



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

ANA LIGIA OLIVEIRA PINHEIRO

**USUCAPIÃO DE BEM DE HERANÇA ENTRE HERDEIROS SOB UMA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA**

FORTALEZA
2021

ANA LIGIA OLIVEIRA PINHEIRO

USUCAPIÃO DE BEM DE HERANÇA ENTRE HERDEIROS SOB UMA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONALISTA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Vital da Rocha

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- P718u Pinheiro, Ana Ligia Oliveira.
Usucapião de bem de herança entre herdeiros sob uma perspectiva constitucionalista / Ana Ligia Oliveira Pinheiro. – 2021.
56 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Profa. Dra. Maria Vital da Rocha.
1. Usucapião. 2. Herdeiro. 3. Direito à herança. I. Título.

CDD 340

ANA LIGIA OLIVEIRA PINHEIRO

USUCAPIÃO DE BEM DE HERANÇA ENTRE HERDEIROS SOB UMA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONALISTA

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharela em Direito.

Aprovada em: 02/09/2021.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Maria Vital da Rocha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Ma. Eliza Cristina Gonçalves Dias
Universidade 7 de Setembro (Uni7)

Larissa de Alencar Pinheiro Macedo (Mestranda)
Universidade Federal do Ceará

A Deus.

“Porque dele, e por ele, e para ele são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém!”

Romanos 11:36 (ARC)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jesus Cristo pela graça não merecida da salvação eterna, pelo consolo, pelo jugo suave e, sobretudo, por ser o que é.

Sou grata também ao meu pai Antonio Haroldo (*in memoriam*), que em tudo me incentivava e que, apesar das dificuldades da vida, soube mostrar alegria e esperança; à minha mãe Regina, que me apoia constantemente e, por ter um quê de Poliana, está sempre tentando me ensinar a jogar o jogo do contente; aos meus irmãos Haroldo Filho e Guilherme, que têm me ajudado com as ansiedades acadêmicas; à minha tia Simone, que financiou meus estudos desde a antiga alfabetização. Sem tudo isso, eu não teria chegado até aqui.

A todos os professores que eu tive, principalmente a Profa. Newmar Matos, que me introduziu ao mundo das letras e me incentivou me doando um livro que me faltava. Aos professores da Faculdade de Direito, em especial ao Prof. Lino, cuja disciplina de Direito Penal fui monitora, à Profa. Maria Vital, que me orientou neste trabalho e me emprestou livros de grande valia e à Profa. Eliza e mestrandas Larissa, por se disponibilizarem para compor a banca.

Aos meus amigos de faculdade, especialmente Manu, Amélia, Vitória, Inácio, Isabelle, Ana Paula e André, por deixarem o ambiente acadêmico mais leve.

Ao CEDIC e principalmente ao Curso Pré- Vestibular Paulo Freire, que me proporcionou ótimas experiências de ensino e aprendizado com os alunos.

Ao Dr. Antônio Carlos, à Dra. Nilce Cunha e à Dra. Ann Celly, pelas oportunidades de estágio, bem como a todos os seus servidores, assessores e aos estagiários Vivi, Karol, Thiago, Erik, Luiza, Jonas e Emerson, que estiveram comigo durante esse tempo.

RESUMO

Esse trabalho objetiva contribuir para a discussão acerca da possibilidade de usucapião de bem de herança entre herdeiros tendo como enfoque uma ótica constitucionalista do Direito das Sucessões. Nesse sentido, será feita uma pesquisa bibliográfica qualitativa de abordagem exploratória tendo como base uma análise dogmática dos direitos fundamentais para uma compreensão sobre a relação entre o direito à herança e o direito à propriedade, bem como sobre a repercussão da função social da propriedade sobre esses direitos. Posteriormente, será realizada uma abordagem sobre a posse e a usucapião, tendo em vista a origem e o atual tratamento desses institutos na doutrina brasileira para que se possa versar sobre a possibilidade de o herdeiro pleitear ação de usucapião contra os demais antes da partilha. Assim, será observado que a doutrina e a jurisprudência tendem a admiti-la por meio de uma comparação com a usucapião de condomínio. Contudo, em uma análise mais acurada, será constatado que é necessária uma releitura constitucional sobre esses institutos para uma melhor discussão sobre a temática.

Palavras-chave: usucapião; herdeiro; direito à herança.

ABSTRACT

This work aims to contribute to the discussion about the possibility of adverse possession of inherited good claim between heirs with focus on a constitutionalist view of the Law of Succession. In this sense, it will be done a qualitative and bibliographic research with an exploratory approach based on a dogmatic analysis of fundamental rights in order to understand the relation between right to inheritance and right to property, as well as the repercussion of social function of property on these rights. Afterwards, will be done an approach about possession and adverse possession, in view of the origin and the current handling of these institutes in Brazilian doctrine to address about the possibility of adverse possession claim between heirs before probate. Thereby, it will be observed that doctrine and jurisprudence tend to accept it by means of a comparison to adverse possession claim in condominium. However, in a more accurate analysis, it will be verified that a constitutional approach about these institutes is necessary to a better discussion about this topic.

Keywords: adverse possession; heir; right to inheritance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CF	Constituição Federal
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À HERANÇA	10
2.1	Normas de direitos fundamentais	10
2.2	Restrição aos direitos fundamentais e conteúdo essencial	13
2.3	Direito à herança	17
2.4	Direito à propriedade e função social da propriedade.....	21
2.5	Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	23
3	USUCAPIÃO	25
3.1	Conceito e prescrição aquisitiva.....	25
3.2	Posse.....	27
3.2.1	<i>Teorias da posse</i>	28
3.2.2	<i>Posse ad usucapionem</i>	30
3.2.3	<i>Desdobramento da posse</i>	32
3.2.4	<i>Composse</i>	33
3.3.	Usucapião extraordinária	35
4	USUCAPIÃO DE BEM DE HERANÇA ENTRE HERDEIROS SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA	37
4.1	Princípio de saisine	37
4.1.1	<i>Paralelo entre a posse do herdeiro e a posse como exercício de fato</i>	37
4.1.2	<i>Aceitação e efeitos</i>	40
4.2	Usucapião de bem de herança entre herdeiros	42
4.2.1	<i>Composse: repercussões da posse direta e indireta</i>	42
4.2.2	<i>Coerdeiros e condomínio</i>	45
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Há o entendimento por grande parte da literatura e da jurisprudência de que não é possível a usucapião de imóvel de herança em virtude da adoção do princípio de *saisine* no Código Civil brasileiro, que determina que a herança se transmite automaticamente aos herdeiros com a morte do *de cuius*. O espólio, portanto, é indivisível e universal, regulando-se pelas normas do condomínio até a partilha, conforme previsto no 1.971 do CC.

Contudo, é possível encontrar controvérsias acerca desse assunto em precedentes do STJ que entendem que é possível a usucapião pleiteada por herdeiro antes da partilha caso haja a posse exclusiva com *animus domini* e o cumprimento dos requisitos para a usucapião extraordinária.

À vista dessas discussões, pretende-se analisar a possibilidade de usucapião de imóvel de herança por herdeiro antes da partilha sob o enfoque principiológico da Constituição Federal, sendo necessária, para tanto, uma revisão de literatura sobre os direitos fundamentais. Assim, será realizada uma pesquisa bibliográfica qualitativa e exploratória, na qual não se levará em consideração o pleito realizado por terceiros, nem tampouco os motivos que podem levar o coerdeiro querer usucapir o bem de herança.

Considerando que o tema envolve o direito à herança, será investigado se a função social da propriedade pode ser uma restrição cabível nesse caso, já que a usucapião é um instituto que está atrelado à funcionalização da propriedade. Para isso, será necessário compreender sobre restrições aos direitos fundamentais e sobre os direitos à herança e à propriedade tendo como premissa nesse trabalho a teoria de Robert Alexy. Posteriormente, será abordado sobre os institutos da usucapião e da posse para que o tema em si possa ser examinado com base no Direito Civil, o qual não será por si só suficiente, visto que em uma perspectiva constitucionalista se faz presente uma releitura desses institutos.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À HERANÇA

Uma análise dos direitos fundamentais com base na dogmática jurídica, de acordo com Robert Alexy, deve ser realizada com base nas dimensões analítica, empírica e normativa, de modo a abranger os conceitos essenciais do ordenamento jurídico, aspectos estruturais do sistema de fundamentação, o conhecimento das normas vigentes e sua aplicação, a observação da prática jurisprudencial e análise crítica da aplicação do direito com a pretensão de definir qual a melhor solução para a questão, dentre outros aspectos.¹

Nesse sentido, os direitos fundamentais serão abordados neste trabalho tendo como suporte a teoria dogmática de Alexy, visto que a matéria é bastante ampla e não poderia ser tratada com a devida profundidade. Como será visto, a adoção dessa premissa teórica repercutirá nas demais teorias que serão assumidas acerca de restrições, conteúdo essencial e, conseqüentemente, sobre o próprio direito à herança e a sua relação com o direito à propriedade. Isso é importante para o tema da monografia tendo em vista que a usucapião está atrelada à questão patrimonial e o direito à herança também é essencial para a discussão.

2.1 Normas de direitos fundamentais

Robert Alexy entende que os conceitos de direitos fundamentais e de normas de direitos fundamentais possuem estreita conexão. Contudo, ressalta que a noção de normas de direitos fundamentais é mais abrangente, pois é possível que haja no catálogo normas de direito fundamental que não sejam direitos fundamentais, porquanto nem todas essas normas consagram direitos subjetivos.² Para ele, “[...] são normas de direito fundamental somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição alemã (disposições de direitos fundamentais).”³

O conceito de Alexy ainda tem influência na doutrina brasileira acerca dos direitos fundamentais, não apenas pela sua distinção entre regras e princípios, que será posteriormente mencionada, mas também porque a Constituição Federal optou por positivar os direitos fundamentais.

Robert Alexy afirma que as normas se distinguem qualitativamente entre regras e princípios. Os princípios são “mandamentos de otimização”, que devem ser “[...] realizados

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32-38.

² Ibidem, p. 50-51.

³ Ibidem, p. 69.

na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. O que determina o grau em que o princípio será satisfeito será a relação de precedência que ele tem em relação a outro em cada condição.⁴

Desse modo, Alexy entende os princípios são razões *prima facie*, isto é, eles apenas têm a extensão do seu conteúdo definida quando há o estabelecimento da precedência de um em relação a outro no caso concreto. Portanto, eles não são definitivos.⁵

As regras, por sua vez, de acordo com Alexy, são razões definitivas que devem ser aplicadas em conformidade com a sua previsão sem qualquer variação de grau. Por isso, as regras já possuem a extensão do seu conteúdo definida. Assim, quando há o conflito entre regras, há duas formas de resolvê-lo: por meio de uma cláusula de exceção ou declarando uma regra inválida.⁶

Alexy ressalta que esses recursos não podem ser utilizados quando há colisão entre princípios. Nesse caso, deve haver o sopesamento, que de acordo como mesmo autor, deve considerar as possibilidades fáticas (adequação e necessidade) e a possibilidade jurídica (proporcionalidade em sentido estrito).⁷

Essas sub-regras, conforme salienta Virgílio Afonso da Silva, devem seguir esta ordem de forma subsidiária: 1) adequação; 2) necessidade e; 3) proporcionalidade em sentido estrito. Isto é, apenas será aplicada a regra da necessidade se a adequação não for suficiente para a solução da colisão entre princípios e assim por diante, de modo que a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito nem sempre serão necessárias.⁸

Para que em um caso de colisão entre princípios seja possível determinar qual a é o melhor meio a ser adotado, primeiro é necessário avaliar se ele é adequado. Isso implica dizer que uma medida que não potencializa um princípio, mas que prejudica outro não deve ser adotada, pois visto de uma forma conjunta, os dois princípios obstam sua aplicação. À vista disso, a adequação é utilizada como critério negativo, porquanto obsta a adoção de medidas consideradas inadequadas.⁹

A máxima da necessidade, na teoria de Alexy, é um critério utilizado após o exame da adequação. Assim, diante das medidas adequadas ao caso, serão considerados

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵ Ibidem, p. 103-108.

⁶ Ibidem, p. 92-108.

⁷ Ibidem, p. 117-118.

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 mai 2021, p. 34.

⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 588-590.

necessários os meios que provoquem uma menor interferência aos princípios e, conseqüentemente, um maior grau de otimização. Portanto, em havendo em uma colisão de princípios, por exemplo, duas medidas adequadas, a que será julgada necessária será a que menos prejudicar um princípio em detrimento de outro.¹⁰

A proporcionalidade em sentido estrito segue a “lei de colisão” expressa da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”¹¹ Isso decorre da qualificação dos princípios feita por Alexy como “mandamentos de otimização”, pois eles devem ser satisfeitos com o maior grau possível. Assim sendo, em uma colisão, na medida em que um princípio é restringido, o outro deve ser potencializado.¹²

Virgílio Afonso da Silva aborda sobre a possibilidade de colisão entre regras e princípios, que é uma situação na qual Robert Alexy não se atém com profundidade. Nesse caso, não seria possível haver um sopesamento entre o princípio e a regra porque as regras não têm dimensão de peso. Da mesma forma, não daria para resolver o conflito no plano da validade, tendo em vista que os princípios não podem ser considerados inválidos. Desse modo, o autor defende que a solução ocorre por meio de um sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio que respalda a regra.¹³

Virgílio Afonso da Silva ressalta, porém, que esse recurso pode gerar insegurança jurídica caso haja sua aplicação de forma desordenada e injustificada pelo operador do direito, que no caso concreto pode agir *contra legem* sempre que achar que há uma colisão na qual o princípio é considerado precedente em relação ao princípio que embasa a regra. Por isso, ele afirma que, na verdade, esse sopesamento é realizado pelo legislador, tendo como resultado a regra de direito ordinário, de modo que não se trata de uma colisão propriamente dita, mas de uma restrição.¹⁴

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 590-591.

¹¹ *Ibidem*, p. 167.

¹² *Ibidem*, p. 593-595.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51-52.

¹⁴ *Ibidem*, p. 52.

2.2 Restrição aos direitos fundamentais e conteúdo essencial

José Afonso da Silva, ao catalogar as características principais dos direitos fundamentais, entende que ainda prevalecem as concepções pautadas no jusnaturalismo de irrenunciabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Em relação à irrenunciabilidade, entende que há a possibilidade de não exercício do direito no caso concreto pelo particular, mas não a sua renúncia.¹⁵

Há autores, como Gilmar Mendes, Inocêncio Branco e Paulo Gonet que discordam dessa caracterização dos direitos fundamentais como absolutos no sentido de não permitirem restrição.¹⁶ Nesse sentido, Jane Reis Gonçalves Pereira assevera que, do ponto de vista jurídico-positivo, a restrição dos direitos fundamentais ocorre de forma instintiva, pois são universais e contêm uma amplitude de direitos consagrados de forma sistemática, de modo que naturalmente ocorrem conflitos entre os direitos. Para ela, esses dois fatores conjugados tornam necessária uma harmonização, que só pode ocorrer por meio de restrições.¹⁷

Vieira de Andrade afirma que, em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais nunca foram absolutos nem tampouco ilimitados porque mesmo do ponto de vista liberal-individualista havia a limitação decorrente da necessidade de que o interesse de um indivíduo não se sobrepusesse ao de outra pessoa.¹⁸

Essa análise, por se referir ao núcleo essencial, se adequa ao disposto no artigo 18º/2 e 3 da Constituição de Portugal de 1976, que estabelece os limites formais às restrições dos direitos fundamentais, além de constar previsão sobre o chamado “conteúdo essencial dos direitos fundamentais”.¹⁹ Embora no Brasil a Constituição de 1988 não faça qualquer menção expressão conteúdo essencial, a doutrina pátria costuma mencioná-lo por ser tido como basilar

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273-275.

¹⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133.

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 263.

¹⁹ “Art. 18 [...] 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

na teoria de restrições e ser uma discussão de direito comparado cabível no contexto brasileiro²⁰

Para que se possa compreender o conteúdo essencial, pressupõe-se um conhecimento sobre o suporte fático e âmbito de proteção dos direitos fundamentais. De acordo com Robert Alexy, esses termos não se confundem, pois embora ambos se refiram às garantias *prima facie* dos direitos, enquanto o âmbito de proteção é o bem jurídico protegido pelo direito fundamental, o suporte fático é o bem protegido acrescido à intervenção.²¹ Isso significa que, tomando o exemplo de Virgílio Afonso da Silva, em relação à norma “todos são iguais perante a lei”, a igualdade é apenas o bem jurídico protegido, ou seja, seu âmbito de proteção. Para que se possa determinar seu suporte fático, acrescenta-se ao âmbito de proteção a intervenção, que é a ação que gera a consequência jurídica.²²

O suporte fático pode ser considerado restrito ou amplo. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático restrito parte da ideia de que o âmbito de proteção de um direito fundamental apenas engloba situações específicas que podem ser compreendidas por meio de uma interpretação histórico sistemática, de delimitação do âmbito da norma ou da fixação de liberdades básicas. Desta forma, a exclusão da tutela de determinadas circunstâncias gera a dispensabilidade de utilização do sopesamento, por se tratar de um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais.²³

O suporte fático amplo, por sua vez, de acordo com o mesmo autor, preceitua que a proteção *prima facie* de um direito é mais abrangente que a proteção efetiva, porquanto esta é restringida quando ocorre a colisão entre direitos e apenas tem o seu conteúdo definido após o sopesamento. Segundo essa teoria, o suporte fático contempla uma maior diversidade de situações que seriam de pronto rejeitadas caso fosse restrito. Tendo em vista essa maior abrangência, a determinação dessas ações se dá a partir do “âmbito temático” do direito fundamental a que se refere.²⁴

Para Robert Alexy, o suporte fático amplo é mais adequado, pois ele soluciona diversas questões nas quais não se sabe se a situação se enquadra ou não na proteção do

²⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 402-404; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349-355.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302-305.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 71.

²³ *Ibidem*, p. 79-83.

²⁴ *Ibidem*, p. 109.

direito fundamental. Essa teoria considera que todo direito tem uma proteção potencial, que pode ser assim qualificada apenas por ser relevante, e uma proteção real, que apenas pode ser determinada após a aplicação da regra da proporcionalidade. Em que pese as críticas sobre o aumento de colisões entre os direitos, ele afirma que isso também se sucede com o suporte fático restrito, pois em todos esses casos são de valorações.²⁵

Desse modo, J.J. Gomes Canotilho assevera que há o âmbito de proteção, que diz respeito ao bem jurídico protegido; e o âmbito de garantia efetiva, que apenas é determinado após o sopesamento e abarca um plano no qual não se poderá intervir, pois, caso o contrário, será uma ilicitude.²⁶

As teorias sobre restrições são duas: a teoria interna e a externa. Para a teoria interna, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, os direitos já têm dentro de si seus limites definidos, chamados de imanentes, não sendo necessário para isso o sopesamento. Assim, o referido autor defende que por esse ponto de vista, os direitos fundamentais teriam a natureza de regras, apenas, e não de princípios, pois eles seriam aplicados de forma definitiva.²⁷

Vieira de Andrade, que defende a teoria interna, afirma que os limites imanentes dos direitos fundamentais podem estar expressos na constituição ou podem ser implícitos. Nesse último caso, é necessária a investigação dos valores protegidos, o que não é uma tarefa simples. Para explicar como isso ocorre, ele fornece exemplos como a tentativa de “invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado contra a vontade do legítimo proprietário”, que para ele é apenas uma hipótese de colisão aparente entre princípios, pois o direito à reunião sequer protege essa situação.²⁸

A teoria externa, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, em uma análise do ponto de vista da teoria dos princípios, pressupõe que os limites dos direitos fundamentais só sejam definidos após o sopesamento, considerando a sua natureza *prima facie*. Portanto, ao contrário do que se entende na teoria interna, as restrições aos direitos não estão incluídas neles mesmos, mas são realizadas por fora.²⁹ À vista disso, essa teoria se mostra mais

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 328-330.

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 199-200

²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128-129.

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 272-274.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138-140.

apropriada a um estudo sobre restrições tendo como base a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

A discussão sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é mais prolífica em Portugal e na Alemanha, conforme já mencionado, devido às previsões expressas nas suas constituições.³⁰ No Brasil, esse tema entra em debate, dentre outros motivos, devido ao dispositivo do art. 60, §4º da CF, que estabelece as cláusulas pétreas.

Essa influência das cláusulas pétreas para a definição do conteúdo essencial no Brasil pode ser notada com alguns exemplos da jurisprudência do STF em ADIs com o entendimento de que os direitos fundamentais, por não poderem ser objetos de reforma tendente a sua abolição, conforme disposto na Constituição, contêm um núcleo essencial “imprescritível, irrenunciável e indisponível”.³¹

De acordo com Gilmar Mendes, além de haver essas cláusulas, que impõem uma limitação aos limites estabelecidos pelo legislador, é possível depreender por meio do “modelo garantístico” da constituição que o núcleo essencial deve ser observado, pois caso contrário, não haveria como assegurar as proteções estabelecidas pelos direitos fundamentais.³²

Para que se possa definir esse conteúdo ou núcleo essencial de um direito fundamental, tem que se levar em conta que há diferentes teorias sobre a sua dimensão e extensão que afetam diretamente a sua delimitação.

J.J. Gomes Canotilho distingue as dimensões objetiva e subjetiva, sendo esta mais particular, relacionada à proteção dos direitos ao indivíduo em si; e aquela geral, relacionada à sociedade. Desse modo, compreendendo o bem jurídico por uma perspectiva subjetiva, tem-se que não é possível uma interferência capaz de invalidar a sua tutela ao sujeito no caso concreto por completo. Por outro lado, a dimensão objetiva preceitua uma proteção apenas no ponto de vista social. Para ele, não se pode aplicar apenas uma das teorias, pois um radicalismo para qualquer dos lados resultaria em uma irrealidade.³³

Em relação à restringibilidade, há a teoria absoluta e a relativa. Para Virgílio Afonso da Silva, a teoria absoluta preceitua que não é possível a contenção do conteúdo essencial, o que não significa, todavia, que ele seja invariável. Assim, é possível reconhecer

³⁰ Art. 19, II, Lei Fundamental Alemã: “em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência.”

³¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.096 Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, DF, 13 out. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 out. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754482392>. Acesso em: 10 jun. 2021.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 619.

sua mutabilidade de acordo com as diferentes circunstâncias. Acrescenta, ainda, que essa teoria se subdivide em: conteúdo essencial absoluto-dinâmico e conteúdo essencial absoluto-estático. Sob o ponto de vista dinâmico, apesar de não ser possível a sua limitação admite-se a sua mudança com o decorrer do tempo, ao passo que na teoria absoluta-estática, não se admite essa mutabilidade nem tampouco a contenção.³⁴

Como um defensor da teoria absoluta, Vieira de Andrade aduz que o núcleo essencial tem como limite a dignidade da pessoa humana, porquanto os direitos fundamentais se baseiam nela, que garante uma “unidade material”,³⁵ que como já foi mencionado em outras ocasiões, permite um critério para que se possa entender quais direitos fora do catálogo podem ser tidos como fundamentais.

É possível notar que não é raro um caso em que o STF adota um juízo semelhante, afirmando que o estabelecimento constitucional das cláusulas pétreas tem como principal finalidade o resguardo da dignidade humana. Assim, a tendência a abolir um direito, que se trata do seu núcleo essencial, consiste em uma ofensa a esse princípio.³⁶

No tocante à teoria relativa, Virgílio Afonso da Silva afirma que as restrições ao núcleo essencial são legítimas em qualquer grau, contanto que sejam justificáveis pela aplicação da máxima da proporcionalidade, mesmo que haja uma anulação de um direito em detrimento de outro após o sopesamento.³⁷ Essa teoria será aqui adotada por ser a que mais se adequa ao entendimento de direitos fundamentais *prima facie*, que devem ser aplicados como mandamentos de otimização e que, portanto, podem sofrer restrições de qualquer ordem contanto que constitucionalmente justificáveis e em obediência ao primado da regra da proporcionalidade em sentido amplo.

2.3 Direito à herança

O direito à herança encontra-se previsto no catálogo dos direitos fundamentais no art. 5º, XXX da CF. Apesar disso, ainda não se encontra na literatura muitos aprofundamentos sobre o seu âmbito de proteção, que ainda tem sido uma investigação “recente”.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 187-191.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 284-285.

³⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5935 Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, DF, 22 mai. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834387>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196-199.

De acordo com Felipe Lima Gomes, o âmbito de proteção do direito à herança não tem sido bem definido pela doutrina devido à confusão que é feita com o direito à propriedade, afirmando que isso pode ter se dado pela inclusão inédita desse direito na Constituição, bem como em virtude da ausência de uma maior abordagem pela literatura sobre os direitos fundamentais atrelados ao direito privado.³⁸

Nesse sentido, é possível notar que, na doutrina civilística que trata sobre sucessões, costuma-se definir herança como o patrimônio do falecido, integrando nessa definição não apenas os bens, mas também suas obrigações.³⁹ Essa correlação é feita, principalmente, devido ao entendimento de que a herança é necessária para assegurar a propriedade. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro: “propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular não é propriedade, mas mero usufruto”.⁴⁰

Orlando Gomes afirma que há diferenciação entre acervo hereditário e herança, porquanto o acervo hereditário integra a totalidade dos bens do *de cuius*. A herança, contudo, por ser o patrimônio, pode compor-se, inclusive, apenas de dívidas, as quais podem ser tudo o que o finado tenha deixado.⁴¹

Silvio de Salvo Venosa limita o patrimônio transmissível por herança, que para ele são apenas os bens materiais e imateriais. Ou seja, as obrigações pessoais não são deixadas pelo *de cuius* aos seus herdeiros por serem personalíssimos. Gustavo Tepedino, no entanto, salienta que, apesar de considerar que as definições de patrimonialidade e extrapatrimonialidade não são rígidas, é possível se dizer que há transmissão estritamente extrapatrimonial por herança, como nos casos dos arts. 1.609, III e 1.634, VI do CC.⁴²

Gustavo Tepedino aduz que o direito à herança é consequência dos direitos de propriedade e família, tendo em vista que a sucessão visa a transmissão do patrimônio do *de*

³⁸ GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização (Brasil)**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/23812>. Acesso em: 26 jun. 2021. p. 74.

³⁹ Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. VI**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 2.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros atual. FRANÇA, Ana Cristina de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil, Vol 6**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/581953>. Acesso em: 27 jun. 2021. n.p.

⁴¹ GOMES, Orlando. **Sucessões** 15. ed. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 7.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 7**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992484/>. Acesso em: 01 jul. 2021, p. 13.

cujus, que terá no direito de família a determinação dos critérios de vocação hereditária, que tende a partir dos familiares mais próximos para os mais distantes.⁴³

Paulo Lôbo afirma que o direito à herança não diz respeito à sucessão, mas ao direito dos herdeiros, que para ele abrange constitucionalmente apenas os legítimos, tendo em vista a finalidade social de proteção da família. Assim, para ele, o direito dos herdeiros deve ser priorizado em relação à vontade do *de cuius*.⁴⁴

O direito à herança, desse modo, costuma ser abordado sob uma perspectiva patrimonial. Entre os constitucionalistas, José Afonso da Silva sequer trata sobre o direito à herança; apenas há uma breve referência à sua intervenção no direito à propriedade.⁴⁵ Gilmar Mendes, Inocêncio Branco e Paulo Gonet, por sua vez, também o enquadram no direito à propriedade e asseveram que o seu âmbito de proteção abrange a liberdade do legislador ordinário de tratar sobre a matéria, atribuindo-o a qualidade de garantia institucional.⁴⁶

Para Felipe Lima Gomes, esse entendimento de que o direito à herança é apenas uma garantia do instituto gera complicações porque, dentro outros motivos, além de implicar seu reconhecimento apenas como direito de defesa, também torna o referido direito dependente de uma delimitação de seu conteúdo por meio de concepções formuladas pela legislação infraconstitucional. Desta forma, em uma comparação com os demais direitos fundamentais, o direito à herança, apesar de não ser bem definido quanto ao seu conteúdo, não pode ser posto à parte.⁴⁷

Acerca das garantias institucionais, Paulo Bonavides afirma que elas têm, dentre as suas finalidades, a de resguardar a essência de um instituto que, por ser considerado relevante para aquele determinado sistema jurídico, deve ser impedida a sua aniquilação.⁴⁸ Assim, o autor apresenta um conceito de garantia institucional que pode ser abrangido pela garantia constitucional, formando uma concepção mais abrangente e unificada. Para ele, “[...] a *garantia constitucional* é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 7**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992484. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992484/>. Acesso em: 01 jul. 2021, p. 3-5.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões: volume 6**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593686/>. Acesso em: 01 jul. 2021, p. 19

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 272.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 475-476.

⁴⁷ GOMES, Felipe Lima, op. cit., p. 87.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 558.

fundamentais, ao passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.”⁴⁹

Assim, Felipe Lima Gomes defende uma distinção entre o direito à herança e à propriedade, o que possibilita o desenvolvimento de uma interpretação não reducionista, que dê a esses direitos um tratamento diverso com o reconhecimento de que não possuem o mesmo âmbito de proteção e que, além disso, ainda se considere a potencialidade de restrição entre si. Contudo, ressalta que isso não resulta em uma total disparidade entre esses direitos, porquanto possuem certos pontos de convergência.⁵⁰

O âmbito do direito à herança, conforme assevera Felipe Lima Gomes, “[...] será composto por qualquer situação, fato ou estado jurídico ligado, em qualquer nível, à possibilidade de aquisição do patrimônio sucessível de uma pessoa, que deixa de existir.”⁵¹ Ou seja, mesmo considerando o direito à herança como um direito autônomo em relação ao direito à propriedade, o autor também faz uma correlação entre esses direitos.

A noção de independência do direito à herança em relação ao direito de propriedade, com a possibilidade de colisão entre esses direitos e mútua restrição, mostra-se em concordância com a constitucionalização do direito privado na qual, que de acordo com Pietro Perlingieri, há uma unificação do sentido dos valores constitucionais em relação a todo o ordenamento jurídico devido à centralização da Constituição. Desse modo, deixa-se de se interpretar esses valores com base em perspectivas patrimonialistas oriundas do direito privado.⁵² Por esse motivo esse será o entendimento adotado nesse trabalho.

O direito das sucessões, historicamente, não surgiu com viés patrimonialista. De acordo com Silvio de Salvo Venosa, a sucessão *causa mortis* no direito romano provinha da necessidade de continuação do culto familiar, motivo pelo qual o patrimônio era transmitido, mas essa não era a causa principal. No direito moderno, contudo, passou-se a dar uma maior importância ao aspecto patrimonial.⁵³ Isso não significa, portanto, que essa visão baseada no patrimônio precise perdurar ainda que diante de um contexto de constitucionalização do direito privado.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.554.

⁵⁰ GOMES, Felipe Lima, op. cit., p. 92-93.

⁵¹ Ibidem, p. 90-91.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 592.

⁵³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 2-4.

2.4 Direito à propriedade e função social da propriedade

O conteúdo do direito à propriedade sofreu diversas modificações a depender do período histórico. No direito romano, conforme assevera Agerson Tabosa, não havia uma definição de propriedade, que foi elaborada apenas depois pelos glosadores com base em conceitos dados pelos jurisconsultos a outros institutos, como o de usufruto e dos direitos do possuidor de boa-fé, resultando no direito do proprietário de “usar, gozar e dispor da coisa, enquanto permitir a razão do direito”. Ressalta, ainda, que esse direito podia ser restringido para a garantia da função social da propriedade.⁵⁴

Gustavo Tepedino afirma que houve com a Constituição de 1988 uma mudança da metodologia do direito civil, que passou a ser menos “despatrimonializado” em relação aos códigos do século XIX. Assim, para o autor, o proprietário não é mais aquele que é titular de um direito de propriedade pleno que pode ser restringido externamente, pois é na própria relação jurídica da propriedade que se definirá os seus limites com base em questões sociais, que podem variar de acordo com o ordenamento jurídico. Defende, também, que a função social faz parte do próprio âmbito de proteção do direito à propriedade, porquanto para ele, é capaz de modificar a essência da propriedade, a qual, caso não cumpra a sua função social, não será sequer protegida.⁵⁵

Francisco Eduardo Loureiro, na mesma linha, defende que a função social é intrínseca ao direito de propriedade, afirmando que não é possível atribuí-la a natureza de restrição (que é externa), porquanto a função social pode ser um fundamento para a ampliação da propriedade, citando casos como o incentivo a pequenas e médias empresas, a isenção de tributos a patrimônios históricos, dentre outros.⁵⁶

Esse posicionamento tem como base o entendimento de que a função social da propriedade atua como um limite imanente do direito de propriedade, razão pela qual haveria um âmbito de proteção restrito. Considerando a teoria de Alexy que até agora foi adotada nesse trabalho, que define os princípios como “mandamentos de otimização” *prima facie*, que devem ser aplicados com o maior grau possível, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser amplo e a restrição externa. Portanto, por uma questão de premissa teórica não se pode assumir essa corrente doutrinária.

⁵⁴ TABOSA, Agerson. **Direito romano**. 3.ed. Fortaleza: FA7, 2007. p. 227-228.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 313-319.

⁵⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127.

Assim, conforme aduz Felipe Lima Gomes, a adoção do entendimento de que o direito à propriedade com suporte fático amplo restringível externamente pela função social confere uma maior tutela desse direito, pois a sua aplicação será como norma *prima facie*. Ademais, com a utilização do sopesamento como meio de resolução do conflito é possível uma melhor compreensão da argumentação jurídica. Não haverá, ainda, empecilho à exigência de deveres de proteção ao proprietário, tendo em vista que são o resultado de conflitos com outros direitos fundamentais protegidos.⁵⁷

Discutir sobre a função social da propriedade demonstra sua importância nesse trabalho na medida em que há muitos autores que defendem a sua aplicação no Direito das Sucessões. Nesse sentido, Paulo Lôbo parte da concepção de vinculação existente entre a propriedade e a herança para afirmar que no direito das sucessões também se deve cumprir a função social da propriedade.⁵⁸

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao tratar sobre a função social da propriedade como um dos princípios que devem ser considerados no Direito das Sucessões, afirmam que há um certo “paradoxo” nisso, porque, ao mesmo tempo em que a função social justifica que haja transferência da herança para que o patrimônio permaneça, é possível também que haja críticas à sucessão, devido às suas bases ideológicas.⁵⁹

Assim, os autores que sustentam a necessidade de se considerar a função social da propriedade no direito das sucessões partem do pressuposto de que a herança possui precipuamente conteúdo patrimonial. À vista das considerações já feitas de que em uma perspectiva de constitucionalização do direito privado pode-se defender a autonomia do direito de herança em relação ao de propriedade, não dá para afirmar que a função social da propriedade restringe o direito à herança devido ao seu conteúdo patrimonial. Contudo, como os direitos de herança e de propriedade tem seus pontos em comum, é natural que haja colisões entre eles. Nesse caso, a função social da propriedade, que poderá restringir a propriedade, também exercerá essa influência no direito à herança, mas não de forma direta.

A adoção da teoria do suporte fático amplo e da restrição externa não impossibilita o desenvolvimento de uma concepção de propriedade nos moldes constitucionais e com teor despatrimonializado. Isto posto, tem-se como necessária a abordagem acerca da irradiação dos direitos fundamentais no direito privado.

⁵⁷ GOMES, Felipe Lima, op. cit, p. 85-86.

⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões: volume 6**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593686/>. Acesso em: 26 jun. 2021, p. 20.

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito das Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555594812. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/759394>. Acesso em: 02 jul. 2021, n.p.

2.5 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem, dentre os modelos apresentados pela literatura, o dos efeitos indiretos e dos efeitos diretos. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a teoria dos efeitos indiretos, que é a mais aceita na maioria dos países em que se discute sobre o assunto, tem como principal expoente Dürig, entendendo que ainda há uma diferenciação metodológica entre o direito público e o privado, contudo, os direitos fundamentais podem ser aplicados por meio das próprias normas do direito privado. No Brasil, isso pode ocorrer por meio das cláusulas gerais contidas no Código Civil, como o princípio da boa-fé, que permitem que os direitos fundamentais tenham efeitos no direito privado.⁶⁰

O modelo dos efeitos diretos, ainda de acordo com Virgílio Afonso da Silva, que tem como precursor Nipperdey, tem como base a compreensão de que os direitos fundamentais não necessitam de normas no direito privado para que possam ser aplicáveis nas relações entre particulares. Ressalta, contudo, que isso não resulta em uma aplicação de todo o catálogo em todas as relações privadas, mas que sempre que um direito fundamental seja aplicável, então ele será aplicado de forma direta, sem a necessidade de uma intermediação legislativa ou por meio de cláusulas gerais.⁶¹

A Constituição de 1988 estabelece no art. 5º, § 1º que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” A compreensão desse dispositivo requer, primeiramente, o entendimento dos conceitos de aplicabilidade e eficácia.

Segundo José Afonso da Silva, a eficácia de uma norma ocorre quando ela possui a “potencialidade” de ser aplicada, enquanto a aplicabilidade diz respeito à própria incidência da norma na situação fática. Ou seja, para que haja a aplicabilidade, pressupõe-se a eficácia da norma.⁶²

Virgílio Afonso da Silva assevera que a previsão do art. 5º, §1º da CF apenas se refere a uma possibilidade de haver a aplicação dos direitos fundamentais caso seja possível no caso concreto, de modo que não se pode afirmar que isso ocorrerá em todas as situações.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 75-79.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 86-91.

⁶² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60.

Para ele, o mais correto seria que a Constituição houvesse disposto expressamente que se trata de uma eficácia plena ou imediata.⁶³

Ingo Sarlet aduz que a referida norma constitucional implica o reconhecimento de que os direitos fundamentais são mandamentos de otimização, que devem ser aplicados com a maior eficácia possível e de forma imediata. Desse modo, caso não haja a sua aplicação no caso concreto, é necessário que haja uma justificação.⁶⁴

Os efeitos horizontais dos direitos fundamentais repercutem na constitucionalização do Direito Civil. De acordo com Gustavo Tepedino, isso representa a minoração de uma divisão entre o direito público e privado, que deixa de ser uma distinção analisada a partir da interferência estatal.⁶⁵

Pietro Perlingieri afirma que, principalmente em relação à propriedade, direitos reais e iniciativa privada, é necessária uma mudança de interpretação de cunho legalista, baseada em conceitos “codicistas”, para uma funcionalização constitucional dos conceitos. Assim, a diferenciação entre o direito público e o privado tende a ser eliminada devido à proximidade das leis infraconstitucionais à constituição, que atribui uma unicidade ao ordenamento jurídico.⁶⁶

Desse modo, todo o “principiologismo” que até agora foi abordado se mostra importante para o tema da presente monografia tendo em vista que na análise de problemas considerados tipicamente de direito privado deve ser realizada considerando as normas de direitos fundamentais. Além disso, como se verá adiante, essas premissas serão necessárias para o enfrentamento do questionamento sobre a usucapião de imóveis de herança.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 57-58.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 270-271.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.19.

⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 590.

3 USUCAPIÃO

Conforme apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a usucapião é uma das soluções legais que surgem em um possível conflito entre o direito à propriedade e a sua função social, sem que se desconsidere o sopesamento, que é a forma de resolução desse choque entre princípios.⁶⁷ Nesse sentido, considera-se que a usucapião está atrelada à função social da propriedade por garantir a propriedade ao possuidor que confere ao bem essa função social e por impor ao proprietário que foi omissivo a sanção da sua perda.

Assim, a usucapião será objeto de estudo neste capítulo tendo em vista que o tema do trabalho trata sobre esse instituto. Para a sua melhor compreensão, a posse também será explorada como um de seus requisitos.

3.1 Conceito e prescrição aquisitiva

De acordo com Benedito Silvério Ribeiro, o termo “usucapião” tem origem no latim, da palavra *usucapio* (*capio* e *usus*), que significa “tomar alguma coisa em relação ao seu uso”.⁶⁸ O conceito de usucapião pode ser retirado de Modestino, que assim a define: “*Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definit.*”, que significa “Usucapião é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada por um tempo definido em lei.”⁶⁹

Devido à sua definição estar relacionada ao decurso do tempo, é feita a sua associação ao instituto da prescrição. Lafayette aponta que há duas formas de prescrição: a extintiva e a aquisitiva. Enquanto esta é positiva, está relacionada aos direitos reais e constitui e extingue direitos conjuntamente, aquela é negativa, apenas extingue direitos e não pode ser causa de ação, mas apenas pode ser alegada como exceção.⁷⁰

Clóvis Beviláqua afirma que o Código Civil brasileiro optou por diferenciar a usucapião da prescrição extintiva, dando a ela o tratamento apenas na parte referente aos direitos reais. A prescrição extintiva, por sua vez, ficou na parte geral, por não se limitar ao

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 75.

⁶⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 204.

⁶⁹ Dig. 1, 41, Tít. 3, frag. 3 apud RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221.

⁷⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed fac-sim. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496209>. Acesso em: 12 jul. 2021, p. 215-217.

direito das obrigações, mas ao direito de ação como um todo. Além disso, ressalta que o tempo, na usucapião, é “criador” e na prescrição é “destruidor”.⁷¹

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald criticam o uso do termo “prescrição aquisitiva” para se referir à usucapião, pois a usucapião é apenas uma forma de aquisição da propriedade, ao contrário da prescrição, que extingue o direito da ação. Apesar disso, também atentam para a confluência que há entre ambos em decorrência do art. 1.244 do CC, que determina que as causas de impedimento ou suspensão da prescrição elencadas no rol dos arts. 197 e 198 do CC também se aplicam à usucapião.⁷²

Conforme ressaltado por Orlando Gomes, a usucapião exige os requisitos pessoais, reais e formais. Os requisitos pessoais dizem respeito ao adquirente e ao proprietário da coisa; os requisitos reais se relacionam à coisa usucapienda; e os requisitos formais são compreendidos pelos elementos essenciais, que estão presentes em todas as modalidades de usucapião (posse e lapso temporal) e os elementos suplementares (justo título e boa-fé).⁷³

Em relação aos requisitos pessoais, Orlando Gomes ressalta que o adquirente deve ser capaz e ter a qualidade para a aquisição da propriedade por usucapião.⁷⁴ Almir Porto distingue a capacidade da legitimidade para a prescrição aquisitiva, pois a legitimidade é mais abrangente e engloba também as pessoas que não tinha em seu favor a posse hábil, como os sucessores legítimos, os testamenteiros, os credores e outros interessados.⁷⁵

No que tange aos requisitos reais, Lafayette destaca que não podem ser objeto de domínio as coisas fora do comércio, como: “1.º As coisas sagradas, como os templos, as imagens; 2.º As coisas religiosas, como os cemitérios; 3. As coisas do *domínio público*”.⁷⁶ Além disso, conforme assevera Almir Porto, os bens que não puderem ser individualizados também não podem ser usucapidos e em relação aos acessórios, estes seguem o principal.⁷⁷

Em relação aos requisitos formais, principalmente no que tange à posse, Orlando Gomes ressalta que o possuidor deve ter *animus domini*, que é a intenção de ser dono da coisa

⁷¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>. Acesso em: 12 jul. 2021, p.169-170.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 396-397.

⁷³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 181-184.

⁷⁴ Ibidem, p. 182.

⁷⁵ DA ROCHA FILHO, Almir Porto. Usucapião. **Revista de Ciência Política**, v. 28, n. 1, p. 47-88, 1985.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60219/58533>. Acesso em: 19 jul. 2021. p.56.

⁷⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed fac-sim. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496209>. Acesso em: 12 jul. 2021, p. 223.

⁷⁷ DA ROCHA FILHO, Almir Porto. op. cit., p. 61.

e que a posse deve também ser mansa, pacífica (sem oposição) e contínua.⁷⁸ Benedito Silvério Ribeiro distingue a continuidade da posse com a ininterruptão. Para ele, a posse contínua depende do possuidor, que precisa estar em constante contato com a coisa, exercendo as faculdades do domínio. Por outro lado, a posse ininterrupta é proveniente de terceiros. Todavia, afirma que apesar dessa diferenciação estabelecida pelos doutrinadores franceses e italianos, o Código Civil não a adotou.⁷⁹

Conforme afirma Orlando Gomes, é também possível que a *accessio possessionis* seja levada em consideração para a contagem do prazo da usucapião, de modo que a posse do anterior se acrescenta ao do sucessor. Para ele, há diferença entre o sucessor universal e o singular, pois enquanto este tem a faculdade de se utilizar da *accessio possessionis*, aquele continua com a posse obrigatoriamente.⁸⁰ De acordo com Lafayette, a *accessio possessionis* universal é a do herdeiro, por isso se entende que a posse que a ele é transmitida possui as mesmas características em relação aos potenciais vícios, requisitos para usucapião e boa-fé. Contudo, a singular é pessoal e se desvincula do possuidor anterior, como é o caso do comprador, do donatário, etc. Portanto, os vícios que maculam a posse, a boa-fé são analisados separadamente e a junção do prazo para fins de usucapião não é obrigatória.⁸¹

3. 2 Posse

Dentre os requisitos da usucapião, será explorada a posse mais especificamente, começando por suas teorias, passando a se expor, em seguida, algumas classificações necessárias à compreensão dos pressupostos para a usucapião, como a posse de boa-fé, a posse justa, a posse *ad usucapionem*. Por fim, será tratado sobre o desdobramento da posse e a composses. Esses conceitos serão apresentados tendo em vista sua necessidade para o desenvolvimento do tema.

⁷⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 183.

⁷⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 776-777.

⁸⁰ GOMES, Orlando. op. cit., p. 184.

⁸¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed fac-sim. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496209>. Acesso em: 12 jul. 2021, p. 244-246.

3.2.1 Teorias da posse

As teorias da posse de Savigny e Ihering serão abordadas em virtude da influência que ainda exercem na compreensão do instituto no direito brasileiro, que ainda tem uma base romanista, apesar de já haver críticas a esse respeito. A partir disso, será possível apreender posteriormente como isso acarreta algumas confusões no trato da questão de usucapião de bem de herança pleiteada por herdeiro.

Conforme Moreira Alves, o conceito da posse pode ser apreendido por meio de uma perspectiva histórica. Para Savigny, a posse é um “exercício de fato”, tendo em vista sua teoria que exige a apreensão da coisa. Por outro lado, Ihering a define como o “exercício de um direito”, tendo em conta que não é o mero fato que gera a proteção, mas sim a sua característica de “exteriorização do direito da propriedade”. Há, ainda, autores que a definem como “exercício de fato de um direito”, o que pode ser chamado de teoria unitária. Dentre eles, há quem afirme que seja o conceito adotado pelo Código Civil.⁸² Gustavo Tepedino, por sua vez, entende ser um “exercício de fato”, porquanto independe da propriedade para se constituir e é reconhecida pelo simples exercício.⁸³

Para que se possa determinar o início da posse, deve-se ter em conta as teorias dos seus elementos, dentre as quais se destacam duas: a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Ihering. Para Savigny, a posse é composta pelo *corpus*, que é a possibilidade de dispor da coisa e de se proteger contra terceiros) e *pelo animus domini*, que é a intenção de ser proprietário da coisa. Assim sendo, a diferença entre a posse e a detenção reside no fato de que na detenção, apesar do *corpus*, não há esse *animus* específico. Ressalta, ainda, que há hipóteses de posse derivada em que não há *animus domini*, como é o caso credor pignoratício, do precarista, do enfiteuta e do depositário de coisa litigiosa. Segundo ele, essa posse decorre de uma transmissão do *jus possessionis* ao possuidor derivado.⁸⁴

Ihering, porém, entende que o *corpus* e o *animus* não devem ser considerados de modo apartado, mas de forma interligada. Para ele, o *corpus* se manifesta por atos exteriores do possuidor e do detentor, que agem como se fossem os proprietários da coisa e a atribui uma destinação econômica, sem a necessidade de apreensão física da coisa. A partir disso, ele compreende que o *animus domini* já está contido nessa definição. Não é necessário, portanto, avaliar se há ou não intenção de ser proprietário para que se diferencie o possuidor do

⁸² ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, vol. 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8-21.

⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.

⁸⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 1: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 212-213

detentor, pois ambos têm esse *animus*. Assim, a distinção se dá por um elemento negativo, que é a própria previsão legal, que rebaixa uma posse à qualidade de detenção.⁸⁵ Ou seja, em havendo *corpus* também estará presente o *animus* e se terá a posse da coisa. Para saber se é posse, de fato, ou se é detenção, será necessário analisar o que a lei determina que seja apenas detenção no caso concreto.

Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o Código Civil atual, assim como o de 1916, adotou a teoria de Ihering no art. 1.196, ao prever que a posse se constitui a partir da exteriorização dos atos do proprietário, nos seguintes termos: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.” Ademais, salientam que usucapião aproxima-se mais da teoria da Savigny em razão da exigência de *animus domini*.⁸⁶

Para esses autores, essas teorias estão defasadas por terem como base um patrimonialismo que não reconhece a autonomia da posse em relação à propriedade e desconsidera a função social da posse.⁸⁷ Do mesmo modo, Gustavo Tepedino assevera que “a justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.”⁸⁸

Ainda de acordo com Gustavo Tepedino, em uma questão envolvendo interesses conflitantes entre a posse e a propriedade, deverá ser analisado cada caso concreto, de modo que cabe ao proprietário demonstrar que cumpre a função social da propriedade e ao possuidor revelar que a posse na qual é titular está em consonância com os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.⁸⁹

Em uma outra perspectiva, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas leva em consideração que mesmo na teoria de Ihering acerca da propriedade era dada importância à posse e que o desdobramento da posse em direta e indireta demonstra que o proprietário também é, de toda forma, possuidor da coisa. Desse modo, defende que a função social da propriedade, na verdade, se concretiza quando o proprietário exerce a função social da posse,

⁸⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 1: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 222-229.

⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 65-66

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de direito civil – Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos de direito civil, vol. 5 - direitos reais**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989613/>. Acesso em: 12 jul. 2021, p. 33.

de modo que não é necessário avaliar a função social da posse e da propriedade em um caso concreto, mas apenas a função social da posse, seja do possuidor ou do proprietário.⁹⁰

3.2.2 Posse *ad usucapionem*

Há uma diferenciação entre a posse *ad interdicta* e *ad usucapionem*. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a posse *ad interdicta*, que pode ser protegida por meio de interditos possessórios, apenas exige o *corpus* e *animus*. A posse *ad usucapionem*, por sua vez, além desses elementos, também requer que o possuidor preencha os requisitos da usucapião.⁹¹ Traçando um paralelo entre a usucapião ordinária e a extraordinária, enquanto esta não exige a posse justa e de boa-fé, aquela tem esses requisitos. Portanto, serão examinados esses conceitos.

De acordo com o *caput* do art. 1.201 do CC, “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.” Por isso, Orlando Gomes afirma que a definição adotada no Código Civil é no “sentido negativo”, porquanto é baseada na ignorância do possuidor, de modo que para ele não há incompatibilidade em relação à posse de boa-fé e o erro de direito e o estado de dúvida.⁹² No mesmo sentido, Gustavo Tepedino afirma que no que diz respeito à previsão do art. 3º da LINDB que estabelece que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, o possuidor pode alegar boa-fé quando desconhece lei que torna sua posse ilícita em virtude da própria definição de possuidor de boa-fé presente no CC, que se refere expressamente à ignorância do vício.⁹³

Para Orlando Gomes, a posse de boa-fé pode ser classificada em real ou presumida. Enquanto esta ocorre quando há suporte objetivo que faz com que seja incontestável que a posse foi adquirida de forma legítima, aquela diz respeito à hipótese em que se presume a boa-fé do possuidor devido ao justo título, sendo esse o caso previsto no parágrafo único do art. 1.201 do CC.⁹⁴

⁹⁰ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: uma proposta de releitura do princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, nº 205, janeiro/março, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p23. Acesso em 17 ago 2021, p. 32-35

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. IV – direitos reais**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 25.

⁹² *Ibidem*, p. 51.

⁹³ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos de direito civil, vol. 5 - direitos reais**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989613/>. Acesso em: 12 jul. 2021. p. 48.

⁹⁴ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 50.

Clóvis Beviláqua afirma que o vício da boa-fé é de “ordem subjetiva”, relativa à consciência, havendo má-fé quando se presume, pela situação, que o possuidor passou a ter ciência do vício, quando há, por exemplo, a confissão do possuidor de que não tinha título, quando o título é evidentemente nulo ou quando é ajuizada ação contra o possuidor relativa à legitimidade da posse.⁹⁵

Portanto, apesar de o Código Civil estabelecer um conceito de boa-fé psíquico, a determinação do momento em que ela cessa ocorre objetivamente, conforme ressalta Orlando Gomes, afirmando que não seria possível saber o que se passa na mente do possuidor. Para ele, o tempo em que ocorre a mudança da boa-fé para a má-fé é delimitado pela via processual, podendo ser o momento da citação ou da contestação da ação, sendo a segunda opção a mais aceita pela maioria dos autores.⁹⁶

No que tange à posse justa, de acordo com o art. 1.200 do CC, “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.” Isso significa que a definição de posse justa se dá a partir da posse injusta, que possui a violência, clandestinidade ou precariedade. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que esse dispositivo é exaustivo e por isso não é possível a sua extensão para abranger outros casos, pois se fosse dada uma maior amplitude a esses conceitos, a posse justa seria reconhecida apenas como uma prolongação do direito à propriedade.⁹⁷

A posse violenta, de acordo com Orlando Gomes, “é a que se adquire pela força. Obtém-se pela prática de materiais irresistíveis. Sem a violência física, não há posse dessa qualidade.”⁹⁸ Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que optam por uma interpretação mais limitada do conceito, asseveram que apenas há violência na aquisição da posse quando o possuidor originário reage de forma contrária, de modo que, em casos como a destruição de obstáculos, não há o uso da violência. Esse vício objetivo é também comparado com o crime de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal.⁹⁹ Nesse sentido, da mesma forma que o referido delito abrange a violência física (*vis absoluta*) e a ameaça (*vis compulsiva*), há autores, também, que defendem essa amplitude na violência da posse.¹⁰⁰

⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, vol. 1. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>. Acesso em: 12 jul. 2021, P.49-50.

⁹⁶ GOMES, Orlando. op. cit., p. 51-52.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 144-145.

⁹⁸ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 139-143.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando, op. cit., p. 49

A posse clandestina, na definição de Orlando Gomes, “é a que se adquire às ocultas. O possuidor a obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas.”¹⁰¹ Nesse sentido, Clóvis Beviláqua afirma que a clandestinidade é o oposto da publicidade.¹⁰² Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, contudo, salientam que a clandestinidade diz respeito apenas à forma de aquisição da posse, e não a ela em si, pois toda posse deve ser pública. Portanto, para eles, enquanto o possuidor originário não tiver ciência do ato, ainda não há posse clandestina, mas apenas mera detenção. Esse conhecimento, no entanto, não é de ordem subjetiva, mas objetiva, referente à publicidade do ato. Assim, basta a possibilidade de ele saber por meio de terceiros. Essa modalidade de posse pode ser comparada o crime de furto, tipificado no art. 155 do CP.¹⁰³

Conforme Orlando Gomes, a “posse precária é a que se adquire por abuso de confiança. Resulta, comumente, da retenção indevida de coisa que deve ser restituída.”¹⁰⁴ Assim, de acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, trata-se de um vício objetivo de posse que, ao contrário da violência e da clandestinidade, não se dá no momento da aquisição, mas apenas após o momento em que cessa a relação jurídica que deu causa à posse inicialmente legítima. Salientam, também, que a precariedade da posse não se confunde com o *precario* do direito romano, em que o proprietário entregava a sua propriedade a outrem, mas poderia revogar a qualquer momento ao seu bel prazer. Além disso, para facilitar o entendimento, esses autores comparam a posse precária ao delito de apropriação indébita (art. 168, CP).¹⁰⁵

3.2.3 Desdobramento da posse

Há também o desdobramento da posse, que a diferencia entre posse direta e indireta. De acordo com Orlando Gomes, a posse indireta é aquela em que o proprietário conserva, apesar de ceder a outrem as faculdades do domínio. A direta, por sua vez, é a posse daquele que exerce de forma imediata essas faculdades em virtude de obrigação ou direito que tem com o possuidor indireto. Como exemplos desses últimos, ele cita o usufrutuário, o usuário, o credor pignoratício, o enfiteuta, o locatário, dentre outros. Ademais, para que haja

¹⁰¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

¹⁰² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, vol. 1. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>. Acesso em: 12 jul. 2021, p.51

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p.140-143.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. op. cit., p. 49

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 142-143.

esse desdobramento da posse, é necessário que a posse direta seja derivada da indireta e surja depois desta, bem como que entre esses possuidores haja uma relação jurídica, que pode ser de direito real limitado ou direito pessoal.¹⁰⁶

Moreira Alves afirma que entre os possuidores pode haver uma relação jurídica (não necessariamente válida) ou fática e não é indispensável que a posse direta seja posterior à indireta, porque não há uma derivação do *jus possessionis* do outro.¹⁰⁷ De forma resumida, o mesmo autor elenca os requisitos necessários à graduação da posse. São eles:

- a) A relação entre possuidor direto e possuidor indireto pode decorrer da vontade de ambos, da lei ou de império do Estado;
- b) Essa relação deve ser transitória, não importando que sua duração seja curta ou longa, determinada ou indeterminada;
- c) Embora, as mais das vezes, a posse direta derive do *jus possessionis* do possuidor indireto, essa derivação não é indispensável, pois basta, a esse propósito, para que se dê o desdobramento da posse, que entre ambos os possuidores exista relação, ainda que fática, que estabeleça subordinação da posse direta à posse indireta, mesmo quando esta nasça em decorrência do surgimento daquela;
- d) A pretensão do possuidor indireto contra o possuidor direto tem de existir, pelo menos, quando a relação que lhe dá origem surge, embora posteriormente possa deixar de existir; e
- e) Essa pretensão é uma pretensão de entrega em favor do próprio possuidor indireto (caso em que ela pode, ou não, configurar-se como pretensão de restituição), ou em favor de terceiro.¹⁰⁸

3.2.4. Composse

De acordo com Moreira Alves, a posse exclusiva não se confunde com a posse plena. A posse plena “é aquela em que o possuidor, por si ou por intermédio de um detentor, exerce de fato os poderes inerentes à propriedade, como se sua fosse a coisa, independentemente de ser, ou não, seu proprietário.” Por outro lado, a posse exclusiva é aquela que se contrapõe à composse, de modo que seu titular é o único possuidor. Além disso, o mesmo autor diferencia a posse múltipla da composse, pois enquanto aquela é mais abrangente, podendo ocorrer em qualquer situação em que haja mais de um possuidor da mesma coisa (pela composse ou desdobramento da posse), a composse apenas se sucede quando a pluralidade de posses está em um mesmo grau (posses diretas ou posses indiretas).

¹⁰⁹

Moreira Alves, contudo, ressalta que há casos de maior complexidade em que se pode afirmar que há composse apesar de os compossuidores estarem em diferentes graus

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 56- 59.

¹⁰⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 389.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 421.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 475- 476.

devido à organização vertical da posse. A título de exemplo, é possível que em um condomínio, um dos condôminos deseje alugar a sua quota. Nesse caso, questiona se o condômino locador deixaria de ser compossuidor por ter apenas a posse indireta, e não mais plena e se o locatário não seria compossuidor dos demais condôminos.¹¹⁰

Apesar de a compossse ter situações análogas ao condomínio, na compossse não se admite a divisão entre compossse *pro diviso* e *pro indiviso*. De acordo com Moreira Alves, apenas a compossse *pro indiviso* é verdadeiramente compossse, pois se a posse de cada um é determinada, como ocorre na compossse *pro diviso*, está-se diante de posses exclusivas.¹¹¹

Entre os autores brasileiros, prevalece o entendimento de que cada compossuidor possui uma fração ideal da coisa, como Clóvis Beviláqua¹¹², Lafayette Rodrigues¹¹³ e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.¹¹⁴ Nesse sentido, Luís Pinto Ferreira afirma que “Na comunhão da posse cada possuidor tem uma parte ideal, uma parte abstrata, uma fração ideal da coisa, e por consequência nenhum possuidor exerce a sua posse sobre uma parte ou fração específica do bem compossuído.”¹¹⁵

Moreira Alves, por sua vez, considera as críticas feitas à noção de quotas ideais da coisa na compossse, pois uma fração ideal de um poder de fato não é possível. Por isso, afirma que a concepção que melhor se enquadra no Código Civil é aquela que considera a compossse como uma “concorrência de posses” relativa a uma relação entre pessoas, e não apenas entre pessoas e coisa, de modo que não se trata de uma situação em que cada compossuidor possui uma fração ideal, mas sim de um caso em que todos possuem a totalidade do bem com direitos concorrentes entre si.¹¹⁶

Na compossse, de acordo com Orlando Gomes, os compossuidores podem exercer seus direitos possessórios, contanto que não suprimam o direito dos demais.¹¹⁷ Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que qualquer dos compossuidores pode,

¹¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 494.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 485.

¹¹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>. Acesso em: 12 jul. 2021, p. 44-45

¹¹³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496209>. Acesso em: 12 jul. 2021, p. 42

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 120-121.

¹¹⁵ FERREIRA, Luís Pinto. **Posse, ação possessória e usucapião**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 32.

¹¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 505-518.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 46

sozinho, se utilizar de interditos possessórios perante terceiros.¹¹⁸ Luís Pinto Ferreira aduz, ainda, que até mesmo contra os compossuidores é possível se valer da proteção da posse na hipótese em que qualquer deles quiser exercer a posse exclusiva da coisa em detrimento dos outros.¹¹⁹

Conforme aduz Orlando Gomes, “A compossa cessa quando se extingue a relação jurídica que lhe serve de causa ou o estado de indivisão que a determina.” Isso se aplica na situação de herança, por exemplo, em que após a partilha tem-se a sua divisão e, conseqüentemente, o fim da compossa, assim como na dissolução da sociedade conjugal e na divisão do condomínio.¹²⁰

3.3. Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária está prevista no art. 1.238 do CC, estabelecendo como requisitos: a) posse mansa, pacífica e contínua; b) prazo de 15 anos (caput) ou 10 anos (parágrafo único).

De acordo com Lafayette, a usucapião extraordinária é subsidiária da ordinária, pois ela pode ser utilizada quando estão ausentes alguns dos requisitos da usucapião ordinária. Por esse motivo, assevera que nesse caso o prazo é estendido para que se possa compensar a falta dessas outras exigências.¹²¹ No mesmo sentido, Orlando Gomes assevera que devido à prescindibilidade de boa-fé e de justo título para a aquisição da propriedade por meio da usucapião extraordinária, o lapso temporal é aumentado e em virtude disso se pode presumir a presença desses requisitos.¹²²

Desse modo, não se distingue as características da posse para a usucapião extraordinária em relação à ordinária, pois ainda é necessário que seja mansa, pacífica e contínua e que o possuidor tenha *animus domini*.

O prazo para a usucapião extraordinária é, em regra, 15 anos. Contudo, quando o usucapiente utiliza o imóvel como moradia ou realiza obras de caráter produtivo, a lei estabelece no parágrafo único do art. 1.238 do CC que o lapso de tempo diminui para 10 anos.

¹¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 120-121.

¹¹⁹ FERREIRA, Luís Pinto. **Posse, ação possessória e usucapião**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 32.

¹²⁰ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 46.

¹²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed fac-sim. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496209>. Acesso em: 12 jul. 2021, p. 240.

¹²² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 185-186.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald diferenciam a posse simples da qualificada. Para eles, a posse simples (do *caput* do art. 1.238 do CC) é aquela em que apenas há o simples exercício de fato por parte do possuidor, o qual exterioriza as faculdades do proprietário da coisa. Por outro lado, a posse qualificada (do parágrafo único do referido artigo) é aquela em que o possuidor cumpre a função social da posse, motivo pelo qual tem o prazo reduzido para fins de usucapião.¹²³

Ainda em relação ao prazo, que nessa modalidade possui uma maior relevância por substituir o justo título e a boa-fé, os mesmos autores ressaltam que é o único requisito que pode ensejar uma sentença de improcedência quando não está presente. Contudo, essa decisão não faz coisa julgada material, de modo que é possível ao usucapiente o posterior ajuizamento da ação de usucapião para complementar o prazo faltante. Além disso, para eles, caso o possuidor não tenha completado o prazo necessário no momento em que ele propõe a demanda, é possível que no decorrer do processo esse tempo seja integralizado, desde que não esteja de má-fé.¹²⁴

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 410.

¹²⁴ *Ibidem*. p. 411.

4 USUCAPIÃO DE BEM DE HERANÇA ENTRE HERDEIROS SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA

A usucapião de bem de herança pleiteada por herdeiro é um tema que não costuma ser muito debatido na literatura devido ao entendimento de que a prescrição aquisitiva fica afastada em razão do princípio de *saisine*, que acarreta a indivisibilidade da herança e sua transmissão imediata aos herdeiros no momento da abertura da sucessão.

Entretanto, esse posicionamento encontra controvérsias quando se discute sobre a possibilidade de o herdeiro deter a posse exclusiva de um bem da herança com *animus domini* e tendo satisfeito os requisitos da usucapião extraordinária. Analisando de forma superficial pode-se compreender que se trata de uma mera questão de posse e de propriedade. Todavia, o tema não se esgota nessa análise civilista, tendo em vista que, como já foi abordado anteriormente no primeiro capítulo, as relações privadas não se limitam aos códigos, pois também há uma incidência dos direitos fundamentais.

Desse modo, será observado que a forma como a literatura tem abordado sobre a posse e a propriedade dos herdeiros não tem acompanhado os estudos sobre função social da posse e da propriedade que se tem na área do Direito das Coisas e em razão disso, a temática tem um tratamento limitado.

4.1 Princípio de *saisine*

O princípio de *saisine* tem repercussões diretas no questionamento sobre a possibilidade de usucapião de bem de herança pleiteada por herdeiro antes da partilha. Portanto, será versado sobre a sua origem, que por remontar à *Gewere* germânica, se diferencia da posse romana, que é a base da posse como exercício de fato. Devido a isso, nota-se que podem surgir certas incongruências na discussão da posse dos coerdeiros, principalmente devido à falta de funcionalização desse instituto para esses titulares, que fica a parte não apenas em razão da falta de estudos sobre a matéria, mas também porque envolve o direito à herança.

4.1.1 Paralelo entre a posse do herdeiro e a posse como exercício de fato

O princípio de *saisine* surgiu, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, devido à prática que os senhores tinham de exigir um pagamento aos herdeiros para que estes pudessem ter a posse da herança do servo de cujus. Assim, com a finalidade de eximir os herdeiros desse dever, a jurisprudência do direito costumeiro francês consolidou o

entendimento de que a herança do servo se transmitia automaticamente aos herdeiros com a sua morte. A *saisine* francesa foi introduzida no direito português por meio do Alvará de 9 de novembro de 1754. No Brasil, tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002 adotaram esse princípio.¹²⁵

Moreira Alves assevera que a *saisine* não existia no Direito Romano, que exigia a apreensão da coisa, tendo como origem a *Gewere* germânica.¹²⁶ De acordo com o mesmo autor, a *Gewere*, de forma geral, exigia a senhoria de fato sobre a coisa e a correspondência dessa senhoria de fato a um direito real. Contudo, em alguns casos, a senhoria de fato não era exigida, como era o caso da *ideele Gewere*, transmitida aos herdeiros.¹²⁷

Assim, na *Gewere*, diferentemente da posse do Direito Romano, em que se baseia as teorias da posse de Savigny e Ihering, não é um exercício de fato sobre a coisa. O que dá para concluir que a posse do art. 1.196 do CC e a transmitida ao herdeiro pelo princípio de *saisine* são de naturezas diferentes.

Nesse sentido, Moreira Alves aduz que a posse dos herdeiros transferida imediatamente após a morte do *de cuius* é oriunda da *Gewere* germânica e não abrange os elementos da posse das teorias dos romanistas Savigny e Ihering, pois não é necessário ao herdeiro sequer ter conhecimento da coisa ou ser capaz civilmente. É uma situação, portanto, na qual o herdeiro se torna possuidor antes mesmo do exercício de fato. Desse modo, o autor a considera uma posse anormal por estar em desacordo com o então art. 485 do CC/16 (análogo ao art. 1.196 do CC).¹²⁸ Pontes de Miranda, no mesmo sentido, afirma que a posse do herdeiro não pode ser compreendida da mesma forma que a dos arts. 485 a 523 do antigo Código Civil.¹²⁹

Essa diferença entre essa posse do herdeiro oriunda da *Gewere* e da posse como exercício de fato podia ser encontrada, por exemplo, no art. 1.772, §2º do Código Civil de 1916 estabelecia que “Não obsta à partilha o estar um ou mais herdeiros na posse de certos bens do espólio, salvo se da morte do proprietário houver decorrido vinte anos.”

Esse dispositivo, como se observa, previa que, se houvesse herdeiros que estivessem na posse de bens específicos do espólio por pelo menos vinte anos, não haveria a partilha. Isso significa que o herdeiro estaria em uma situação de fato em relação a um

¹²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil, vol. VI**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 15-16.

¹²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 48.

¹²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 1: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 87-91.

¹²⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 48-56.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo LX: direito das sucessões: testamentário inventário e partilha**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, p.72.

determinado bem da universalidade que compõe o acervo hereditário. Ou seja, a indivisão ficta e a comosse não existiria de fato por, pelo menos um deles, ter a posse exclusiva de um bem.

Havia dúvidas se essa previsão dizia respeito à usucapião, que de acordo com Silvio de Salvo Venosa esse não era o caso, pois o art. 1.772, §2º do CC/16 era referente à “consolidação de uma situação de fato”, que era a posse dos herdeiros a bens determinados, ressaltando que com a omissão dessa previsão no Código Civil atual, não se cogita mais que o herdeiro adquira a propriedade do bem de herança devido ao decurso desse prazo de vinte anos. Contudo, afirma que o herdeiro poderá usucapir o bem caso satisfeitas as condições para tanto.¹³⁰

O art. 1.772, §2º do antigo CC/16, por não se tratar de usucapião, não poderia sequer ser um fundamento para a prescrição aquisitiva de bem de herança, apesar de ainda gerar dúvidas entre os doutrinadores e a jurisprudência.¹³¹ Entretanto, quando o CC/16 ainda estava em vigor, já havia discussões acerca da diferenciação entre esse dispositivo e a usucapião extraordinária prevista no art. 550 do antigo Código Civil, que também tinha o prazo de vinte anos.

Desta forma, Pontes de Miranda, interpretando o teor dessa antiga previsão legal e asseverando que não se trata de usucapião, a distingue do caso em que é possível a usucapião quando o bem que o herdeiro possui, apesar de ser parte da herança, foi adquirido de outra pessoa que não o *de cuius*, como se não fizesse parte do acervo hereditário.¹³² Essa hipótese, apesar de parecer um tanto peculiar, demonstra que não é estranha a ideia de posse *ad usucapionem* de bem de herança. A omissão do CC/02 acerca dessa disposição tem como finalidade, como afirma José da Silva Pacheco, tornar a ação de partilha imprescritível.¹³³ Isso não acarreta uma incompatibilidade com a usucapião.

Benedito Silvério Ribeiro, no mesmo sentido, aduz que o disposto no art. 1.772, §2º do CC/16 não é necessário, pois é possível ao herdeiro que tenha posse exclusiva de bem

¹³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 394.

¹³¹ A título de exemplo, no REsp 10978 /RJ é possível notar no inteiro teor que havia por parte da jurisprudência uma incerteza acerca da utilização desse dispositivo para fins de usucapião.

¹³² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo LX: direito das sucessões: testamentário inventário e partilha**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, p. 241-242.

¹³³ PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas - Na sucessão Legítima e Testamentária**. 20. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977436/>. Acesso em: 18 ago. 2021, p. 547.

de herança, no atual CC/02, pleitear usucapião extraordinária com prazo contado a partir da abertura da sucessão.¹³⁴

Assim, tendo em vista que a posse do herdeiro, ao contrário da posse como exercício de fato, não tem sido objeto de muitos estudos constitucionalistas, é necessária uma releitura da posse do herdeiro por uma perspectiva constitucional. Nesse sentido, Pietro Perlingieri destaca dentre os atos interpretativos necessários aos civilistas para a constitucionalização do direito privado o de “[...] redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada norma à luz de um renovado juízo de valor [...]”.¹³⁵ Como se percebe, no Direito das Sucessões ainda há um déficit quanto a isso.

4.1.2 Aceitação e efeitos

No Direito Romano, havia a diferenciação entre *o heredes sui et necessarii* (que eram os herdeiros do *de cuius*, como seus filhos, e necessários porque era obrigatória sua aceitação); *o heredes necessarii* (geralmente os escravos, que também necessariamente aceitavam a herança) e *o heredes extranei* (ou terceiros, que optavam pela aceitação ou não da herança). Com isso, tinha-se ao *heredes extranei* três momentos: o de delação da herança; o período entre a delação e a aceitação; e o de aceitação, em que havia a aquisição da herança. Enquanto isso, para os herdeiros necessários, por ser a eles imposta a aceitação, a delação e a aquisição ocorriam ao mesmo tempo.¹³⁶

No direito brasileiro, contudo, conforme asseverado por Caio Mário da Silva Pereira, a aceitação é uma faculdade de todos os herdeiros, e não somente dos *extranei*, como ocorria no Direito Romano.¹³⁷ Ademais, em análise aos diferentes sistemas de aceitação, José da Silva Pacheco afirma que no direito brasileiro a aquisição ocorre automaticamente no momento da abertura da sucessão, diferentemente do Direito Romano, em que o herdeiro apenas adquiria a herança com a aceitação. Para ele, não se pode entender que há um período entre a abertura da sucessão e a aceitação porque a herança se tornaria um patrimônio sem

¹³⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 348-349.

¹³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 591.

¹³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640645/>. Acesso em: 18 ago. 2021. p. 759.

¹³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. VI**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 43.

sujeito que necessitaria ter personalidade jurídica, ou deveria ser adotada uma ficção jurídica de um sujeito em potencial, o que não seria cabível.¹³⁸

A aceitação da herança, de acordo com Silvio de Salvo Venosa, que pode ser expressa ou tácita, apesar de ser posterior à abertura da sucessão, retroage a esse tempo. Portanto, a aquisição da herança se dá no momento da morte do *de cujus* e não com a aceitação, conforme estabelecido no art. 1.804 do CC. No mesmo sentido, quando o herdeiro renuncia a herança, é como se ele nunca tivesse sido herdeiro.¹³⁹

Geralmente, a aceitação ocorre de forma tácita. Contudo, é necessário cautela, pois o art. 1.805, §1º do CC estabelece que atos officiosos, como a realização do funeral do falecido ou atos meramente conservatórios não implicam em aceitação da herança. Por outro lado, a renúncia deve obedecer a formalidades, constando em instrumento público ou particular, conforme estabelecido no art. 1.806 do CC. Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa afirma que, apesar de aceitação não ser certa quando o herdeiro pratica atos officiosos, estes podem ser considerados indícios de sua aceitação, devendo ser analisado cada caso.¹⁴⁰

Caio Mário da Silva Pereira destaca os principais efeitos do princípio de *saisine*, que são: a) a ausência das três fases do Direito Romano, porquanto a herança se transmite automaticamente aos herdeiros na abertura da sucessão; b) é a sucessão em si que atribui posse ao herdeiro, sem a necessidade de qualquer ato por parte deste; c) o herdeiro pode defender a posse por meio de interditos; d) o falecimento do herdeiro após a abertura da sucessão enseja a transmissão do seu quinhão aos seus sucessores, independente de aceitação; e) a herança pode ser transmitida *inter vivos* por ser um valor patrimonial, mesmo que ainda não tenha sido estabelecido o quinhão do herdeiro.¹⁴¹

Silvio de Salvo Venosa destaca que a herança é tratada como um todo unitário, que ao se transferir aos herdeiros na abertura da sucessão, não tem a delimitação do quinhão de cada até a partilha, apesar de em alguns casos já haver uma divisão informal.¹⁴²

Assim, apesar de serem transmitidos imediatamente aos herdeiros a posse e a propriedade da herança, a propriedade de um bem individualizado do acervo hereditário só se dará após a partilha, motivo pelo qual é relevante entender se é possível o coerdeiro pleitear usucapião de bem do acervo hereditário contra os demais.

¹³⁸ PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas - Na sucessão Legítima e Testamentária**. 20. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977436/>. Acesso em 11 ago. 2021. p. 85-86.

¹³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.18.

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. VI**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 16-17.

¹⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35-36.

A discussão sobre a possibilidade de usucapião de bem de herança antes da partilha não é unânime na literatura, pois a comosse, como já foi abordado anteriormente, ocorre quando duas ou mais pessoas possuem uma posse comum sobre uma coisa unitária e que, portanto, não se pode dividir por ser necessariamente *pro indiviso*.

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem que não pode haver usucapião de bem de herança por um dos herdeiros, pois todos possuem a posse do todo unitário, de modo que não se faz presente os requisitos da prescrição aquisitiva, como a posse mansa, pacífica e com *animus domini*.¹⁴³

4.2 Usucapião de bem de herança entre herdeiros

Pretende-se nessa parte do trabalho tratar sobre a possibilidade de usucapião de bem de herança entre herdeiros. Isto é, será desconsiderado, por uma questão de recorte temático, o pleito realizado por terceiros que eventualmente ocupem coisa do acervo hereditário.

Desse modo, será analisada a doutrina e a jurisprudência pertinente à matéria em relação a dois pontos principais: o desdobramento da posse do herdeiro e a copropriedade tendo como base também uma ótica constitucionalista. Assim, poderá ser observado as hipóteses em que se cogita ou não a usucapião de herdeiro e como a posse diferenciada do princípio de *saisine* tem influência nesse processo.

4.2.1 Comosse: repercussões da posse direta e indireta

Conforme salientado por Moreira Alves, a comosse dos coerdeiros e dos cônjuges é decorrente dos direitos os quais são titulares em matéria das sucessões e de família, respectivamente. De diferente modo ocorre nos casos de comosse disciplinada pelo direito das obrigações e das coisas, em que há uma comunhão derivada da posse, como entre os co-locatários, co-comodatários, etc.¹⁴⁴ Assim, não é necessário que os coerdeiros tenham o exercício de fato para possuí-la, pois trata-se de uma determinação legal, de que todos terão a posse em comum.

A comosse no direito brasileiro, de acordo com Moreira Alves, pode existir simultaneamente à posse múltipla. Além disso, pode haver a comosse direta (vários

¹⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 115.

¹⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 554 – 555.

possuidores diretos) e composses indireta (vários possuidores indiretos) em virtude da aplicação da organização vertical da posse, que gera um desdobramento da posse em direta e indireta.¹⁴⁵

Nesse sentido, em relação ao Direito das Sucessões, José da Silva Pacheco afirma que a posse direta é exercida pela cabeça de casal ou pelo inventariante, sendo ela própria em relação à sua parte e imprópria relativamente à parte dos demais herdeiros, os quais detêm a posse indireta da herança.¹⁴⁶ Desse modo, um coerdeiro que detenha a posse de bem do acervo hereditário como exercício de fato não pode ser considerado possuidor direto apenas por isso, tendo em vista que não há uma relação jurídica entre esses possuidores apta a ensejar o desdobramento da posse, salvo se for a hipótese do art. 1.797, II do CC, em que a posse é direta devido ao encargo da administração.

A posse indireta dos coerdeiros, por si só, não impede a usucapião. Quanto ao possuidor direto, por outro lado, Moreira Alves afirma que não pode usucapir por não deter posse própria, sendo apenas a ele viável a aquisição da propriedade por prescrição aquisitiva de direito real limitado.¹⁴⁷

Do mesmo modo, Benedito Silvério Ribeiro aduz que os possuidores diretos não podem usucapir a coisa por não terem uma independência da posse do possuidor indireto.¹⁴⁸ Com base nisso, as pessoas encarregadas da administração da herança elencadas no art. 1.797 do CC não poderiam adquirir bem de herança por usucapião devido à posse direta.

Entretanto, dentre as pessoas arroladas no dispositivo legal mencionado, há aquelas que detêm a posse direta e própria, como o cônjuge ou companheiro e o herdeiro que esteja na posse e administração dos bens. Nesse sentido, a posse direta por si só não pode ser considerada um motivo para óbice da usucapião, pois nesse caso ela pode ser própria, diferentemente do que ocorre com um locatário em relação ao locador, por exemplo. Essa é uma das características que demonstra que a distinção entre a posse do herdeiro e a posse como exercício de fato dificulta a análise da usucapião pleiteada por coerdeiro, pois as analogias não são sempre aplicáveis.

O motivo que prejudica a usucapião pleiteada por essas pessoas é o requisito de *animus domini* da posse, pois as funções que eles desempenham está relacionada à

¹⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 553.

¹⁴⁶ PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas - Na sucessão Legítima e Testamentária**. 20. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977436/>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 87.

¹⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira, op. cit., p. 458.

¹⁴⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 742-743.

administração da herança. Assim, assevera Benedito Silvério Ribeiro que em casos no qual o condômino atua administrativamente com os bens do condomínio, ele admite que a sua posse não é exclusiva por não exercê-la como se fosse sua, motivo pelo qual não há *animus domini* apto a ensejar usucapião.¹⁴⁹ Apesar de, nesse caso, o autor não estar se referindo diretamente aos herdeiros, a situação é análoga em virtude da previsão do art. 1.791, parágrafo único do CC, pois o coerdeiro está na qualidade de condômino administrando o acervo hereditário.

À vista disso, o herdeiro que não é administrador e possui bem da herança como exercício de fato não pode se enquadrar como possuidor direto, visto que é indireto. Essa questão de graduação da posse de herdeiro pode gerar equívocos.¹⁵⁰

Não obstante essas discussões terem sua relevância, o cerne da questão se trata de saber se um herdeiro, que tem a posse comum de um todo indivisível antes da partilha pode adquirir a propriedade de um bem que faça parte do acervo patrimonial da herança por meio de usucapião. Para que isso seja possível, deve haver a exclusão dos demais herdeiros em relação a posse desse bem, o que só acontece em caso de posse exclusiva. Esse assunto costuma ser melhor exposto quando se trata de condomínio.

¹⁴⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1.** 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 347.

¹⁵⁰ Essa confusão pode ser encontrada em sede jurisprudencial, como é o caso da seguinte ementa: “AÇÃO DE USUCAPIÃO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRINCÍPIO DA SAISINE (ART. 1.784 DO CC). BEM DO DE CUJUS QUE, NA HIPÓTESE DA EXISTÊNCIA DE MAIS DE UM HERDEIRO, SE TRANSMITE EM CONDOMÍNIO (ART. 1.791 DO CC). CO-HERDEIRO QUE PRETENDE USUCAPIR EM SEU FAVOR O BEM IMÓVEL INTEGRANTE DA HERANÇA, COM A EXCLUSÃO DOS DEMAIS HERDEIROS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DA USUCAPIÃO, DESDE QUE COMPROVADO O EXERCÍCIO DA POSSE PELO HERDEIRO COM A EXCLUSÃO DA COMPOSSE DOS DEMAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. PRESUNÇÃO DA MANUTENÇÃO DO CARÁTER COM O QUE A POSSE FOI ADQUIRIDA, SALVO PROVA EM CONTRÁRIO (ART. 1.203 DO CC). INGRESSO NO IMÓVEL QUE SE DEU POR MERA TOLERÂNCIA DO GENITOR DO AUTOR. SIMPLES DETENÇÃO. POSSE RECEBIDA PELO AUTORES APÓS O FALECIMENTO DO GENITOR DO AUTOR. POSSE DIRETA EXERCIDA COM EXCLUSIVIDADE PELOS AUTORES, QUE SE DEU IGUALMENTE POR TOLERÂNCIA DOS DEMAIS HERDEIROS. POSSE DE UM COMPOSSUIDOR QUE NÃO EXCLUI A POSSE DOS DEMAIS COMPOSSUIDORES (ART. 1.199 DO CCB). NÃO COMPROVAÇÃO DA INVERSÃO DO CARÁTER DA POSSE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ATO INEQUÍVOCO DE OPOSIÇÃO E EXCLUSÃO DA POSSE DOS OUTROS HERDEIROS. USUCAPIÃO NÃO CARACTERIZADA NO CASO. 1. É possível ao co-herdeiro usucapir, exclusivamente para si e em desfavor dos demais herdeiros, bens integrantes da herança, pois sobre eles se estabelece um condomínio entre todos os herdeiros (art. 1.791 do CC). 2. Para tanto, porém, é necessário que o usucapiente demonstre o exercício de posse com exclusividade sobre o bem, ou seja, com a exclusão da comosse dos demais proprietários/condôminos do imóvel, durante o prazo legal - o que não ocorre quando a detenção física do bem unicamente pelo herdeiro se dá em razão do consentimento/tolerância dos demais. APELAÇÕES PROVIDAS. (TJPR - 17ª C.Cível - 0001026 70.2007.8.16.0162 - Sertanópolis - Rel.: DESEMBARGADOR LAURI CAETANO DA SILVA - Rel.Desig. p/ o Acórdão: DESEMBARGADOR FERNANDO PAULINO DA SILVA WOLFF FILHO - J. 06.12.2018)”

4.2.2 Coerdeiros e condomínio

À vista do art. 1.791, parágrafo único, do CC, a propriedade e a posse dos coerdeiros serão reguladas pelas normas relativas ao condomínio até a partilha.

Orlando Gomes afirma que o condomínio, do ponto de vista objetivo, é uma indivisão, porquanto em relação à coisa várias pessoas possuem direitos concorrentes entre si, e sob o ponto de vista subjetivo é uma comunhão, tendo em vista que várias pessoas possuem o mesmo direito sobre uma coisa em específico.¹⁵¹ Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “Dá-se condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes.”¹⁵²

A teoria que o direito brasileiro adota acerca da natureza jurídica do condomínio, de acordo com Orlando Gomes, é a individualista, na qual cada condômino possui a parte ideal da coisa, contudo entre os condôminos há o exercício de direito sobre a coisa comum.¹⁵³ Cristiano de Chaves e Nelson Rosenvald, nesse sentido, afirmam que enquanto perante terceiros os condôminos possam exercer o direito sobre o todo, entre eles, cada um possui a sua fração abstrata, ressaltando que isso se aplica ao condomínio *pro indiviso*, pois no *pro diviso* há a limitação do exercício de direitos relacionada a quota de cada um.¹⁵⁴

A comunhão, conforme Orlando Gomes, pode ser voluntária ou legal. A comunhão voluntária decorre tanto de contrato bilateral quanto de ato unilateral de vontade, como o testamento. A comunhão legal, por sua vez, que decorre de lei, pode ser forçada ou incidente. A comunhão legal forçada ocorre devido à própria natureza do bem, que não permite divisão, como paredes, pastagem, tesouro, etc. A comunhão legal fortuita, por sua vez, é a que ocorre entre os herdeiros antes da partilha, sendo provisória.¹⁵⁵ Há também a distinção entre a comunhão *pro diviso* e *pro indiviso*. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a *pro indiviso* é de fato e de direito, pois nenhum condômino tem a sua parte determinada e a *pro diviso* é apenas de direito, tendo em vista que no plano fático os

¹⁵¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 226.

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. IV**. 21. ed. rev. e atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 151.

¹⁵³ GOMES, Orlando. op. cit., p. 227-228

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 669.

¹⁵⁵ GOMES, Orlando, op. cit., p. 226-227.

condôminos possuem a sua parte certa e determinada, mas ainda têm direitos em comum sobre o todo.¹⁵⁶

Assim, com base nessa classificação, a herança pode ser compreendida como uma comunhão legal incidente, pois além de ser prevista em lei, no art. 1.791 do CC, também é provisória, tendo fim com a partilha, que de acordo com Silvio de Salvo Venosa, é quando deixa de haver herança e os coerdeiros se tornam proprietários de bens individualizados.¹⁵⁷ Além disso, a herança também pode ser classificada como um condomínio *pro indiviso*, já que os herdeiros têm a posse da universalidade de bens sem qualquer divisão, de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.¹⁵⁸

No condomínio em geral, que pode ser *pro diviso* ou *pro indiviso*, pode-se discutir em que momento ele passou a apresentar essa divisão. A herança, entretanto, já é *pro indiviso*, por isso, a questão fica centrada à constatação se a posse do coerdeiro é exclusiva ou não. Tendo como ponto de partida a noção de condomínio e que os herdeiros são regidos pelas suas normas até a partilha, será explorada a questão da usucapião de condomínio para que se possa analisar se os casos são análogos aos do herdeiro.

Em relação à modalidade de usucapião, Benedito Silvério Ribeiro assevera que a pleiteada por condômino não pode ser ordinária porque ela exige, dentre os seus requisitos, a posse justa, - que não pode ser violenta, clandestina nem precária -, e a posse do condômino tem o vício da precariedade, considerando o título do condômino é utilizado contra si. Desta forma, cabe a usucapião extraordinária, que dispensa a posse justa e estabelece um prazo maior em relação à ordinária.¹⁵⁹ Isso pode ser aplicado também ao coerdeiro, visto que a situação de precariedade é a mesma.

No que tange à universalidade de bens, Benedito Silvério Ribeiro afirma que, apesar de não ser possível a prescrição aquisitiva de coisa incerta, o condômino pode pleitear a usucapião do condomínio na sua totalidade ou de apenas uma parte determinada na qual exerce posse exclusiva. No primeiro caso, a posse exclusiva de todo o condomínio exclui a comosse. Assim, é necessária a presença das condições da usucapião extraordinária, tais qual o *animus domini*, o prazo de quinze anos, bem a posse mansa e pacífica. Além disso, o possuidor que pretende usucapir o todo não pode estar administrando o condomínio de forma

¹⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 671.

¹⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 392.

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 70.

¹⁵⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 337.

que admita a posse dos demais, como acontece quando ele, por exemplo, presta contas aos outros.¹⁶⁰

Moreira Alves, por sua vez, afirma que se admite posse de universalidade de fato. Contudo, a universalidade de direito por ser um complexo de relações jurídicas, não pode ser objeto de posse. Nesse sentido, afirma que não existe “posse da herança”, mas “posse dos bens da herança”.¹⁶¹ Assim, a analogia ao condomínio nesse caso não se aplica ao coerdeiro.

Em relação ao condômino que intenta usucapir apenas parte do condomínio em que seja possuidor exclusivo, deve-se considerar a diferença entre o condomínio *pro diviso* e *pro indiviso*. Carla Modina Ferrari e Henrique Ferraz Corrêa de Mello afirmam que no condomínio *pro diviso* é possível a usucapião de parte cuja posse do condômino seja exercida de forma exclusiva, por não ser uma composses de fato, mas apenas jurídica. Na copropriedade *pro indiviso*, por outro lado, não há que se falar, em regra, em usucapião, por não haver divisão no condomínio. Entretanto, caso o usucapiente demonstre que possui a parte exclusivamente com exclusão dos outros condôminos, indicando *animus domini*, admite-se a usucapião.¹⁶²

Desse modo, entra a discussão acerca do entendimento jurisprudencial do STJ, que após o *leading case* do REsp 1631859 / SP prolatado pela Terceira Turma, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/05/2018, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 29/05/2018, tem entendido que é possível a usucapião de bem do acervo hereditário por coerdeiro quando este exerce a posse exclusiva do bem. Foi, nesse julgado, referida a questão condominial.¹⁶³

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. HERDEIRA. IMÓVEL OBJETO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO POR CONDÔMINO SE HOUVER POSSE EXCLUSIVA. 1. Ação ajuizada 16/12/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir acerca da possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança, ocupado exclusivamente por um dos herdeiros. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. 4. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/02). 5. A partir dessa transmissão, cria-se um condomínio pro indiviso sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos co-

¹⁶⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336-347.

¹⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 198.

¹⁶² FERRARI, Carla Modina; MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. **Usucapião em condomínio, vol. VIII**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/246690111/v1/page/RB-4.1>. Acesso em: 10 ago 2021. p. RB-4.4.

¹⁶³ No mesmo sentido, AgInt no AREsp 1527409 / RN, AgInt no REsp 1840023 / MG.

herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio, como mesmo disposto no art. 1.791, parágrafo único, do CC/02. 6. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. 7. Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão - o outro herdeiro/condômino -, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem. 8. A presente ação de usucapião ajuizada pela recorrente não deveria ter sido extinta, sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à origem a fim de que a esta seja conferida a necessária dilação probatória para a comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.¹⁶⁴

Nesse caso, a Terceira Turma do STJ entendeu que a herdeira poderia usucapir bem imóvel pertencente ao acervo do *de cuius* contra seu irmão, que é coerdeiro, tendo em vista a sua posse exclusiva, devendo a autora, para tanto, apenas comprovar a presença dos requisitos da usucapião extraordinária. Como pode-se perceber a partir da ementa e do inteiro teor do julgado, o referido tribunal admitiu essa possibilidade com base, principalmente, em precedentes de usucapião de área comum de condomínio proposto por condômino.

A comparação ocorre porque a área comum, assim como a herança, é *pro indiviso*, e o próprio tribunal já decidiu diversas vezes que ele pode ser usucapido quando há posse exclusiva juntamente com os requisitos legais da usucapião.¹⁶⁵ Decisões assim já ocorreram, inclusive, em relação à área comum de condomínio edilício, que em julgados dos tribunais de justiça de alguns estados, bem como do STJ, já se admitiu a sua usucapião por aplicação do princípio da boa-fé, tendo em vista que além da posse exclusiva houve *supressio* por parte dos demais condôminos, que agiram de forma omissiva. A título de exemplo, podem ser extraídas as seguintes ementas prolatadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo STJ:

APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – CONDOMÍNIO – ÁREA COMUM – VAGA DE GARAGEM – CONSTRUÇÃO AUTORIZADA EM ASSEMBLEIA DE CONDOMÍNIO – UTILIZAÇÃO COM EXCLUSIVIDADE – EXPECTATIVA DO PROPRIETÁRIO – SUPRESSIO – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. Em casos excepcionais, admite-se usucapião sobre áreas comuns específicas, especialmente se não houver oposição por parte dos demais condôminos. No caso dos autos, a construção da garagem em área comum do edifício foi autorizada em Assembleia de Condomínio realizada em 1991, sendo que a obra foi custeada pelo

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1631859 Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DF, 22 mai. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 mai. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600729375&dt_publicacao=29/05/2018. Acesso em: 20 ago. 2021.

¹⁶⁵ Cf. AgRg no Ag 731.971/MS, AgRg no Ag 731.971/MS, AgRg no AREsp 22114 / GO, AgInt nos EDcl no AREsp 750322 / MG.

apelante, que exerce a posse de forma exclusiva, mansa, pacífica, com ânimo de dono e sem qualquer oposição, e inclusive aluga a vaga para outros moradores do edifício. In casu, ocorreu o fenômeno da *supressio*, fundada na boa-fé objetiva, uma vez que o condomínio apelado poderia ter adotado as providências cabíveis desde a construção da garagem em 1991, mas manteve-se inerte, criando expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhe correspondia não seria mais exercido. Deve ser reconhecido o direito dos apelantes à aquisição da vaga de garagem por usucapião, devidamente delimitada e de uso exclusivo do condômino, sendo sua posse mansa, pacífica e com ânimo de dono.¹⁶⁶

CONDOMÍNIO. Área comum. Prescrição. Boa-fé.

Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o statu quo. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*).
Recurso conhecido e provido.¹⁶⁷

Não se pretende aqui uma aplicação analógica de julgados nesse sentido à situação do coerdeiro, considerando ainda que o condomínio horizontal tem tratamentos bastantes diversos da copropriedade dos herdeiros. Contudo, podem ser levantadas algumas observações. Dentre elas, a aplicação da *supressio* para afastar a propriedade dos demais condôminos em relação a um bem comum.

A *supressio*, conforme afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ocorre quando uma faculdade jurídica é perdida pelo seu titular pelo seu não exercício em certo lapso de tempo, ocorrendo, para a outra parte, a *surrectio*, que é a própria vantagem obtida pelo que exercitou o direito. Segundo os autores, isso ocorre devido ao princípio da boa-fé objetiva, por haver uma relação de confiança entre os envolvidos. Nesse sentido, citam como exemplo o do condomínio edilício, no qual o condômino tolera que o outro exerça a posse exclusiva de bem comum.¹⁶⁸

A boa-fé, que é considerada uma cláusula geral do Direito Civil,¹⁶⁹ tem uma maior relevância para os autores adeptos à teoria da aplicação indireta dos direitos fundamentais,

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10024111191979001. Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 10 mar.2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.119197-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 27 ago. 2021

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 214.680/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Brasília, DF, 10 ago. 1999. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 nov. 1999. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900428323&dt_publicacao=16/11/1999. Acesso em: 27 ago. 2021.

¹⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 597.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 508.

que como já foi abordado, entendem que nas relações entre particulares aplica-se os direitos fundamentais apenas por meio dessas cláusulas, que são do próprio direito privado.

Surgem questionamentos sobre o direito à herança, pois no caso do condomínio edilício, o não exercício do direito à propriedade induz a usucapião caso haja a presença dos requisitos para tanto por parte do possuidor. Contudo, com o herdeiro, o tratamento não é o mesmo, já que a discussão sobre a prescrição pelo seu não exercício não é unânime.

Não entra nessa questão a exigência de solenidade do ato de renúncia ao direito de herança previsto no art. 1.806 do CC, pois o não exercício de direito fundamental não se confunde com a sua renúncia nem tampouco a induz, conforme assevera Pedro Augustin Adamy, que também faz a seguinte distinção:¹⁷⁰

No não-exercício há uma passividade do titular do direito, quanto a renúncia requer uma ação, um ato de concordância com a diminuição da esfera do direito fundamental. Outro aspecto se refere à possibilidade de o não-exercício ser permanente. Isto é, enquanto a renúncia deve necessariamente ser temporalmente limitada, o não-exercício pode ser indefinidamente prolongado pelo seu titular desde que ele assim escolha.¹⁷¹

Em relação a isso, Benedito Silvério Ribeiro, ao defender a possibilidade de usucapião de bem de herança pleiteada por herdeiro quando há posse exclusiva com *animus domini*, afirma que não é necessária a renúncia dos demais herdeiros, nem tampouco manifestação de desinteresse para a usucapião quando presentes os requisitos para tanto, bastando apenas que eles não se oponham à posse.¹⁷² Assim, pelo entendimento desse autor, é possível que o não exercício do direito à herança, da mesma forma que o não exercício do direito à propriedade, possa ser causa para a prescrição aquisitiva. Esse entendimento pode ser considerado destoante das jurisprudências e da doutrina que afirmam que a posse de um herdeiro a um bem específico é ato de mera tolerância dos demais, que, como já foi visto, tem sido rebatido com a alegação de que a posse exclusiva *animus domini* afasta a composses.

Nesse sentido, o direito à herança aparece como um tema fulcral à compreensão da matéria, pois a depender de como se entende que seja o seu conteúdo essencial e como se dá a sua restrição, pode-se afirmar se há ou não uma possível colisão entre princípios, ou mesmo a aplicação da *supressio*. Assim, caso se tenha uma conclusão de que o direito à herança é apenas uma garantia do instituto, a discussão acaba no aspecto patrimonialista que o Código Civil confere. Considerando, contudo, o direito à herança como um direito decorrente

¹⁷⁰ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 40.

¹⁷¹ Ibidem, p. 43.

¹⁷² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012, p.299-302.

do da propriedade, já poderia ser introduzida a questão da função social da propriedade e, inclusive, da posse diretamente ao direito à herança. Por outro lado, em uma diferenciação entre esses direitos, - principalmente considerando que a posse do herdeiro tem características “*sui generis*” em relação à posse como exercício de fato -, a função social da propriedade, como uma restrição externa, poderia exercer influência no direito à herança em uma possível colisão com o direito à propriedade, bem como considerando seus pontos em comum, mas não de forma direta.

O tema dos direitos fundamentais nesse caso não se limita à restrição do direito à herança e do direito à propriedade em um possível conflito por meio do sopesamento, mas diz respeito, principalmente, à constitucionalização dos institutos do Direito Sucessório, que na maioria das vezes, tem uma discussão mais atrelada ao Direito de Família sem maiores aprofundamentos em relação à composses e à copropriedade dos herdeiros, bem como a sua relação com o direito à propriedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base a autonomia do direito à herança, a função social da propriedade não pode restringi-lo de forma direta, mas pode estar presente no Direito das Sucessões. Assim, só se pode falar em função social da propriedade quando houver algum ponto em comum ou colisão entre o direito à propriedade e o direito à herança.

Em relação à posse do herdeiro, que é distinta da posse como exercício de fato do art. 1.196 do CC, tem-se como necessária a sua releitura constitucional, que não tem sido objeto de estudos pela falta de pesquisas especializadas na área.

Quanto à usucapião de bem de herança pleiteada por coerdeiro contra os demais, constata-se que a sua admissão por parte da doutrina e da jurisprudência tem como base uma comparação com o condomínio ordinário, que em relação a alguns aspectos pode ser aplicável, mas outros não, tendo em vista que nesse caso em específico está-se diante do direito à herança. Assim, conclui-se que a questão se volta para a posse/propriedade do coerdeiro, que apesar de já tê-la, ao exercer uma posse exclusiva de um bem como situação de fato pode não ter o reconhecimento dessa posse como *ad usucapionem* devido a toda a convenção jurídica que é feita no Direito das Sucessões.

Portanto, do ponto de vista condominial, afirma-se que é possível a usucapião de bem de herança por coerdeiro quando detém posse exclusiva. Porém, ainda se faz necessário mais estudos sobre o direito à herança para a melhor compreensão de suas restrições diante de uma situação omissiva do coerdeiro.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640645/>. Acesso em: 18 ago. 2021.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 1: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Posse, 2: estudo dogmático**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496210>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mai. 2021.
- BRASIL. **Código civil quadro comparativo 1916/2002**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 22 mai. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 22 mai. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1631859 Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DF, 22 mai. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, 29 mai. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600729375&dt_publicacao=29/05/2018. Acesso em: 20 ago. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 214.680/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Brasília, DF, 10 ago. 1999. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 nov. 1999. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900428323&dt_publicacao=16/11/1999. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10024111191979001. Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª Câmara Cível, Belo Horizonte, MG, 10 mar.2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.119197-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 27 ago. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

DA ROCHA FILHO, Almir Porto. Usucapião. **Revista de Ciência Política**, v. 28, n. 1, p. 47-88, 1985. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60219/58533>. Acesso em: 19 jul. 2021.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: uma proposta de releitura do princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, nº 205, janeiro/março, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p23. Acesso em 17 ago 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRARI, Carla Modina; MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. **Usucapião em condomínio, vol. VIII**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/246690111/v1/page/RB-4.1>. Acesso em: 10 ago 2021.

FERREIRA. Luís Pinto. **Posse, ação possessória e usucapião**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1983.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito das Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555594812. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/759394>. Acesso em: 02 jul. 2021.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização (Brasil)**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/23812>. Acesso em: 26 jun. 2021.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Sucessões** 15. ed. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões: volume 6**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593686/>. Acesso em: 01 jul. 2021.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo LX: direito das sucessões: testamentário inventário e partilha**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969.

MONTEIRO, Washington de Barros atual. FRANÇA, Ana Cristina de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil, Vol 6**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/581953>. Acesso em: 27 jun. 2021.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas - Na sucessão Legítima e Testamentária**. 20. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977436/>. Acesso em: 18 ago. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. VI**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. IV – direitos reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas, vol. 1**. Ed fac-sim. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496209>. Acesso em: 12 jul. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, vol. 1**. 8. ed. rev. e atual. com a usucapião familiar. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 31 mai 2021.

TABOSA, Agerson. **Direito romano**. 3.ed. Fortaleza: FA7, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *In: Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos de direito civil, vol. 5 - direitos reais**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989613/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 7**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992484. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992484/>. Acesso em: 01 jul. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. *In: Temas de direito civil – Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In: Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.