

Dissolução da união estável pela morte. O direito real de habitação do companheiro sobrevivente.

Elvis Moisés Salgasso, advogado, associado IBDFAM.

Resumo: o presente artigo tem por objetivo analisar o direito real de habitação do companheiro sobrevivente nos casos em que a união estável é dissolvida pela morte do outro parceiro. Fazem-se considerações sobre a ausência desse direito no Código Civil, que apenas o garantiu para o cônjuge. O artigo também aponta uma solução legal e sobretudo humana para a controvérsia, concluindo-se pela perfeita possibilidade do companheiro pleitear tal direito.

Palavras-chave: união estável, direito real de habitação, Lei nº. 9.278/96, Código Civil de 2.002, casais do mesmo sexo.

Com o advento do Código Civil de 2002, parcela considerável da doutrina entendeu tacitamente revogadas as Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96, as quais teriam cedido lugar às normas jurídicas trazidas à lume pelo Código Civil. Especialmente com relação à Lei 9.278/96, o direito real de habitação conferido ao companheiro supérstite nos casos de dissolução da união estável pela morte (artigo 7º, parágrafo único) não encontrou eco no novel *Codex*. Dessa maneira, questiona-se se o convivente, à luz do Código Civil, faz jus a esse direito.

Na letra fria do código certamente a resposta seria negativa, já que o mencionado diploma legal não previu o direito real de habitação para o convivente. Entretanto, numa análise mais acurada do assunto, balizando-o nas regras e princípios constitucionais estabelecidos, pode-se afirmar que o convivente faz jus ao direito real de habitação tal qual estabelecido pela Lei 9.278.

Necessário destacar que, por imposição do constituinte originário, (artigo 226, §3º) a união estável foi reconhecida como entidade familiar, vale dizer, família, merecendo, pois, a proteção do Estado brasileiro. Dentro dessa proteção podemos destacar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do domicílio e da casa dos conviventes. Calcada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, percebe-se que o constituinte originário dispensou tratamento isonômico entre todas as entidades familiares, inclusive a monoparental.

Nesse sentido, quaisquer normas que venham mitigar ou enfraquecer a união estável são flagrantemente inconstitucionais, eis que estão em rota de colisão com o texto originário da Carta Maior. Estabelecidas tais bases, passemos à questão da possibilidade de conferir direito real de habitação ao convivente.

O fato de o Código Civil ser posterior à Constituição Federal é irrelevante, já que esta é hierarquicamente superior àquele, bem como sobre toda e qualquer outra norma jurídica, seja ela anterior ou posterior à promulgação da Carta Magna. De outra banda, não ter o Código Civil regulado o direito real de habitação do companheiro não significa que tenha sido tal direito extirpado do ordenamento jurídico brasileiro. Apenas citando um exemplo, não existe menção no Código Civil ou no Código de Processo Civil sobre o chamado inventário negativo. Entretanto, a ausência de previsão dessa modalidade de inventariança não impede o seu ajuizamento, como ocorre ordinariamente na praxe forense.

Duas são as formas de revogação de uma lei. Primeiro, expressamente, por outro diploma legal que assim determina de forma categórico (normalmente faz-se uso da seguinte expressão: “revoga-se a lei...”). Segundo, tacitamente, ou porque a lei posterior regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior ou porque com ela é incompatível (é o que diz o artigo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

No caso do direito real de habitação, o Código Civil apenas o previu para o cônjuge sobrevivente, *ex vi* do seu artigo 1.831. Entretanto, não houve revogação do instituto na Lei 9.278/96, ao menos expressamente isso não ocorreu. Resta saber se houve revogação tácita.

Também não aconteceu.

A união estável, tal qual regulada pelo Código Civil, no Livro IV do Direito de Família, de nenhum modo é incompatível com a Lei 9.278/96, pelo contrário, apenas a complementa, tratando do assunto em quatro artigos (1723/1727), não trazendo modificações significativas sobre o tema (o que poderia ter feito). A Lei 9.278/96, por sua própria natureza, é mais específica ou especial, pois regula o §3º do artigo 226 da Constituição Federal. Por esse motivo, no terreno das sucessões, o novo Código Civil não regulou a matéria de forma extensa, ao contrário, dispensou apenas um artigo – 1.790 – (muito criticado por sinal).

Portanto, percebe-se que as disposições da Lei 9.278 permanecem em vigor, já que não houve qualquer revogação, seja expressa, seja tácita. Ainda que se possa admitir a ab-rogação tácita da Lei 9.278, restaria, ainda assim, assegurado ao companheiro a possibilidade de pleitear o direito real de habitação analogicamente ao que acontece com cônjuge. Por fim, o direito real de habitação do companheiro supérstite encontra respaldo nos já citados princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, na medida em que o convivente poderia se ver desprovido de uma habitação ou moradia quando concorresse na sucessão com filhos ou parentes apenas do *de cuius*.

Além disso, com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável entre casais do mesmo sexo, a questão toma contornos mais sensíveis. Dissolvida a união pela

morte, o outro companheiro, em muitos casos, concorrerá (isso quando concorrer) com herdeiros que serão parentes apenas do falecido e não comuns. Seria um paradoxo lúgubre, portanto, o Estado tutelar os companheiros e sua união em vida (incluído aí as garantias do direito à propriedade) e deixar um deles à privação, sem qualquer proteção, justamente no momento mais frágil, doloroso e tormentoso que é o da morte do seu querido parceiro, com quem talvez tenha passado décadas de convivência e auxílio mútuo.

Outra contradição se observa, caso não se reconheça o direito real de habitação para o convivente sobrevivente, diante da recente modificação realizada pela Lei 12.195/2010, que incluiu o companheiro, ao lado do cônjuge, a figurar, preferencialmente, como inventariante (artigo 990, inciso I, do CPC). Ora, poderia se chegar ao seguinte caso absurdo: o companheiro é nomeado inventariante, representa o espólio, administra todos os bens deste e ao final do inventário é “premiado” com sua saída de mãos abanando, sem qualquer bem atribuído ou direito assegurado. Não faria sentido isso. Se a lei atribuiu essa responsabilidade, esse *munus* público, forçosamente tem que se admitir que erigiu o companheiro, pelo mesmo no que tange em direitos sucessórios, à mesma categoria do cônjuge, com iguais deveres e direitos cometidos a este último (dentre os quais está o direito de habitação).

Nos ensina Carlos Roberto Gonçalves, citando Euclides de Oliveira: “o não reconhecimento do direito de habitação ao companheiro sobrevivente tem sido alvo de críticas, por sujeitá-lo a uma eventual desocupação compulsória do imóvel onde vivia com o finado parceiro, na hipótese de não ter este adquirido bens durante a convivência, ou de tê-lo adquirido só a título gratuito. Nesses casos carece o companheiro do direito à meação e tampouco concorre na herança, que poderá ser atribuída a herdeiros que nem sempre aceitarão repartir com ele o uso do imóvel residencial”.

É o pensamento que comungamos e cremos ser o correto, sobretudo quando colocamos o assunto sob a atual ótica constitucional do direito de família e sucessões.

Referência Bibliográfica

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7, 189 p.