arnaldo Rizzardo (2009) explica que numa primeira fase em Roma, dizia-se que o herdeiro continuava a personalidade do defunto, de quem hauria sua força e coragem. No começo, havia mais uma transmissão do ser espiritual do parente falecido.

Lacerda de Almeida explicava o direito sucessório:

[...] A necessidade de perpetuar o culto, o nome, as tradições da família, a glória de viver na pessoa do herdeiro. O que se deve ver no testamento como ato de última vontade é o pensamento do morto, a sua vontade continuando no herdeiro, vontade morta, incapaz de manifestar-se e realizar-se, não fora substituir no herdeiro, seu continuador, a vida e o movimento que se extinguiram no *de cuius* (*apud* RIZZARDO, 2009).

Conforme, ainda, Lacerda de Almeida: “[...] a instituição de herdeiro não tinha outrora, na antiguidade romana, outro intuito mais que escolher ou firmar o continuador na dignidade, autoridade e funções do defunto” (*apud* RIZZARDO, 2009).

E por esta responsabilidade advinda com a herança, que a linha sucessória, por longo tempo permaneceu somente entre os homens e somente a um dos filhos, assim sendo, para que a família não perdesse a sua fortuna e também o seu poder.

No final da história grega e romana, conforme Fustel de Colanges (2000) afirma ainda que permanecessem presentes pensamentos e hábitos oriundos de épocas muito remotas, nos quais já transmitiam a crença que após a morte havia uma segunda existência. Mas não se acreditava que a alma ou espírito imortal iria para o céu ou animaria em outro corpo, mas sim, que viveria na terra, perto dos homens.

Acreditou-se que, durante muito tempo, nessa segunda existência da alma continuaria associada ao corpo, sendo ambos enclausurados no mesmo túmulo, o que é demonstrado pelos ritos fúnebres, os quais demonstram claramente que quando se enterravam um corpo, acreditava-se haver ali algo com vida. Daí vem a idéia do sepultamento, objetivando o repouso e a felicidade do morto.

Fustel de Coulanges (2000) continua, acrescentando, ainda, que se passou pelas crenças de se levar alimentos aos túmulos e que deveria se manter uma brasa permanentemente acesa em casa, num altar, considerando-se os mortos entes sagrados, a

ponto de manifestar-se regras que, tanto a Índia quanto a Grécia, só permitiam a presença de familiares nos funerais, havendo um verdadeiro culto aos antepassados, ou uma religião doméstica.

Acrescenta mais uma faceta histórica Zeno Veloso: “Na França, desde o Século XIII, fixou-se o *droit de saisine*, instituição de origem germânica, pelo qual a propriedade e a da posse da herança passam aos herdeiros, com a morte do hereditando – *le mort saisit le vif*. O Código francês, de 1.804 – *Code Napoléon* –, diz, no art. 724, que os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e o cônjuge sobrevivente recebem pleno direito (*son saisis de plein droit*) os bens, direitos e ações do defunto, com a obrigação de cumprir todos os encargos da sucessão (*apud RIZZARDO*, 2009).

O princípio da “saisine” permanece no atual Código Civil, no artigo 1.784, determinando a transmissão da posse e propriedade, independentemente de qualquer formalidade ou providência administrativa ou judicial, aos herdeiros.

A regulamentação da união estável antes do código civil de 2002

A regulamentação da união estável antes do Código Civil de 2002 era caracterizada como uma união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, caracterizada pela “união livre”, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato. Para os efeitos legais, não eram apenas concubinos os que mantinham vida marital sem serem casados, senão também os que haviam contraído matrimônio não conhecido legalmente, por mais respeitável que fosse perante a consciência dos contratantes, como sucede, *verbi gratia*, com o casamento religioso.

A união livre difere do casamento, sobretudo pela liberdade de deveres a esse inerentes. Por isso, a doutrina clássica esclarece que os estado de concubinato pode ser rompido a qualquer instante, seja qual for o tempo de sua duração, sem que ao concubino(a) abandonado(a) assista direito a indenização pelo simples fato da ruptura.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2007), que o Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida. Aos poucos, no entanto, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitido outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Essa era regulamentação antes do Código Civil de 2002.

Direito de herança do companheiro no Novo Código Civil

O artigo 1.845 do Código Civil elenca os herdeiros necessários, nos seguintes termos: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. O novo Código Civil nada falou a respeito do companheiro.

Existe disposição única no artigo 1.790 e seus incisos do Novo Código Civil, trata da sucessão do (a) companheiro (a), e é consenso entre os doutrinadores que mais uma vez o legislador foi omissivo e preconceituoso no que tange a união estável. Pois essa opção legislativa em utilizar o tema do direito de herança do companheiro fora do seu próprio contexto, que naturalmente seria o capítulo da ordem de vocação hereditária, no título pertinente à sucessão legítima.

Sílvio de Salvo Venosa (2003) fala com repúdio sobre o assunto: “o novo Código traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no artigo 1.790, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária”.

Assim, grande parte da doutrina, como Maria Helena Diniz (2004) e Francisco José Cahali (*apud* LEGRAMANTI, 2008), não consideram o companheiro como herdeiro necessário, sendo essa a posição majoritária. Francisco José Cahali defende que: “de

qualquer forma, inexistindo a sua inclusão como herdeiro necessário, tal condição não lhe pode ser estendida, diante da sua ausência no art. 1.845”.

Maria Helena Diniz ressalta que pelo artigo 1.790, I a IV, do Código Civil, tratando-se de união estável, o companheiro supérstite não é herdeiro necessário e nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do de cujus na qualidade de sucessor regular, sendo herdeiro, somente quanto à meação do falecido relativa aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Já o autor Zeno Veloso (2001) faz uma crítica nos seguintes termos:

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.

Zeno Veloso entende que o artigo 1.790 do Código Civil merece censura e crítica severa, porque é deficiente e falho em substância, ele identifica o artigo 1.790 do Código Civil, como um retrocesso na sucessão entre companheiros sobreviventes, se comparado com a legislação que estava anteriormente em vigor.

Vejamos agora, o entendimento adotado pela Corte Estadual de São Paulo, também se adaptando a este posicionamento mais atual, através do julgamento dos Agravos de Instrumento n. 522.361-4/8-00 e 540.323-4/7-00, decididos na 1ª Câmara “A” de Direito Privado, respectivamente:

EMENTA: Arrolamento – Reconhecimento de união estável – falecimento do companheiro que não deixou descendentes ou ascendentes – pretensão de se afastar a concorrência dos colaterais (art. 1790, III, CC) – Aplicação da Lei 9.728/96, que não revogou o art. 2º da Lei 8.971/94, que assegurou ao companheiro sobrevivente o mesmo status hereditário do cônjuge supérstite – Prevalência da norma especial sobre a geral. Recurso provido.

EMENTA: Impugnações às primeiras declarações. Falecimento do companheiro que não deixou descendentes ou ascendentes – pretensão de se afastar a concorrência dos colaterais na sucessão hereditária (art. 1790, III do Código Civil) – Aplicação da Lei n. 9.728/96, que não revogou o artigo 2º da Lei n. 8.791/94, o qual assegurou à companheira sobrevivente o mesmo status hereditário do cônjuge supérstite – Prevalência da norma especial sobre a geral. Necessidade, porém, de declaração da existência da união estável, já que o patrimônio pré-existente não se comunica, para determinar o levantamento dos bens deixados pelo de cujus. Recurso parcialmente provido.

Nesse mesmo sentido, Cristiano Pereira Moraes Garcia (2005) escreveu que:

A redação do artigo 1.790 do atual Código Civil se mostra confusa e de pouca técnica legislativa. O companheiro sobrevivente é herdeiro do companheiro falecido durante a união estável. Ora, se é herdeiro, deveria estar ele incluído na nova ordem de vocação hereditária, mais precisamente no artigo 1.829 do novo Código Civil (GARCIA, 2005).

Toda essa crítica doutrinária trouxe justamente a discussão sobre a própria constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

Nos tribunais, muito se discute o artigo 1.790 do Código Civil, o tratamento diferenciado inegavelmente desobedece ao princípio da igualdade, este previsto no artigo 226, § 3º da Constituição Federal, eis que a união estável e o casamento são entidades familiares sem distinções de ordem patrimonial.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2007) que “a Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento. Se assim fosse teria determinado que a lei facilitasse sua conversão em casamento. As regras sucessórias foram estabelecidas pela legislação ordinária. O fato de, eventualmente, serem injustas não as tornam inconstitucionais. A referida equiparação depende de alterações no âmbito legislativo”.

No mesmo entendimento seguiu a 1ª Turma Cível, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios na decisão proferida no agravo de instrumento nº 2009.00.2.001862-2 entendendo quanto à inexistência de ofensa ao princípio da isonomia e afastando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Vejamos: Origem: 1ª Turma Cível. Fonte: 11/05/2009. Acórdão: 29/04/2009. Processo: Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.001862-2. Relator: Desembargador Natanael Caetano. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA.

Por ora, portanto, não obstante as críticas de toda a doutrina, a jurisprudência tem aplicado o artigo 1.790 do Código Civil, tratando o companheiro supérstite de forma diferente do cônjuge sobrevivente. Em outras palavras, em regra, se uma pessoa é casada e seu cônjuge falece, terá mais vantagens sucessória do que se estivesse mantendo união estável.

Conclusão

A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquela como entidade familiar (art. 226, §3º, CF).

Mas foi possível verificar que a legislação resguardou de forma especial o direito do cônjuge, o qual não são asseguradas ao companheiro sobrevivente.

Em oposição a algumas decisões, encontram-se algumas que reconhecem a inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 1.790 do Código Civil, como a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a seguir transcrita.

Origem: 8ª Câmara Cível. Processo: Agravo de Instrumento nº 70027138007. Comarca: Porto Alegre. Relator: Desembargador Claudir Fidélis Faccenda. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE ARTIGO 1.790, inciso III DO CÓDIGO CIVIL.

Como visto acima, está correta a decisão, no caso em tela, apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório, não havendo razão alguma para permanecerem os parentes colaterais no inventário.

É visível a discriminação sofrida pelo companheiro sobrevivente, embora a Constituição Federal tenha mencionado que haveria facilitação para a conversão da união estável em casamento, não houve o mesmo em nenhum enunciado da lei sucessória.

Permanece, ainda, divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

O E. Tribunal de Justiça Gaúcho tem a tendência de considerá-la inconstitucional, em especial por ser tradicionalmente um tribunal de vanguarda, enquanto o E. Tribunal de Justiça Paulista já decidiu, em uniformização de jurisprudência, pela constitucionalidade do art. 1.790 do CC.

Em 14 de setembro de 2011, por 17 votos a 7, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela constitucionalidade do artigo 1.790 do CC.

Dessa forma, não houve equiparação do companheiro ao cônjuge e, conseqüentemente, como herdeiro necessário, qualidade prevista para o cônjuge.

Discussão Doutrinária: O Direito Real de Habitação na União Estável

Um breve relato histórico sobre propriedade

Ensina-nos Fustel de Coulanges (2000): “o direito de propriedade, tendo-se estabelecida para a efetivação de um culto hereditário, não podia extinguir-se ao cabo da curta vida do indivíduo. O homem morre, o culto fica; o lar nunca deve apagar-se nem o túmulo ficar abandonado. Persistindo a religião doméstica, com ela continua existindo o direito de propriedade” (COULANGES, 2000).

Em outro trecho de sua obra, Fustel de Coulanges (2000) nos mostra que, tanto nas crenças quanto nas leis dos antigos, estavam profundamente ligados ao culto e a propriedade da família. Não se podia alcançar a propriedade sem culto separadamente da propriedade.

O direito real de habitação

A Lei nº 9.278/1996, que regula o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, estabelece no seu art. 7º, parágrafo único que: “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”. Já o Código Civil de 2002 foi omissivo quanto ao direito real de habitação dos companheiros.

A habitação se distingue de usufruto, pois tem mais caráter restrito que este. Não abrange a percepção dos frutos, e sim consiste em para moradia, confere o direito de habitar gratuitamente, não podendo alugar e nem ser emprestada a coisa, somente poderá ser ocupada com sua família.

Explica Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009), que o usufruto pode incidir sobre os bens certos e determinados, que não sejam de natureza residencial, diferenciando-se do direito de habitação a incidir no remanescente imóvel residencial. Nessa situação o companheiro acabaria sendo duplamente aquinhado, com benefícios hereditários maiores do que se fosse casado com o autor da herança, o que atenta sem nenhuma dúvida, a princípios igualitários não só em plano individual como na comparação entre famílias constituídas com ou sem casamento.

Sílvio Venosa (2003) defende a sobrevivência do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96 à luz do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: “somos da opinião de que é perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002”.

Alguns autores também defendem o direito real de habitação para o companheiro sendo essa a posição majoritária. Como por exemplo Maria Helena Diniz (2004) que ensina:

Além disso, urge lembrar que o companheiro sobrevivente, por força da Lei nº 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, e, analogicamente, pelo disposto nos artigos 1.831 do CC e 6º da CF, também terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família; mas pelo Código Civil tal direito só é deferido ao cônjuge sobrevivente. Diante da omissão do Código Civil (norma geral), o art. 7º, parágrafo único daquela Lei estaria vigente, no nosso entender, por ser norma especial (DINIZ, 204).

Ensina Euclides de Oliveira (2009) que as Leis n. 8.971/1994 e 9.278/1996, que regulamentavam a união estável, asseguravam ao companheiro sobrevivente, em concurso com descendentes ou ascendentes, a participação na herança, mediante o direito de usufruto em um quarto ou metade dos bens, respectivamente, e o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência à família.

O Código Civil vigente, ao estabelecer a nova forma de participação hereditária do companheiro, não prevê os direitos reais sobre a coisa alheia, compreendendo-se, assim, a extinção do usufruto viual, cuja perda é compensada pela participação concorrencial do companheiro na herança.

O atual Código não prevê o direito real de habitação do companheiro, embora tenha regulado o do cônjuge, no artigo 1.831 do CC.

Para Oliveira, tal omissão é inaceitável e sem justificativa, pois trata de benefício patrimonial de cunho social e humanitário. Discute-se a subsistência do artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, sobre o direito real de habitação do companheiro. Entende-se que, por analogia, tal direito estende-se ao convivente supérstite.

Segundo Palermo (2007), uma corrente minoritária contrária entende que a lei foi revogada e que o Código atual disciplina todos os assuntos atinentes à sucessão do companheiro, e, ao omitir o direito real de habitação, presume a vontade do legislador em eliminá-lo.

Por outro lado, conforme Palermo (2007), a corrente majoritária defende a manutenção do direito real de habitação conferido ao convivente supérstite, não só pela equiparação constitucional ao cônjuge, como também pelo entendimento de que a lei geral não revoga a especial. De modo que, subsistindo a lei especial e não havendo incompatibilidade de normas, uma vez que o Código regula outros aspectos da sucessão e não disciplina o direito de habitação do companheiro, pode-se argumentar em favor do companheiro tal direito, evitando assim, o desamparo, quando não disponha de recursos.

Algumas correntes minoritárias defendem a supremacia do casamento frente à união estável, não sendo assim possível atribuir direitos iguais a companheiros e cônjuges. Para estes autores,

então, a companheira deveria ocupar a quarta ordem de vocação hereditária, imediatamente após o cônjuge.

Porém, para alguns doutrinadores, esse direito não foi mantido, como para Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, sustentando que a Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96 foram revogadas diante da incompatibilidade com a recente Lei, o novo Código Civil: “em nosso entender, houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o artigo 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira ‘participará da sucessão do outro (...)’ nas condições seguintes: ‘Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro’” (CAHALI e HIRONAKA, 2007).

Continuam Cahali e Hironaka (2007), dizendo que: “alguns doutrinadores sustentarão que o Código Civil (por ser Lei Ordinária) não revogou a lei especial, como são as relativas a união estável (Lei nº 8.971/94 e Lei 9.278/96). E continua dizendo que esses estudiosos utilizam essa fundamentação, porém, apenas para sustentar a subsistência do direito real de habitação, e quanto ao usufruto vidual, estes silenciam” (CAHALI e HIRONAKA, 2007).

A autora Maria Berenice Dias (2008) tutela o direito real de habitação para o companheiro sobrevivente e, para ela, mesmo que exista a omissão do Código Civil, não significa que foi revogado o dispositivo que estendeu ao companheiro o mesmo direito concedido ao cônjuge: “o código civil garante ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação independente do regime de bens do casamento (artigo 1.831 do Código Civil). Porém, olvidou-se de reconhecer o mesmo benefício ao companheiro sobrevivente. O cochilo da lei, no entanto, não permite que se afaste o direito do companheiro de continuar na posse do bem que servia de residência à família” (DIAS, 2008).

A autora ainda alega dois fundamentos que autorizam a concessão do direito real de habitação ao companheiro: “dois

fundamentos autorizam a sua concessão. O primeiro é de ordem constitucional. Reconhecidos o casamento e a união estável como entidades familiares merecedoras da especial proteção do Estado, não se justifica tratamento diferenciado em sede infraconstitucional (artigo 226, § 3º da Constituição Federal). Descabe distinguir ou limitar direito quando a Constituição não o faz. Fora isso, a lei que regulou a união estável expressamente assegurou o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente (Lei 9278/1996, artigo 7º) (DIAS, 2008).

O direito real de habitação do companheiro sobrevivente e os Tribunais.

Os Tribunais Superiores conferem o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Em decisão de 29/05/2007, do TJRS, conferiu o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre essa Lei e o Código Civil em vigor. A equiparação entre união estável e casamento foi levada a efeito pela Constituição Federal. Caso em que se reconhece o direito real de habitação à companheira, considerando a verossimilhança na alegação de que ela conviveu com o de cujus por mais de 20 anos, pelo fato dela atualmente estar morando de favor e por ser o imóvel que serviu de morada ao casal o único dessa espécie a inventariar. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.” (Agravado de Instrumento Nº 70019892595, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/05/2007)

Outra decisão também conferiu o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente:

EMENTA: AÇÃO REIVINDICATÓRIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO FALECIDO. IMÓVEL QUE SERVIU DE MORADIA PARA OS CONVIVENTES. SENTENÇA QUE RECONHECE DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DECISÃO EXTRA PETITA. JUNTADA DE DOCUMENTOS NA APELAÇÃO. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. 2. Não é *extra petita* a sentença que aborda questão trazida pelas partes, focalizando as teses deduzidas, sem reconhecer o direito à meação da ré, nem deferir a reivindicatória pleiteada pela Sucessão, encontrando solução intermediária não discrepante do debate travado entre as partes. 3. Inexiste razão para alijar a recorrida do direito que lhe fora reconhecido, mesmo que possua outros imóveis, quando é certo que conviveu com o falecido naquele prédio, destinados por ambos, como sede do núcleo familiar. 4. Conforme estabelece o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96, o direito real de habitação é deferido ao companheiro sobrevivente independentemente de qualquer condição pessoal, social ou econômica, mas limitado esse exercício apenas e tão-somente enquanto durar a viuvez. 5. Constitui regra elementar de hermenêutica que, se a lei não impõe quaisquer outras restrições, não é dado ao intérprete fazê-lo. Preliminar de nulidade afastada. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70012930913, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 09/11/2005).

Percebemos, pois, que a tendência da jurisprudência, praticamente pacífica, e também da doutrina, é pelo reconhecimento do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

Ainda, nesse sentido, o Enunciado n. 117 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “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/1988”.

Nossa pesquisa nos leva à conclusão que a jurisprudência irá se pacificar em breve sobre o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, entendimento efetivamente de Justiça.

Conclusão

O atual Código Civil não fez ressalva expressa pela manutenção, ou não, das normas da Lei 9.278/96, em especial sobre o direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente. Em decorrência dessa falta de revogação expressa, existe divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a ab-rogação (revogação total) ou derrogação (revogação parcial) da referida lei.

Entretanto, independentemente se o fundamento é o da vigência da Lei nº 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, por ser Lei especial, ou de necessidade de interpretação analógica de todo o sistema do Código Civil, ainda que se defenda a revogação da lei anteriormente indicada, a conclusão que chegamos, em companhia da doutrina e jurisprudência, é pelo deferimento do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.

Destarte, evitando o desamparo do sobrevivente, levando-se em conta, também, que devem ser preservados os direitos constitucionais da isonomia, da equidade, da solidariedade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, a melhor conclusão realmente é pela manutenção do direito ao companheiro supérstite.

Bibliografia

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Vol. 6.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *apud* LEGRAMANTI, Régis Parisi. *A Inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil ante a Equiparação*

- Constitucional da União Estável ao Casamento*. Monografia de Graduação. Universidade Federal de Santa Maria Centro de Ciências Sociais e Humanas Curso de Direito, 2008.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 6: Direito das Sucessões. 18. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GARCIA, Cristiano Pereira Moraes. *O direito à herança no novo Código Civil*. Campinas: CS Edições, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 7.
- OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e Partilhas*. Direito das Sucessões. 22. ed. São Paulo: Leud, 2009.
- PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *O cônjuge e o convivente no direito das sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- VELOSO, Zeno. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. 7.