

## A ATIPICIDADE DA POSSE NA ABERTURA DA SUCESSÃO.

**Priscila Ladeira Alves de Brito\***

*RESUMO: A conceituação dos elementos da posse sofre variações, conforme a linha teórica adotada. A morte enseja a abertura imediata da sucessão, que implica na transferência automática do patrimônio do de cujus aos seus sucessores, por determinação legal. O desenvolvimento de uma visão crítica do instituto da posse permite sua adaptação às normas atuais, para que lhe seja dada uma aplicação condizente com o paradigma jurídico-constitucional vigente, de estruturação do Estado Democrático de Direito.*

*PALAVRAS-CHAVE: Posse; Abertura da Sucessão; Estado Democrático de Direito.*

A existência da pessoa natural termina com a morte, extinguindo-se, conseqüentemente, a personalidade civil inaugurada pelo nascimento com vida. Neste instante em que o indivíduo deixa de existir, alguns dos bens e direitos por ele adquiridos e exteriorizados em vida, em decorrência do exercício dessa personalidade, são transferidos a seus sucessores (herdeiros legítimos e testamentários), mesmo que tal lhes seja ignorado. A esse fenômeno de transmissão imediata de direitos e bens, dá-se o nome de abertura da sucessão.

---

\* Advogada e Mestranda em Direitos e Instituições Políticas – Universidade FUMEC/FCH e Professora do Unicentro Newton Paiva – Graduação em Direito.

A abertura da sucessão, tal qual se vê hoje no ordenamento pátrio, advém de um antigo preceito do direito francês – *Droit de Saisine* – que determinava a proteção dos bens do servo falecido em relação ao seu senhor, evitando-se que a imissão na posse pelos herdeiros se submetesse a condição imposta por aquele.

Assim, todo o patrimônio do *de cujus*, quando da abertura da sucessão, passa a constituir-se em uma universalidade de direito, denominada espólio, a ser administrada, quase sempre, por um de seus herdeiros, o inventariante, antes que a efetiva transmissão ocorra. Não obstante seja tal administração conferida a um único herdeiro, todos os demais, se houver, já são sucessores, tocando-lhes parte do patrimônio em questão, como próprio. Sob esse aspecto, aos mesmos é conferida a posse dos respectivos bens e direitos e, no tocante a estes últimos, obviamente, em relação àqueles a respeito dos quais seja possível haver posse.

Ocorre que a abertura da sucessão no imediato momento da morte pode ocasionar a transmissão da propriedade de determinadas frações do patrimônio do *de cujus*, desconhecidas pelos sucessores. Dessa forma, o Direito constitui os herdeiros, proprietários de bens ou direitos sobre os quais não têm conhecimento.

Neste aspecto, a posse de tais bens afasta-se de sua concepção dogmática originária, sendo determinada tão somente por força de lei, vez que nela não se verificam, de plano, seus elementos constitutivos. Tratando-se de um instituto, cuja definição gera fortes controvérsias doutrinárias, nem mesmo as duas tradicionais correntes aceitas atualmente e divergentes entre si explicam satisfatoriamente a posse advinda da abertura da sucessão.

Se admitida como exteriorização da propriedade e meio para destinação econômica da coisa, segundo a teoria objetiva de Rudolf von Ihering, a posse na abertura da sucessão, em princípio, não se configuraria a não ser por determinação legal.

Isso porque seria impossível ao proprietário, no caso, o herdeiro, exteriorizar a propriedade se dela não tivesse conhecimento. Tampouco lhe seria possível dar a devida destinação econômica à coisa, se desconhece por absoluto sua existência.

De outro lado, se admitido o instituto em análise em seus dois elementos constitutivos essenciais, o *corpus* e o *animus*, segundo a teoria subjetiva de Friederich Karl von Savigny, menos ainda configurar-se-ia a posse na abertura da sucessão em caso de desconhecimento do bem pelos herdeiros, vez que, por óbvio, não haveria poder físico sobre a coisa nem vontade de possuí-la como se sua fosse.

Analisando esta situação *sui generis* em que se encontra a posse na abertura da sucessão, faz-se imprescindível o desenvolvimento de uma visão crítica de tal instituto, no correr dos tempos. Para tanto, mostra-se necessária uma abstração do que seja a posse e seus pressupostos nos dias atuais e como se dá sua aplicação no atual Estado Democrático de Direito, incorporado pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

O nosso ordenamento eleva a propriedade ao *status* de direito fundamental, contudo, deve estar intrínseca a essa proteção sua função social e repercussão econômica na realidade em que está inserida, segundo se depreende do artigo 5º, *caput* e incisos XXII e XXIII, da atual Magna Carta. Tais paradigmas refletem, portanto, diretamente na conceituação de posse, fazendo-se essencial uma análise científica que pretenda enquadrar o instituto ao moderno conceito de propriedade.

No Direito Romano encontra-se o marco histórico para o estudo da posse. Entretanto, não se trata de instituto jurídico de simples inteligibilidade, ao qual é dado um conceito absoluto, partindo-se da semântica do vernáculo ou do histórico de seu surgimento.

A posse, antes de ser conceituada, deve ser entendida a partir de seus elementos caracterizadores no plano dogmático, visando a obtenção de pontos de divergência e convergência entre as teorias que a definem, para que se desenvolva uma visão crítica a respeito da concepção do instituto, atualmente.

Assim, a apreensão que se deve fazer acerca do instituto é a constatação da presença da coisa, sobre a qual recairá a posse, e do sujeito, a quem se atribuirá a característica de possuidor, bem como a proteção jurídica que é dada a tal relação. Não resta controvérsia quanto ao fato de que, para haver posse, necessário se faz a existência da coisa e do sujeito, cujo relacionamento exista em razão da posse.

Na teoria de Savigny, a conceituação da posse configura-se pela possibilidade de dispor fisicamente da coisa, a isso combinando-se a convicção do possuidor de que conserva tal poder (ANDRADE, 1996: 47). Nesse sentido e como característica marcante dessa teoria, os dois elementos constitutivos da posse, quais sejam, o *corpus* e o *animus*, têm conotação diversa da adotada pela teoria conflitante. O primeiro representa a possibilidade de disposição física da coisa e o segundo, a convicção de poder do possuidor.

De outro lado, Ihering entende que a posse guarda os dois elementos constitutivos, *animus* e *corpus*. Contudo, afirma que se deve proceder a uma análise mais ampla de tais elementos (ANDRADE, 1996: 57). Segundo sua teoria, ao *animus* não se pode atribuir distinções quanto à sua caracterização, porquanto torna-se tarefa praticamente impossível distinguir externamente o cerne da vontade de quem se relaciona com a coisa sobre a qual recai a posse. No que tange ao *corpus*, Ihering leciona que não se pode restringir seu alcance, delineando-o como simples poder físico ou poder de fato, sendo certo que a melhor definição deste elemento é a de que consiste na exteriorização, visibilidade da propriedade, mesmo que não seja o possuidor, proprietário da coisa.

O Código Civil de 10 de janeiro de 2002, segue os ensinamentos de Rudolf von Ihering, assim como o ordenamento de 1916. Mesmo assim, vale ressaltar que em alguns aspectos de nosso direito civil pátrio verifica-se delineada a teoria de Friederich Karl von Savigny.

A redação do atual Código Civil determina que será possuidor aquele que tiver de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade (BRASILEIRO, 2003: 187). Diverge do ordenamento anterior em apenas um detalhe, qual seja, o fato de na legislação de 1916 admitir-se possuidor aquele que tivesse o exercício de poderes inerentes também ao domínio. A exclusão do termo “domínio” na legislação atual é prudente e se deve ao fato de não ser possível ao detentor ter a posse da coisa com a qual se relaciona, vez que não lhe é pessoal exercício de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, configurando-se mera representação de quem os exerça.

De outro lado, os textos legais, tanto o de 1916, como o de 2002 trazem em seu corpo disposições que se fundamentam na teoria subjetiva de Savigny. Interessante ressaltar que o exemplo mais claro dessa miscigenação a que se propõe a legislação civil está em um dispositivo que tem previsão constitucional. Trata-se do usucapião, que está descrito, dentre outras normas esparsas no ordenamento jurídico pátrio, nos artigos 1238, *caput*, 1239, 1240, *caput*, 1242 do texto legal civil atual e nos artigos 183 e 191 da Carta Constitucional Brasileira.

Para que se configure o usucapião, imprescindível que o requerente esteja exercendo poder físico sobre a coisa e que o faça como se dono fosse. Assim é que a teoria de Savigny torna-se pressuposto para a aquisição da propriedade, por usucapião. Entretanto, não se afasta da exegese do instituto a proteção econômica da coisa a ser apropriada, tampouco a necessária função social de que se deve revestir a propriedade.

Assim é porque o ordenamento constitucional pátrio objetiva a constante implementação do Estado Democrático de Direito, que determina a socialização pela via discursiva de todos os institutos jurídicos que culminem no exercício dos direitos e garantias fundamentais. Em relação aos julgados de nossos tribunais, o entendimento majoritário coaduna com a teoria de Rudolf von Ihering.

O instituto da sucessão no Direito, não difere, em regra, do significado do vocábulo, qual seja, substituir, tomar o lugar de outrem por vaga. Assim, também no direito à sucessão, o instituto representa a mudança na situação de titularidade de um negócio, direito ou obrigação. Nesse sentido, a sucessão pode ocorrer entre pessoas vivas (*inter vivos*) ou em razão da morte (*causa mortis*). A sucessão *causa mortis*, por sua vez, é sempre regulamentada pelo Direito das Sucessões, que além de definir a morte como condição precípua à ocorrência dessa espécie de sucessão, trata da normatização de seus procedimentos e efeitos. Nesse sentido, presta-se a fornecer uma solução legal a todas as relações jurídicas que se tornam pendentes com a morte de seu titular.

A idéia de sucessão hereditária, originariamente, baseou-se na possibilidade de continuação familiar, da direção do grupo e da administração dos bens, que passou a pertencer individualmente a cada um dos membros da família. Isso porque, em tempos longínquos a posse e a propriedade dos bens pertenciam conjuntamente ao grupo familiar, de maneira que, com o falecimento um dos familiares, a administração dos bens transferia-se a outro membro do clã (BEVILÁQUA, 1945: 27).

A valorização da propriedade individual ocasionou o surgimento de costumes, até mesmo de influência religiosa, de culto ao *de cuius*, restando a quem o fizesse o encargo de dar continuidade ao que foi, pelo mesmo, construído em vida, tanto no aspecto patrimonial, como nos aspectos religioso e moral (PEREIRA, 2000. VI: 3-4).

Paulatinamente, a sucessão foi revestindo-se de um caráter econômico, à medida em que a valorização da unidade familiar, sob a chefia de uma certa pessoa, deu lugar à valorização da riqueza, como forma de prestígio social (PEREIRA, 2000.VI: 15). Para Jefferson Daibert o Direito das Sucessões tem papel fundamental no desenvolvimento do ser humano, na medida que o incentiva a buscar a construção de um patrimônio vultoso capaz de garantir a sobrevivência de seus sucessores e, até mesmo, seu *status* social (DAIBERT, 1974: 15).

Finalmente, o ordenamento civil pátrio, tanto no antigo texto legal de 1916, como no novo texto, publicado em 2002, tem como norma basilar da sucessão o princípio de que a morte enseja a imediata transmissão de todo o patrimônio do *de cuius*, nele incluindo-se, segundo já exposto, todos os direitos e obrigações que não se tenham qualificados como personalíssimos.

A partir do momento em que os herdeiros assumem tal condição e, em havendo herança tornam-se dela proprietários, ocorre um acréscimo imediato em seus patrimônios, pela determinação legal de transmissão imediata. Todavia, há trâmites a serem seguidos para que efetivamente tal acréscimo passe a integrar inequivocamente seus patrimônios, sendo o primeiro deles o processo de inventário regulamentado pelo Código de Processo Civil.

Durante o *iter* processual, em síntese, é feito o levantamento de patrimônio, herdeiros e pendências fiscais, para que ao final seja expedido um formal de partilha, em caso de haver patrimônio. Se não há patrimônio a ser transmitido, o processo, denominado, inventário negativo, encerra-se, após averiguada a situação do *de cuius* junto aos órgãos públicos. Em ambos os casos, o processo culmina com a lavratura da extinção da pessoa natural junto aos órgãos competentes, tais como, secretarias da fazenda, nas três esferas do Poder Executivo, e Serviços Notariais e de Registros Públicos onde houver inscrições a respeito do falecido.

Em caso de constatação de existência de algum bem do *de cuius a posteriori* do término do processo de inventário é necessário que se faça uma sobrepartilha. Trata-se de um pedido formulado nos autos de inventário já encerrado, com fins a sanar a irregularidade. Tem previsão no artigo 1028 do já citado Código de Processo Civil. Processada a sobrepartilha, é lavrado novo formal de partilha para registro nos Serviços Extrajudiciais competentes, nessa hipótese, efetiva-se mais um acréscimo no patrimônio dos herdeiros.

As teorias de Friederich Karl von Savigny e Rudolf von Ihering, apesar de conflitantes, não admitem o distanciamento dos elementos constitutivos da posse, o *corpus* e o *animus*, em sua conceituação. Até porque, tratando-se de um instituto jurídico advindo do Direito Romano, promover sua conceituação sem analisar tais elementos resultaria na construção científica de outro instituto jurídico que não a posse. Dessa forma, a posse pela transmissão da herança na abertura da sucessão é um instituto jurídico apenas similar àquele caracterizador de determinados direitos reais, advindo do ordenamento romano. Aos nossos olhos, a determinação legal em questão não objetivou tão somente direcionar a posse dos bens formadores do patrimônio a ser transmitido, mas proteger a efetiva transmissão da herança, que ocorre não no momento da abertura da sucessão, mas após, quando encerrados todos os devidos procedimentos supracitados.

Tal qual o próprio *Droit de Saisine*, essa suposta proteção estatal visa evitar a probabilidade de dissipação precipitada e fraudulenta do patrimônio, configurando-se através da manutenção, pelo Estado, da vida cotidiana e dos estados de aparência que nela se configuram. Entretanto, tal manutenção estatal da vida civil esbarra na própria constituição do Estado Democrático de Direito. É que a demora dos herdeiros em assumir de fato a posse dos bens transmitidos pela sucessão faz com que a função social que lhes é inerente seja, de certa forma, abandonada, às vezes em menor grau, às vezes com mais intensidade.



Sobre tal interferência da sucessão na função social da propriedade, ressalta-se o papel da norma processual em protegê-la, na medida em que disponibiliza os interditos possessórios para proteção do bem e não do possuidor. Nesse sentido, o Estado procura manter o estado de aparência em que está envolvido o objeto da posse, em primeiro lugar, para que somente *a posteriori*, através de procedimento judicial próprio seja definida a questão de titularidade e propriedade do bem *sub judice*.

De toda sorte, é certo que a sucessão *causa mortis* permite seja dada continuidade à destinação econômica dos bens inventariados, ou mesmo modificada esta, quando da incorporação da herança pelos sucessores em seu patrimônio. Nesse sentido, a teoria a respeito da posse que mais se aproxima dessa premissa é a teoria de Rudolf von Ihering, pelo que dispõe o autor acerca da verificação da posse através da exteriorização da vontade do possuidor, que, por sua vez, ocorre pela destinação econômica que o mesmo dispensa ao bem com o qual se relaciona em razão da posse.

De outro lado, a posse na abertura da sucessão continua distante das conceituações clássicas se analisada em si mesma enquanto instituto jurídico destacado do ordenamento. Todavia, se interpretada conjuntamente com os demais textos normativos pertinentes à espécie, enquadra-se melhor na noção de Direito e sua aplicação na estrutura de Estado que hoje se apresenta. E, ao nosso sentir, é esse o papel dos operadores do Direito, adequar os institutos jurídicos ao paradigma jurídico constitucional vigente, passando a interpretar os institutos da infra-constitucionalidade em alinhamento com as normas constitucionais de forma a possibilitar a implementação do Estado Democrático.

RESUMEN: *La conceptualización de los elementos de la pose sufre variaciones, según la línea teórica estudiada. La muerte propicia la abertura inmediata de la sucesión, que implica en la transferencia automática del patrimonio del de cuyos a los sucesores, por determinación legal. El desarrollo de una visión crítica del instituto de la pose posibilita su adaptación a las normas actuales, para que le sea dada una aplicación pareada con el paradigma jurídico-constitucional vigente, de estructuración del Estado Democrático de Derecho.*

PALABRAS-LLAVE: *Pose; Abertura de la Sucesión; Estado Democrático de Derecho.*

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Darcy Bessone de Olivera. **Da Posse**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). 13 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

BRASILEIRO. Código Civil, Lei 10406 de 10/01/2002. 2 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

DAIBERT, Jefferson. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

FIUZA, César. **Novo Direito Civil**: curso completo. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: Edipro, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: posse, propriedade, direitos reais, de fruição, garantia e aquisição. v. IV. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** direito das sucessões. v. VI. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** direitos das sucessões. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** direitos reais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.