

presente demanda possessória, obter o reconhecimento do referido direito de retenção, remanescendo ao mesmo a possibilidade de recorrer às vias ordinárias, a fim de comprovar tais alegações e ser ressarcido pelas eventuais benfeitorias úteis e necessárias realizadas.

Por todo o encimado, correta se mostrou a sentença no ponto em que negou procedência ao pedido de usucapião formulado pelos réus, bem como de indenização ou retenção por benfeitorias.

No entanto, no que se refere ao pedido reintegratório formulado pela autora, resta patente a necessidade de reforma do julgado, sendo justo e legítimo o direito da autora, ora Apelante 1, de ser reintegrada na posse do imóvel, tanto por exercer a condição de inventariante do espólio, mas, sobretudo, por ter, por força de lei, reconhecido direito real de habitação (art. 1.611, §2º, CC/1916)

Assim, não se pode tutelar e, muito menos cancelar, que o primeiro réu e sua companheira, com base no abuso de confiança da viúva (precariedade) e pelo uso da força (violência), possam ingressar e permanecer sem qualquer respaldo legal e/ou judicial, em imóvel que há muito já se encontrava na posse direta da viúva e inventariante do espólio.

Por tais fundamentos, conhece-se dos recursos, negando provimento ao segundo e dando provimento ao primeiro, para julgar procedente o pedido reintegratório formulado na inicial, determinando a reintegração da autora, ora Apelante 1, na posse do imóvel descrito na inicial, no prazo de 30(trinta) dias, sob pena de multa a ser fixada pelo juízo *a quo*. Considerando o provimento do recurso da parte autora, invertem-se os ônus de sucumbência, observado, quanto à segunda ré, o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50. Fica, no mais, mantido o julgado monocrático.

Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 2008.

Des. **ELISABETE FILIZZOLA**
Relatora

Com efeito, embora seja incontroverso que o imóvel passou por obras, e tenha o primeiro réu juntado diversos documentos esparsos a fls. 106/191, fato é que não há provas de que tais obras tenham sido custeadas direta e exclusivamente pelo réu e, muito menos, não há qualquer especificação e discriminação das benfeitorias efetivamente consideradas úteis e necessárias ao imóvel.

Cumprido dizer que vários dos documentos acima citados referem-se a itens absolutamente voluptuários, além da enorme maioria não possuir prova efetiva de sua destinação. Logo, não pode o pedido de retenção ser julgado procedente.

Sobre o tema leciona claramente o professor Silvío de Sálvio Venosa, que no volume IV de sua coleção de Direito Civil, assim dispõe:

“A jurisprudência inclina-se no sentido de que o direito à retenção, nas ações possessórias, deve ficar reconhecido na sentença. Destarte, não alegadas ou não provadas benfeitorias no curso da ação possessória, fica inibida a defesa por meio de embargos de retenção (RT 653/187, 681/91, JTASP 100/361, RTJSP 130/314). No entanto, ainda que não seja possível esse procedimento, o credor poderá sempre recorrer às vias ordinárias; caso contrário, ocorreria enriquecimento injusto (JTASP 100/86). Por outro lado, as benfeitorias devem vir descritas e discriminadas. Simples menção genérica, sem conteúdo probatório no curso da ação possessória, é insuficiente para indenização e retenção.”

(in ‘Direito Civil: Direitos Reais’, volume IV – Ed. Atlas: São Paulo, 2004, pág. 102)

Vale ressaltar, neste tocante, que embora o réu tenha chegado a requerer a produção de prova pericial para tal fim, certo é que o aludido requerimento restou indeferido pela decisão saneadora de fls. 386, não tendo contra ela interposto os réus o competente recurso no prazo que seria cabível. Logo, é de se considerar preclusa a matéria atinente à prova pericial.

Assim, não tendo o réu logrado discriminar e descrever precisamente as alegadas benfeitorias no âmbito destes autos, nem mesmo comprovar os respectivos gastos com aquelas consideradas efetivamente úteis e necessárias ao imóvel, não pode pretender, no curso da

do bem é capaz de justificar o exercício da posse sobre o imóvel em sobrepujamento ao inquinado direito de habitação da viúva.

Em outras palavras, como bem aclarado pela insigne Min. NANCY ANDRIGHI, o réu, na qualidade de filho da demandante e do *de cuius*, deverá aguardar a extinção do direito real de habitação que é temporário e vigorará enquanto a primeira recorrente viver e permanecer viúva. Já quanto à herança, após a devida partilha, terá o primeiro réu individualizado o seu quinhão, podendo sobre ele exercer seu direito com exclusividade.

No que se refere à pretensão do réu de ver reconhecida a usucapião do imóvel, verifica-se que a mesma encontra-se absolutamente desprovida de qualquer fundamento mínimo.

Como já bem ressaltado pelo i. magistrado *a quo*, o primeiro réu é apenas um dos 7 filhos do *de cuius* e, portanto, apenas um dos co-herdeiros do bem. Logo, a posse que exerce sobre o imóvel enseja a situação jurídica da composses, o que, por si só, a despeito de divergências, já obsta o reconhecimento da usucapião em detrimento dos demais compossuidores.

Ademais, não fosse esse argumento mais do que suficiente, verifica-se que as próprias testemunhas arroladas pelo réu não comprovam a sua alegação de ter exercido a posse mansa e pacífica sobre o bem pelo período ininterrupto de 30 (trinta) anos, tal como querem fazer crer os Apelantes 2.

Registre-se que a divergência entre as testemunhas arroladas e ouvidas nos autos é tamanha, que há declarações reconhecendo a posse do réu por 5(cinco) anos (fls. 463), 8(oito) anos (fls. 461), 16(dezesseis) anos (fls. 459), dentre outros prazos mais ou menos dilatados. Por tanto, diante de própria controvérsia entre os aludidos depoimentos e a inconsistência de suas declarações, não há como se reconhecer sequer o efetivo decurso do prazo mínimo exigido por lei para fins alegada prescrição aquisitiva.

Quanto à pretensão do autor de obter o reconhecimento do direito à retenção do imóvel por benfeitorias nele realizadas, é de considerar que a mesma também não merece acolhimento.

permanecer viúva e d) se tratar do único bem imóvel a ser inventariado.

Reconhecido o direito real de habitação especial pelo ordenamento legal, é curial que se disponibilize ao titular desse direito instrumentos processuais capazes de assegurar o exercício do direito.

Conclui o acórdão recorrido que por causa da indivisibilidade do bem imóvel, e mãe e filho, estando em gozo do mesmo direito, cada um dos compossuidores poderá exercer a posse sem excluir a do outro, mantendo, assim o decidido no primeiro grau de jurisdição pela impossibilidade jurídica do pedido.

A preferência do exercício da posse é da recorrente, cônjuge sobrevivente, em detrimento do direito dos demais herdeiros e compossuidores, porque o direito real de habitação especial veio a lume para garantir a proteção à viúva assegurando-lhe a permanência tranqüila no imóvel onde viveu com o "de cujus".

Delineado doutrinariamente o instituto do direito real de habitação especial, fica evidenciado que o pedido reintegratório postulado pela recorrente encontra respaldo no ordenamento jurídico, porque a todo o direito deverá corresponder uma ação para garantir seu exercício.

Nesse passo, cabe à recorrente o direito exclusivo de habitar a casa sem qualquer interferência do herdeiro, ficando afastado temporariamente, qualquer outro direito no que se refere à residência do cônjuge sobrevivente.

O herdeiro, filho da recorrente deverá aguardar a extinção do direito real de habitação que é temporário que vigorará enquanto a recorrente viver e permanecer viúva. Quanto à herança propriamente dita, após a partilha o herdeiro terá individualizado o seu quinhão, podendo sobre ele exercer seu direito com exclusividade.

Forte nessas razões, acompanho o voto do Relator e após conhecer do recurso especial, dou-lhe provimento para determinar que se prossiga na ação possessória obedecido o devido processo legal.” (grifou-se)

Assim, diante de todo o encimado, tendo ficado demonstrado, com suficiente juízo de convicção, que a autora, ora Apelante 1, além de inventariante e meeira do falecido Oldemar da Costa e Silva, ostenta também o direito real de habitação sobre o imóvel objeto em litígio, não há como se negar o esbulho possessório cometido pelo primeiro réu e a sua companheira, uma vez que, nem mesmo a sua condição de co-herdeiro

decidiu que em curso o direito real de habitação não pode o filho, também herdeiro, requerer a extinção do condomínio (REsp nº 234.276/RJ, DJ de 17/11/032), seguindo precedente mais antigo de que Relator o Ministro Ruy Rosado (REsp nº 107.273/PR, DJ de 17/3/97).

Se a titular do direito real de habitação detém a posse por força de aplicação dos artigos 718 e 748 do Código Civil de 1916, e, ainda, como consequência lógica do exercício do próprio direito, não se lhe pode recusar a defesa possessória. (...)

(REsp 616027/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 14/06/2004, DJ 20.09.2004 p. 293)

Não com menos brilhantismo e precisão, a doutra Ministra NANCY ANDRIGHI, em voto vista proferido naqueles mesmos autos do REsp 616027/SC, assim também logrou enfrentar e elucidar a matéria, *verbis*:

“Para melhor análise da presente hipótese, é preciso distinguir o instituto do direito real de habitação clássico que decorre de testamento ou contrato, do direito real de habitação especial, cujo exercício independe de instrumento de constituição e registro.

O direito real de habitação especial foi introduzido no ordenamento jurídico por ocasião da vigência do Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62, que deu nova feição ao instituto, **com o fim de assegurar ao cônjuge sobrevivente o direito de permanecer habitando no imóvel do casal que servia de residência da família do "de cujus"**.

Trata-se, pois, de um direito sucessório exercitável a partir da abertura da sucessão, de modo que a contar desse momento tem o cônjuge sobrevivente instrumentos processuais para garantir o direito de habitar na residência familiar.(...)

Saliente-se que o pedido de prestação jurisdicional formulado pela recorrente, visando a assegurar o direito de habitação especial, o qual tem sua constituição e exercício é liberto de formalismo, sendo, dessa forma, **desnecessário a elaboração de instrumento ou registro, porque opera ex vi legis, bastando para seu exercício a demonstração dos seguintes requisitos**: a) ser o cônjuge sobrevivente; b) ter sido casado pelo regime de comunhão universal de bens; c)

manutenir ou reintegrar a requerente em uma posse que não é exclusivamente sua, mas que exerce em comunhão com o próprio requerido, haja vista a composses decorrente do imóvel pertencer em condomínio a ambas as partes"(fl. 39).
(...)

O especial põe a questão em torno do direito real de habitação, previsto no art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916.

A questão é muito interessante. Qual o efeito do direito real de habitação, qual o seu alcance? Será que aquele que tem o direito real de habitação pode ter esbulhada a sua posse por quem também é compossuidor, ao abrigo do art. 488 do mesmo Código?

Tenho que deve refletir-se melhor sobre a força do direito real de habitação como fonte de posse exclusiva durante o seu exercício, de modo a excluir a de qualquer outro.

A regra está reproduzida com alterações no novo Código, art. 1.831.

Na minha compreensão, a circunstância da composses, em caso de exercício do direito real de habitação, não autoriza o esbulho. Se fosse assim, teria pouca valia. Todos os que fossem compossuidores poderiam, indiscriminadamente, ocupar também o imóvel, em conjunto com o titular do direito real. E, **na verdade, a habitação com outra pessoa somente pode ser admitida se esta outra detiver o mesmo título, tal e qual está previsto no próprio Código, art. 747 do antigo Código e no 1.415 do novo.**

É mais. O próprio Código quis cercar o direito real de garantias próprias, tanto que teve a cautela de mandar aplicar ao instituto as regras do usufruto, naquilo que não contrariar a sua natureza, como está no art. 748 do Código Civil de 1916 e no 1.416 do novo.

Como sabido, está assegurado ao usufrutuário direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (art. 718 do Código Civil de 1916 e 1.394 do novo).

De fato, **a posse é inerente ao direito real de habitação, como é também ao usufruto, porque se assim não fosse o direito não estaria assegurado. E posse exclusiva, porque o direito real se sobrepõe àquele decorrente da composses, sob pena de estar desqualificado o próprio instituto, que nasceu para proteger a viúva, garantindo-lhe a permanência, sem esbulho, na habitação em que conviveu com seu marido.**

Veja-se que esta Corte, dando correto alcance ao direito real de habitação, Relator o Ministro Fernando Gonçalves,

aos seus herdeiros, não havendo fundamento jurídico para se negar, nesta seara, o direito real de habitação da viúva supérstite.

Ocorre que, a posse decorrente do direito real de habitação ostenta natureza e alcance distintos daqueles conferidos aos demais herdeiros do *de cujus*. Isso porque, embora antes da partilha subsista entre os co-herdeiros uma situação jurídica de comosse sobre a totalidade indivisa dos bens que compõem o espólio, na verdade, o direito real de habitação recai específica e individualizadamente sobre o único imóvel residencial do casal, não comportando divisão ou comosse.

Vale dizer, trata-se de direito de natureza temporária – assegurada à viúva enquanto esta viva for e nessa condição permanecer – de continuar a habitar e exercer a posse sobre o bem em que vivia maritalmente com o *de cujus*, ensejando, durante este período a posse exclusiva sobre o bem. Até mesmo porque, segundo previsto no próprio art. 747, do CC/1916 (art. 1.415, do CC/2002), a habitação com outra pessoa somente pode ser admitida se esta outra detiver o mesmo título, o que não se configura no cotejo entre o direito da viúva e o direito dos co-herdeiros.

Com efeito, o direito real de habitação se sobrepõe àquele decorrente da comosse entre os herdeiros, sob pena de estar desqualificado o próprio instituto, que nasceu para proteger a viúva, garantindo-lhe a permanência, sem esbulho, no imóvel em que sempre habitou e conviveu com seu marido.

Este é o exato entendimento albergado não apenas pela mais abalizada doutrina, como também no âmbito de nossa jurisprudência, notadamente no que se refere ao C. STJ.

Sobre o tema, profícuo colacionar as lições delineadas pelo ilustre Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO que, em voto condutor proferido no REsp 616027/SC, ao enfrentar hipótese absolutamente semelhante à presente, assim discorreu acerca da matéria (grifou-se):

“A recorrente ingressou com ação de reintegração de posse; alegando que está sendo esbulhada pelo próprio filho.

A inicial foi indeferida, extinto o processo nos termos do art. 267, I, do Código de Processo Civil. Considerou o Juiz que *“não há no ordenamento jurídico vigente, possibilidade de*

Por outro lado, pelo que se permite inferir do exame dos autos, o imóvel situado na Rua Riodades, nº. 106, Fonseca – Niterói/RJ, além de corresponder à residência oficial da viúva e de seu falecido esposo, ainda desponta como sendo o único imóvel a compor o Espólio do Sr. Oldemar da Costa e Silva.

Vale dizer que a escritura de fls. 274, lavrada no ano de 1987, já informava ser a autora, ora Apelante 2, residente e domiciliada na Rua Riodades, nº. 106, Fonseca – Niterói/RJ, qual seja, exatamente o imóvel objeto do litígio.

A própria certidão de óbito de fls. 284, datada de 16/10/1986, também noticia que o Sr. Oldemar da Costa e Silva, ao tempo de seu falecimento, era residente e domiciliado naquele mesmo endereço, o que somente corrobora que o referido bem era, oficialmente, o imóvel de residência do casal.

Ora, embora insistam os réus, ora Apelantes 2, em afirmar que haveria mais de um imóvel deixado pelo falecido Oldemar da Costa e Silva, fato é que inexistem nestes autos prova convincente de tal alegação.

Vale dizer que a existência de uma pequena “meia-água” erigida no mesmo terreno, conforme descrito pela própria viúva – e que parece ter sido objeto de demolição por parte do próprio réu –, não chega a configurar um imóvel autônomo, não sendo, portanto, capaz de afastar a incidência do disposto no art. 1.611, §2º, do CC/1916 à hipótese dos autos.

Ademais, se houve ou não sonegação de bem ao inventário – como insistem em alegar os demandados –, esta é uma questão que, realmente, só poderá ser apurada e decidida pela Vara de Órfãos e Sucessões em que tramitam, concomitantemente, os inventários dos Espólios de Maurício da Costa e Silva e de Oldemar da Costa e Silva, sendo aquele o juízo competente para dirimir tais questões.

No entanto, o que importa para o deslinde da presente demanda possessória é que, segundo a cópia das primeiras declarações acostada a fls. 334/337, bem como de acordo com as demais provas coligidas a estes autos, o imóvel objeto do litígio exsurge, até este momento, como o único bem deixado pelo Sr. Oldemar da Costa e Silva

Daí porque, tendo o magistrado *a quo* reconhecido em sua própria sentença que o réu teria o dever de admitir a composses por parte dos demais co-herdeiros – o que, confessadamente, não estariam, ele e sua companheira, dispostos a fazer –, reside já aí motivo assaz suficiente para se deferir à autora o seu direito à reintegração na posse do indigitado imóvel.

No entanto, impende ressaltar que a hipótese dos autos é ainda mais gravosa.

Isso porque a disputa possessória não se estabeleceu entre um ou dois filhos do *de cuius* – ou seja, entre herdeiros de mesma classe e vínculo jurídico. Na verdade, verifica-se que a referida disputa possessória firmou-se entre um dos filhos do *de cuius* e a sua própria mãe, ou seja, a viúva supérstite do falecido, a quem, na forma da lei, é reconhecida não apenas o direito à meação, mas também o direito real de habitação.

Vale dizer que esta é a norma encerrada no art. 1.611, §2º, do Código Civil de 1916 – que, como já acima esclarecido, é o diploma legal aplicável ao caso vertente – o qual assim dispõe, *verbis*:

“Art. 1.611. Á falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§1º (...)

§ 2º **Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.**”

Na hipótese dos autos, como se vê pela cópia da certidão de casamento acostada a fls. 288, resta claro e inequívoco que a autora, ora Apelante 1, e o falecido Oldemar da Costa e Silva casaram-se exatamente sob o Regime da Comum de Bens, razão pela qual tem o disposto no art. 1.611 do CC/1916 inegável aplicação à esfera jurídica da demandante.

“ESBULHO POSSESSÓRIO. IMÓVEL OBJETO DE INVENTARIO. PARTILHA DE BENS. INOCORRÊNCIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AÇÃO PROPOSTA POR ESPÓLIO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE ESBULHO POSSESSÓRIO. Sentença que julga **procedente o pedido reintegrando o espólio na posse do imóvel ocupado indevidamente pelo Réu**, que se mantém. **Com o óbito do proprietário do bem imóvel operou-se a transferência da posse aos herdeiros legítimos, todavia, enquanto não há partilha homologando o quinhão de cada herdeiro, cabe ao inventariante a administração dos bens do espólio até a sua divisão**, dando-lhe a destinação econômica. RECURSO IMPROVIDO. (grifei)”
(Apelação Cível nº 2001.001.27990, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Elisabete Filizzola, julgado em 19/02/2002)

Assim, nada obsta que a inventariante busque proteger a sua posse direta sobre os bens da herança em face de quaisquer dos co-herdeiros que venham a tentar possuí-los diretamente de forma arbitrária e injusta.

Nesta linha, vê-se que, sempre que um herdeiro, ainda que ostentando a qualidade de possuidor indireto, imiti-se na posse de bem do espólio, antes de ser ultimada a partilha, sem prévia e justa autorização judicial ou sem a plena concordância do inventariante, passa a exercer posse injusta.

E esta é exatamente a hipótese dos autos.

Por mais legítima que possa parecer, *ab initio*, a atitude da primeiro réu ao passar a residir no imóvel do qual entende ser herdeiro legítimo, não se pode olvidar aqui, que o nosso ordenamento jurídico, como regra geral, não admite o exercício arbitrário das próprias razões.

Assim, a partir do momento em que o réu, ora Apelante 2, passa a exercer a sua posse, com abuso de confiança de sua mãe e, inclusive, com prática de atos de violência, impedindo o exercício do direito de todos os demais co-herdeiros, resta claro, por si só, que tal conduta já é capaz de configurar a figura do esbulho possessório.

expressamente o *droit de saisine*, isto não significa dizer que os herdeiros possam, logo após a abertura da sucessão, se imitar na posse direta dos bens que compõem a herança, de acordo com a sua simples vontade e conveniência.

Com a morte do *de cuius*, repita-se, o que se transmite aos herdeiros é, na verdade, a posse indireta de seus bens, porém, não propriamente a sua posse direta; esta última fica reservada, em regra, ao espólio, competindo à inventariante exercer a devida e necessária administração dos bens da herança.

Neste exato sentido, a jurisprudência deste E. TJ/RJ, a saber:

“APELAÇÃO CÍVEL. POSSESSÓRIA. POSSE DIRETA INDIRETA PRINCÍPIO DA SAISINE O art. 1572 consigna o princípio da saisine, admitindo a idéia de que a posse da herança se transmite in contineti aos herdeiros do morto. Tal, dispositivo visa atribuir ao herdeiro a condição de possuidor, nem, contado, cogitar de subordinar a aquisição de tal fito à apreensão material da coisa. Esta assertiva revela-se de vital importância quando observado que a posse é mera situação fática. **Parece estreme de dúvidas a afirmação de a posse transmitida aos herdeiros é a chamada posse civil, ou seja, aquela que prescinde da apreensão material da coisa. De igual norte, a conclusão de que o inventariante, na qualidade de gestor dos bens do espólio, exerce a posse direta sobre os indigitados bens. A posse Indireta (a posse do herdeiro) e posse direta (posse do espólio) coexistem. Ambas ora tuteladas pelo direito, sendo lícito seus titulares defendê-las.** Contra o terceiro, pode o possuidor direto, ou indireto, invocar a proteção possessória, sem que para tanto seja necessário o auxílio ou assistência do outro. Mas, sendo o ato de esbulho praticado pelo possuidor Indireto, tem o possuidor direto ação contra ele. E outra não é a hipótese dos autos. **O herdeiro, ainda que possuidor Indireto do imóvel, mediatizou a posse do espólio, inibindo os seus poderes de administração.** Ao visitar a inventariante requisitar as chaves instalando a sua família, o herdeiro agiu de forma clandestina, tornando o seu ato viciado e injusto, a teor do art. 489 do Cód. de Proc. Civil. (grifei)” (Apelação Cível nº 2001.001.22794, 11ª Câmara cível, Rel. Des. Jose C. Figueiredo, julgado em 06/02/2002)

“ **Art. 1.579. Ao cônjuge sobrevivente**, no casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, **cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal.**

§ 1º Se porém o cônjuge sobrevivente for a mulher, será mister, para isso, que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela.

§ 2º **Na falta de cônjuge sobrevivente, a nomeação de inventariante recairá no co-herdeiro que se achar na posse corporal e na administração dos bens.** Entre co-herdeiros a preferência se graduará pela idoneidade. ”
(grifou-se)

Extrai-se daí que, embora pela ficção jurídica do *droit de saisine* os bens da herança sejam repassados ao domínio e à posse dos herdeiros, a legislação confere, até a ultimação da partilha, a “*posse corporal*” (posse direta) e a administração dos referidos bens ao inventariante.

Não obstante as assertivas supracitadas possam parecer contraditórias entre si, elas são, na verdade, complementares. Logo, precisam ser interpretadas e aplicadas conjuntamente.

Profícuas, neste sentido, as palavras do insigne doutrinador Silvio Rodrigues, o qual, no 7º volume de sua clássica obra de Direito Civil, assim leciona (grifou-se):

“Como conciliar os preceitos, aparentemente contraditórios, um transferindo a posse a todos os herdeiros, e os outros apontando pessoas que, conforme o caso, administrarão a herança?

A conciliação é simples, pois a contradição se dilui desde que feita a distinção entre posse direta e indireta. Enquanto o inventariante conserva posse direta dos bens do espólio, os herdeiros adquirem a sua posse indireta. Ambos ostentam, simultaneamente, a condição de possuidores.”

(in “Direito Civil – Direito das Sucessões”, vol. 7, 25ª edição, Editora Saraiva:2002, p. 15)

Conclui-se que embora o nosso ordenamento jurídico – tanto sob égide do Código Civil de 1916 (art. 1572), quanto atualmente sob a vigência do Código Civil de 2002 (art. 1784) – tenha consagrado

E neste ponto, *data venia* entendimento em contrário esposado pelo ilustre sentenciante, entendo que razão assiste à autora, ora primeira Apelante, o que se dá não apenas por um, mas por diversos fundamentos, senão vejamos.

Consoante é cediço, o ordenamento jurídico pátrio, de acordo com a influência sofrida pelo direito francês, consagrou no âmbito de nosso Direito Sucessório o *droit de saisine*, ou também chamado de princípio de *saisine*.

Pelo princípio da *saisine*, a lei considera que no momento da morte, o autor da herança transmite imediatamente seu patrimônio, de forma íntegra, a todos os seus herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários. Neste sentido, o exato teor do art. 1572 do C.C./1916, *verbis*:

“**Art. 1.572.** Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

É bem verdade que uma primeira leitura apenas perfunctória e isolada do referido dispositivo levaria a crer que com a morte do inventariado, de fato, a plena propriedade e a plena posse estariam transmitidas aos seus sucessores.

Entretanto, o próprio Código Civil, em outros dispositivos, regula também um justo procedimento que deve ser seguido e respeitado para que se realizem o inventário e a partilha dos bens do *de cujus*, a fim de distribuir os respectivos quinhões hereditários e entregá-los, de forma individualizada, a cada um dos herdeiros. Nesta linha, dispunha o art. do C.C./1916 que:

“**Art. 1.580.** Sendo chamadas simultaneamente, a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio até se ultimar a partilha.” (griou-se)

Na mesma esteira, determinava o art. 1579 do C.C./1916:

No que se refere ao questionamento sobre a lei aplicável à espécie, em que pese o inconformismo dos réus, ora Apelantes 2, vê-se que também agiu corretamente o douto sentenciante ao pautar o seu julgamento nas normas do antigo Código de 1916, não no diploma de 2002.

Isso porque, segundo norma expressa vigente em nosso ordenamento jurídico, a lei que regula a sucessão hereditária – e, conseqüentemente, a transmissão dos bens inventariados e seus respectivos efeitos possessórios – deve ser aquela vigente ao tempo de sua abertura, ou seja, ao tempo do óbito do inventariado.

Neste sentido já dispunha claramente o art. 1.577 do CC/1916, cujo teor fora acolhido e reproduzido pelo próprio art. 1.787 do CC/02, que assim rezam, respectivamente (grifou-se):

“Art. 1.577 - A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor.”

“Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.”

No caso, como se permite inferir pela cópia da certidão de óbito acostada a fls. 284, resta claro que a morte do Sr. Oldemar da Costa e Silva – esposo da autora e pai do primeiro réu – ocorreu no dia 30/09/1986, ou seja, quando ainda vigente o aludido Código Bevilaqua. Logo, sendo esta a data da abertura da sucessão do *de cujus* (art. 1.572, CC/1916) – e não a data da simples distribuição da petição de inventário – não há dúvidas de que a hipótese deve ser regida pelas normas do CC/1916, e não pelo CC/02, tal como pretendiam os réus.

Assim, esclarecidas e superadas as questões atinentes à legitimidade ativa *ad causam* e à lei civil aplicável à espécie, tem-se que, o cerne do litígio reside em saber se o princípio da *saisine* autoriza ou não o exercício imediato e concomitante da posse direta por todos os herdeiros, se o exercício da posse por um dos herdeiros é capaz de configurar a figura do esbulho possessório e, por fim, quais os efeitos jurídicos do direito real de habitação conferido pelo legislador à viúva do inventariado perante os demais herdeiros.

A segunda ré não detém direito próprio. **Compete ao espólio de Oldemar da Costa e Silva, se por acaso não consiga conquistar harmonia entre todos os interessados na partilha da coisa comum, requerer ao Juízo Orfanológico determinação de alienação judicial do bem indiviso, cujo produto deverá ser rateado na proporção de cada quinhão. (...)** (grifou-se)

Sendo assim, diante da simples leitura do trecho supracitado, não há como se falar em qualquer contradição ou obscuridade a ser suprida acerca da referida questão preliminar.

No entanto, ainda que dúvidas pudessem remanescer quanto à matéria, profícua se mostra a invocação da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a qual, pacífica e reiteradamente, tem afirmado a plena legitimação ativa da viúva supérstite para a propositura de ação possessória, inclusive em face de herdeiros do inventariado, a saber:

“Direito real de habitação. Ação possessória. Artigos 718, 748, 1.611, § 2º, e 1.572 do Código Civil de 1916.

1. **O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916.** Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp 616027/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 14/06/2004, DJ 20.09.2004 p. 293)

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESPÓLIO CONTRA HERDEIRO.

Em linha de princípio, **pode a viúva inventariante, em seu nome ou em nome do espólio, promover ação de reintegração de posse contra herdeiro que praticar esbulho em bem da herança (...)**”

(REsp 515175/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, 4ª Turma, julgado em 02/09/2003, DJ 03.11.2003 p. 322)

Desta feita, correta a decisão saneadora que rechaçou a aludida preliminar, merecendo ser ratificada a plena legitimidade da autora, ora Apelante 1, para o manejo da presente medida possessória.

Oldemar da Costa e Silva (seu pai). Sustentam, de todo modo, que o primeiro réu teria exercido com exclusividade a posse sobre o aludido imóvel, de forma mansa, pacífica e de boa-fé por mais de 30(trinta) anos, razão pela qual faria jus ao reconhecimento da usucapião. Por fim, alegam possuir direito à retenção e indenização por benfeitorias. Requerem, assim, seja afastada a situação de composses, conferindo-se ao primeiro réu o reconhecimento da aquisição do imóvel por usucapião, protestando, ainda, pelo acolhimento do direito de retenção do bem e de indenização por benfeitorias.

Eis os limites da controvérsia erigida a este órgão revisor.

Cumpra esclarecer, de início, que nenhuma contradição ou obscuridade existe nos autos acerca da legitimidade ativa *ad causam* da parte autora. Afinal, a decisão irrecorrida de fls. 386 mostrou-se absolutamente clara ao afastar a referida preliminar, assim discorrendo, *verbis*:

“(…) Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa ‘*ad causam*’ e impossibilidade jurídica do pedido, por ora, pois a demonstração da posse faz parte do próprio mérito, que terá a sua análise após a instrução probatória do feito. (...)”

Por sua vez, a despeito do alegado pelos réus, ora Apelantes 2, verifica-se que, em momento algum, chegou a constar no bojo da sentença que a referida legitimidade *ad causam* seria do Espólio de Oldemar da Costa e Silva.

O que restou consignado pelo i. sentenciante é que a autora seria mera compossuidora e não teria direito de pleitear para si a posse integral do imóvel, de sorte que, não alcançada a harmonia entre todos os herdeiros, caberia ao Espólio pleitear no âmbito do inventário a alienação judicial do imóvel com o respectivo rateio do produto na proporção de cada quinhão hereditário. Neste sentido o expresso teor da sentença ora apelada, *verbis*:

“(…)A autora é mãe do demandado, sendo que este, na qualidade de herdeiro, amparado no princípio da *saisine*, pode sim exercer a posse da coisa comum, razão pela qual não pode prosperar a pretensão de reintegração de posse em desfavor dele, herdeiro legítimo.

VOTO

Versa a controvérsia recursal acerca de litígio possessório estabelecido entre mãe e filho, no âmbito do qual figura a primeira na condição de viúva e inventariante do espólio de seu falecido marido e, o segundo, na condição de um dos filhos e herdeiros do *de cujus*.

Ao apreciar o feito em primeiro grau de jurisdição, o ilustre Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca da Niterói julgou improcedente o pedido reintegratório formulado pela viúva e afastou a pretensão de usucapião deduzida pelo primeiro réu, fulcrando-se, basicamente, em três argumentos: de não ter a viúva direito possessório próprio, de não haver esbulho na posse direta exercida por um dos herdeiros legítimos e, por fim, de que a configuração da situação de comosse entre os herdeiros impede a possibilidade de usucapião do bem por parte dos réus.

Inconformados insurgem-se os litigantes.

Em seu recurso, a autora, ora Apelante 1, reitera o direito a ser reintegrada na posse do imóvel inventariado, aduzindo que a posse da viúva é inerente ao direito real de habitação, não podendo o mesmo ser impedido por nenhum dos herdeiros. Ressalta que, no caso, a conduta violenta dos réus passou a impedir que todos os demais herdeiros exerçam qualquer ato possessório, inclusive o direito real de habitação assegurado à viúva, o que apenas reforça a necessidade da tutela judicial possessória. Espera, assim, a reforma da sentença, com o reconhecimento da procedência de seu pedido reintegratório.

A seu turno, os réus, ora Apelantes 2, suscitam, preliminarmente, a existência de contradição e obscuridade entre a sentença e o despacho saneador, haja vista ter o primeiro declarado ser a autora parte legítima para a propositura da ação, ao passo que a sentença teria afirmado ser tal direito apenas do Espólio de Oldemar da Costa e Silva. Argumentam, ainda, equívico do julgado ao fundamentar as suas conclusões em lei já revogada, sustentando que a hipótese dos autos deveria ser regida pelas normas do novo Código Civil e não pelo antigo Código Bevilacqua. Defendem haver “erro de fato” na sentença ao reconhecer a comosse sobre o bem litigioso, uma vez que este não seria o único imóvel pertencente aos Espólios de Maurício da Costa e Silva (seu avô) e de

entanto, após o seu divórcio, o mesmo imiscuiu-se na posse do bem e, mediante a prática de atos de quebra de confiança e de violência perpetrados contra a sua própria mãe, após a finalização das obras, recusou-se a devolver-lhe o bem, passando a impedir o exercício da posse tanto da viúva quanto de todos os demais herdeiros.

Consoante cediço, em nosso ordenamento jurídico, pela adoção do *droit de saisine*, considera-se que a herança se transmite imediatamente aos herdeiros no exato momento do falecimento do *de cujus*. O princípio de *saisine*, contudo, não permite aos herdeiros desrespeitar o procedimento do inventário e da partilha dos bens.

Conforme pacífica jurisprudência do C. STJ, o titular do direito real de habitação tem o direito de utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do CC/1916. Afinal, entender de forma diferente, seria tornar inútil a garantia legal assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação.

Assim, tem a autora o direito de ser reintegrada na posse do imóvel, tanto por exercer a qualidade de inventariante do espólio, mas, sobretudo, por ter, por força de lei, reconhecido direito real de habitação sobre o bem (art. 1.611, §2º, CC/1916). Sentença que julgou improcedente o pedido de reintegração a qual ora se reforma.

DESPROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO. PROVIMENTO DO PRIMEIRO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº **2008.001.03240** originária do Juízo de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Niterói, em que figuram, como Apelante 1, **LAIS GONÇALVES DA COSTA E SILVA**, como Apelantes 2, **JORGE MAURICIO GONÇALVES DA COSTA E SILVA** e **OUTRO** e, como Apelados, **OS MESMOS**.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em conhecer dos recursos e, por unanimidade de votos, negar provimento ao segundo e dar provimento ao primeiro, para julgar procedente o pedido inicial, nos termos do voto da Des. Relatora.

Adota-se o relatório de fls. 514/515.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**

Apelação Cível nº. 2008.001.03240

Apelante 1: LAIS GONÇALVES DA COSTA E SILVA

Apelante 2: JORGE MAURICIO GONÇALVES DA COSTA E SILVA e OUTRO

Apelados: OS MESMOS

Relatora: DES. ELISABETE FILIZZOLA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE BEM IMÓVEL OBJETO DE INVENTÁRIO. DEMANDA AJUIZADA PELA VIÚVA E INVENTARIANTE DO ESPÓLIO EM FACE DE UM DE SEUS FILHOS E TAMBÉM HERDEIRO DO 'DE CUJUS'. POSSE DIRETA DO BEM QUE CABE AO ESPÓLIO, FICANDO A SUA ADMINISTRAÇÃO CONFERIDA À INVENTARIANTE. VIÚVA SUPÉRSTITE QUE OSTENTA, AINDA, DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOBRE O IMÓVEL DE RESIDÊNCIA DO CASAL (ART. 1.611, §2º, CC/1916). HERDEIRO QUE, ANTES DA REALIZAÇÃO DA PARTILHA, SE IMISCUI, JUNTAMENTE COM SUA COMPANHEIRA, NA POSSE EXCLUSIVA DO BEM, SEM QUALQUER AUTORIZAÇÃO DA INVENTARIANTE E/OU DOS DEMAIS HERDEIROS, IMPEDINDO O EXERCÍCIO DO REFERIDO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E OBSTANDO O PRÓPRIO EXERCÍCIO DA COMPOSSE DOS DEMAIS CO-HERDEIROS. POSSE INJUSTA, EIVADA POR PRECARIÉDADA E VIOLÊNCIA. ESBULHO CARACTERIZADO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO QUE MERECE PROCEDÊNCIA.

Versa a controvérsia recursal acerca de litígio possessório estabelecido entre mãe e filho, no âmbito do qual figura a primeira na condição de viúva e inventariante do espólio de seu falecido marido e, o segundo, na condição de um dos filhos e herdeiros do *de cuius*.

No caso, ficou provado nos autos que a viúva e inventariante do espólio sempre residiu no imóvel objeto do litígio, sendo ele a residência do casal desde a década de 1980. Contudo, alguns anos após o falecimento de seu esposo (1986), a autora, pretendendo realizar obras de reestruturação no bem, mudou-se para um imóvel de menor porte, a fim de aguardar a finalização dos reparos necessários.

O réu – filho da autora e um dos herdeiros do *de cuius* – inicialmente dispôs-se a auxiliar no custeio da obra, no