

DIREITO DE MORADIA E ACESSÃO: UM DIÁLOGO À LUZ DO DIREITO DE FAMÍLIA - ANÁLISE CRÍTICA DO RESP Nº 1.624.051/RJ

RIGHT TO HOUSING AND ACCESSION: A DIALOGUE THROUGH THE LENS OF FAMILY LAW - CRITICAL ANALYSIS OF THE RESP. 1.624.051/RJ

Francisco Ricardo Sales Costa

Juiz Convocado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), com atuação junto às Câmaras Cíveis Especializadas - Famílias e Sucessões. Mestre em Direito pela Universidade de Franca (Unifran). Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-1834-9492>
E-mail: francisco.costa@tjmg.jus.br

Roberto Túlio de Mello Jorge

Bacharel em Direito. Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-4366-8318>
E-mail: robertotmello@gmail.com

Resumo: Este comentário de jurisprudência objetiva realizar uma análise crítica do REsp nº 1.624.051/RJ, no que tange ao regime aplicável à partilha da construção edificada pelo casal em imóvel de terceiro, sendo este terceiro, com frequência, familiar de um dos cônjuges ou companheiros, que cede o espaço ancorado na solidariedade familiar. O entendimento do recurso especial em questão, que segue orientando o tratamento do tema pelos tribunais nacionais, trata esse caso como aquisição da propriedade imobiliária pela acessão, exigindo no processo a participação obrigatória do proprietário do terreno. De forma adversa do que foi decidido pelo STJ, defende-se a tese de que a questão deva ser resolvida exclusivamente no âmbito do núcleo familiar desfeito, resguardando-se o direito à moradia e em valorização dos princípios do direito de família. A partilha deverá tomar por base a expressão econômica da posse, equacionando o conflito – direito de indenização – no âmbito estrito da família desfeita, sem a inclusão dos proprietários do terreno.

Palavras-chave: Construção. Moradia do núcleo familiar. Imóvel de terceiros. Divórcio ou dissolução da união estável. Partilha da expressão econômica da posse. Superação da jurisprudência do STJ. Ótica do direito de família.

Abstract: This jurisprudence commentary aims to perform a critical analysis of the REsp no. 1.624.051/RJ, regarding the regime applicable to the sharing of the construction built by a couple on a third party's property, often being the third party a family member of one of the spouses or partners, who allows the construction based on family solidarity. The understanding of the REsp in question, which continues to guide the treatment of the issue by national courts, treats this case as the acquisition of real estate

property through accession, requiring the mandatory participation of the land owner in the legal action. Contrary to what was decided by the STJ, is defended the thesis that the issue should be resolved exclusively within the scope of the broken family nucleus, protecting the right to housing and valuing the Family Law principles. The sharing must be based on the economic expression of ownership, considering the conflict – right to compensation – within the strict scope of the broken family, without the inclusion of the land owners.

Keywords: Construction. Family housing. Third party property. Divorce or dissolution of stable union. Sharing the economic expression of ownership. Overcoming STJ Jurisprudence. Family Law perspective.

Sumário: Introdução – 1 Solidariedade familiar – 2 Necessidade da partilha – 3 Acessão – 4 Entendimento do STJ (REsp nº 1.624.051/RJ) – 5 Crítica à fundamentação que confere sustentação ao entendimento do STJ – 6 Direito de laje, um exemplo ainda mais eloquente da inadequação do regime jurídico da acessão, para disciplinar a partilha da construção realizada pelo casal em imóvel de terceiros – 7 A partilha da edificação realizada pelo casal, para fins de moradia, em imóvel de titularidade de terceiros, uma tentativa de superação da concepção fixada pelo REsp nº 1.624.051/RJ – 8 Novos parâmetros para a realização da partilha – Conclusão – Referências

Introdução

A realidade fática, enquanto mundo do ser, evidencia que por vezes as diretrizes jurídicas, ao menos aquelas expressamente positivadas, especialmente quando ignoram tanto a facticidade que deve integrar o programa normativo, como o fato de que o ordenamento jurídico é um sistema que, como tal, não deve ser interpretado em tiras,¹ se mostram insuficientes para que seja atingido, com êxito, o escopo de pacificação social.

A simplicidade, associada à impressão de segurança jurídica, fomenta pronunciamentos judiciais, até mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do qual é exemplo o REsp nº 1.624.051/RJ, acerca da partilha da edificação realizada pelo casal em imóvel de terceiros, que acabam forçando a subsunção dos fatos às regras postas tendo em mira contextos sociais e culturais diversos daqueles nos quais contemporaneamente eclodem os conflitos sociais.

Privilegia-se uma das funções do direito que inegavelmente deve fomentar a segurança jurídica, em detrimento da “contínua adequação ao dever social, garantida pela interpretação. Aquela somente será assegurada na medida em que

¹ Na lição de Eros Roberto Grau, “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que um texto isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 86).

o texto vincule o intérprete; esta demanda criatividade que poderá fazê-lo ir além do texto”.²

Em outras palavras, tendo em foco a realidade regulada pelas normas civilistas, especialmente aquelas concernentes às novas relações familiares, leciona a doutrina:

Os ordenamentos jurídicos modernos refletem a insuficiência da abordagem positivista pautada na visão formal-dogmática do direito, cuja estrutura relegava ao indivíduo um papel abstrato, objetificando-o diante da mera aplicação silogística da norma. [...]

O Direito Civil codificado não apresenta soluções eficientes para a crescente e diversificada demanda envolvendo relações familiares subjetivas existenciais, notadamente no que se refere aos novos arranjos familiares do cotidiano. Necessário integrar, atualizar e complementar as normas regras estabelecidas com as normas principiológicas voltadas à proteção e promoção da pessoa humana inserida em seu contexto dentro da realidade.³

Prova disso são as questões concernentes ao direito de propriedade e seus vários quadrantes, especialmente quando conectadas às vicissitudes e especificidades das relações familiares.

A concepção oitocentista, que serviu de diretriz para o Código Civil de 1916, em dispositivos muitas vezes replicados no Código Civil vigente, se mostra insuficiente, ou mesmo ultrapassada para equacionar adequadamente os conflitos em sede de propriedade e suas implicações no âmbito do direito de família.

No tocante à concepção que se deve ter, por exemplo, acerca do direito de propriedade, está superado o conceito previsto no art. 544, do Código Napoleão, de concepção liberal e individualista, que o qualificava como “o direito de fazer e de dispor das coisas de modo absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”.

Segundo Arruda Alvim, esta definição “está atrelada à concepção privatística que norteou a Revolução Francesa, marcando o triunfo do liberalismo clássico. A propriedade refletia instituto inserido nos postulados da legalidade e igualdade formal”.⁴

² GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 43.

³ PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; CIRÍACO, Patrícia K. de Deus; FARIAS, Andressa de Figueiredo. A força normativa dos princípios constitucionais como moduladores das novas famílias. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 17; 36.

⁴ ALVIM, José Manoel Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. I. p. 11.

Contemporaneamente, a propriedade não pode ser compreendida de forma apartada de sua função social, cuja contextualização foi apresentada nos seguintes termos por Paulo Lôbo:

A função social é incompatível com a noção de pertencimento absoluto da coisa a alguém, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social determina o exercício e o próprio direito de propriedade ou o poder de fato (posse) sobre a coisa. Lícito é o individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício da posse ou do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para o titular, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação. [...].

Depreende-se da Constituição que a utilidade e a ocupação efetivas são determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio, que transformava o proprietário em senhor soberano, dentro de seus limites, permitido como estava a usar, gozar, e dispor de seus bens como lhe aprouvesse. O direito à habitação entrou na cogitação dos juristas, competindo com o direito de propriedade. Segundo Ricardo Pereira Lira (1997, p. 189), a propriedade, como decorrência da função social, deixa de ter o não uso como leque das duas faculdades; não é do interesse social “a propriedade ociosa, que, se mantida tal, deixar de exercer a sua função social.”⁵

Acerca do tema são, ainda, elucidativos os ensinamentos de Teori Zavascki:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. [...] A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, função social das propriedades), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar a sua posse.⁶

⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil. Coisas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4. p. 118.

⁶ ZAVASCKI, Teori. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. In: MORAES, Cleyson de Melo. *Direito civil. Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 182.

A advertência quanto à insuficiência do modelo exclusivamente patrimonialista do direito de propriedade já fora destacada por Ricardo Luis Lorenzetti, Ministro da Suprema Corte argentina, ao identificar a existência de um *umbral de acesso ao direito privado*, por meio do qual parcela expressiva da população não compartilha dos benefícios do progresso tecnológico, sendo deixada à margem, encaminhada ao “quarto mundo”, em que a exclusão social determina que nem todos cheguem a ser proprietários, contratantes, trabalhadores ou autores em um processo.⁷

Logo, ganha relevância para o equacionamento dos conflitos que possam surgir em torno do direito de propriedade o princípio da função social, cuja consideração deve animar a própria atividade de subsunção do intérprete, ao conferir enfrentamento sistemático aos textos que num primeiro momento se conectam aos conflitos fáticos junto aos quais é chamado a equacionar, considerando a amplitude do ordenamento jurídico.

Imprescindível que se busque na interpretação/aplicação do direito conferir prestígio à situação fática que, em termos concretos, melhor corresponda ao planejamento constitucionalmente estabelecido, especialmente naqueles casos em que a realidade estiver funcionalizada em prol do próprio direito fundamental de moradia.

No âmbito do direito de família, mais precisamente no momento da partilha de bens decorrentes do divórcio, ou da dissolução da união estável, surge uma questão intrincada, diretamente associada ao direito de propriedade, cuja solução ortodoxa, permeada pelos princípios e institutos jurídicos pertinentes, com destaque para a funcionalização da propriedade, vem sendo olvidada pela atividade de subsunção, aplicando-se, de forma descontextualizada, a solução ordinária centrada no princípio da gravitação jurídica contemplada pelo art. 1.255, do Código Civil (em redação que repetiu o texto do art. 547, do Código Civil de 1916), cuja gênese pode ser remetida ao próprio art. 553, do Código Napoleão, que já trazia a previsão atinente à presunção a favor do proprietário, de atração do direito de propriedade do imóvel de tudo quanto no local, sem qualquer cogitação acerca da função social que pudessem estar desempenhando.

Configura situação comum na realidade de grande contingente de famílias brasileiras no momento inicial do casamento, ou da constituição da união estável, ou mesmo no curso destas relações, o fato de o casal edificar a moradia do núcleo familiar em terreno de terceiros, geralmente de titularidade dos pais, ou mesmo outros familiares, de um dos conviventes ou cônjuges, ante as dificuldades

⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 86-87.

próprias de quem inicia na vida conjugal, em especial o contingente populacional mais humilde que habita as periferias das grandes cidades.

O casal que já vive no limite do orçamento familiar busca um teto para abrigar o núcleo familiar, muitas vezes integrado por crianças e adolescentes, sem que seja necessária a onerosa celebração de contratos de aluguel ou financiamento bancário, de ordinário inacessíveis às camadas mais pobres da população.

Além disso, vários são os entraves financeiros e até mesmo burocráticos para o acesso aos programas habitacionais do governo, especialmente o “Minha casa minha vida”.⁸

De todo modo, seja por questões burocráticas, seja por questões financeiras, muitos são os entraves para o acesso ao programa que, ao fim e ao cabo, fomentam a prática da edificação pelos núcleos familiares em imóveis de terceiros, como caminho para assegurar o direito fundamental à moradia.

Edificada a morada do casal em terreno de propriedade de terceiros, no qual comumente já existe uma casa destinada à moradia do núcleo familiar do proprietário, que se dispõe a auxiliar graciosamente a nova família, a questão a ser solvida reside na metodologia a ser empregada para fins de partilha da referida situação jurídica, quando o casamento, ou mesmo união estável, chega ao fim.

⁸ Conforme estabelecido pelo art. 5º, da Lei nº 14.620/2023, o Programa atenderá a famílias residentes em áreas urbanas com renda bruta familiar mensal de até R\$8.000,00 (oito mil reais) e famílias residentes em áreas rurais com renda bruta familiar anual de até R\$96.000,00 (noventa e seis mil reais). No que interessa ao tema do artigo, em relação às famílias residentes em áreas urbanas são quatro as faixas do programa: a) Faixa Urbano 1 – renda bruta familiar mensal até R\$2.640,00 (dois mil, seiscentos e quarenta reais); b) Faixa Urbano 2 – renda bruta familiar mensal de R\$2.640,01 (dois mil, seiscentos e quarenta reais e um centavo) até R\$4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais); c) Faixa Urbano 3 – renda bruta familiar mensal de R\$4.400,01 (quatro mil e quatrocentos reais e um centavo) até R\$8.000,00 (oito mil reais). Também é interessante apontar como elemento que dificulta o acesso ao programa, a questão atinente aos valores máximos dos imóveis, cujos limites para as faixas 1 e 2 ficam entre R\$190.000,00 mil (cento e noventa mil reais) e R\$264.000,00 (duzentos e sessenta e quatro mil reais) mil reais, dependendo da localização e, para faixa 3 o teto é de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) (Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202310/entenda-quem-pode-participar-do-minha-casa-minha-vida>. Acesso em: 26 mar. 2024), o que acaba por dificultar a aquisição nos centros urbanos, já alcançados pela especulação imobiliária. Não bastasse a questão atinente à limitação do valor dos imóveis submetidos ao programa, dificultando a contratação em centros urbanos já alcançados pela especulação imobiliária, isso, mesmo nos casos da Faixa Urbana 1, em que o rendimento familiar é mais baixo e, consequentemente acessível as pessoas mais simples e desinformadas, existe uma sorte exigências burocráticas e mesmo financeira, que também contribui para empanar a possibilidade de contratação. Além disso, conforme agência de notícias do IBGE (Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/39206-pnad-continua-trimestral-em-2023-taxa-anual-de-desocupacao-cai-em-26-ufos#:~:text=Entre%202022%20e%202023%2C%20a,Paulo%20\(31%2C5%20](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/39206-pnad-continua-trimestral-em-2023-taxa-anual-de-desocupacao-cai-em-26-ufos#:~:text=Entre%202022%20e%202023%2C%20a,Paulo%20(31%2C5%20). Acesso em: 23 mar. 2024), 39,2% (trinta e nove vírgula dois por cento) da população brasileira trabalha na informalidade, ou seja, sem vínculo formal de emprego que lhe possibilite regularidade nos rendimentos, ou mesmo viabilize a comprovação da renda no momento da contratação, em cenário que desemboca em mais um gargalo no que diz respeito à possibilidade de acesso ao programa.

As dificuldades daí decorrentes deságuam no Poder Judiciário. Embora o julgamento do Recurso Especial nº 1.624.051/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, tenha ocorrido ainda em 7.5.2019, com publicação no *DJe* de 9.5.2019, o tema segue atual e a tese nele estampada repercute cotidianamente e em julgados recentes dos tribunais.⁹

Dada a forma elucidativa com que revela a influência do entendimento estampado pelo STJ, no REsp nº 1.624.051/RJ, na forma como segue sendo tratada a questão pelos Tribunais de Justiça estaduais, vale conferir a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTILHA DE BENS ENTRE EX-CASAL. BENFEITORIAS REALIZADAS EM IMÓVEL PERTENCENTE A TERCEIRO. PROVAS INDEFERIDAS (ENGENHARIA E TESTEMUNHAL).

1. Preliminarmente, presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido. Nesse sentido, razoável a ponderação, sob a ótica do recorrente, de que a postergação da apreciação da questão poderia prejudicar o andamento do feito.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “embora seja admissível, em tese, a partilha de direitos, benfeitorias e acessões realizadas pelos conviventes em terreno de propriedade de terceiros, é imprescindível que sejam os proprietários incluídos no polo passivo da ação em que se debate a partilha, oportunizando-se a eles o regular contraditório, especialmente diante da probabilidade de que seus bens e direitos sejam atingidos pela decisão judicial, motivo pelo qual eventual pretensão indenizatória dos conviventes deverá ser objeto de ação própria” (REsp 1624051/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.05.19).

⁹ Apenas a título de amostragem, vale o destaque aos seguintes julgados: TJMG, 8ª CC, Ap. Civ. 1.0000.23.136160-1/001, Rel. Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julgada em 15/01/2024; TJMG, Núcleo da Justiça 4.0 – Especi/Câmara Justiça 4.0, Ap. Civ. 1.0000.23.158667-8/001, relatora: JD. Convocada Ivone Campos Guillarducci Cerequeira, julgada em 05/12/2023; TJMG, 8ª CC, Ap. Civ. 1.0000.23.160414-1/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, julg. 15/09/2023; TJRS, 7ª CC, Ap. Civ. 50046640620158210033, Rel. Des(a): Vera Lucia Deboni, julgado em: 29-11-2023; Apelação Cível, nº 50007250320168210156, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 24-11-2023; TJRS, 1ª CC, Ap. Civ. 50007095620198210055, Rel. Des. Jane Maria Köhler Vidal, julg. 16-10-2023; TJRJ, 8ª Câmara de direito Privado, Ap. Civ. 0059043-69.2019.8.19.0203, Rel. Des. Elton Martinez Carvalho Leme, Julg. 25/04/2024; TJRJ, 2ª Câmara de Direito Privado, A.I. 0088460-55.2023.8.19.0000, Rel. Des(a). Helda Lima Meireles, julg. 19/02/2024; TJRJ, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. Civ. 0011337-84.2019.8.19.0205, Rel. Des(a). Mariana Fux, julg. em 24/01/2024; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap. Civ. 1001333-94.2020.8.26.0025, Rel. Des(a): Maria Salete Corrêa Dias, julg. 20/07/2022. Dos julgados referidos apenas na Ap. Civ. 1.0000.23.160414-1/001, julgada pelo TJMG, houve o distanciamento em relação ao entendimento estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.624.051/RJ. Nos demais julgamentos foi seguida a ótica estampada pelo Superior Tribunal de Justiça. Os tribunais estaduais vincularam a possibilidade de partilha da construção edificada pelo casal em imóvel de terceiros, à presença no polo passivo da demanda dos proprietários com título fundado no registro.

3. E, ainda que o pai da recorrida seja falecido, seu inventário encontra-se em curso, razão pela qual o juízo acertadamente entendeu que a questão merece ser apurada em via própria.

4. Decisão não teratológica. Incidência do verbete sumular TJRJ nº 156. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO.¹⁰

Antes de adentrar nos institutos jurídicos de viés prevalentemente dogmáticos que se fazem necessários para compreensão, análise e crítica do REsp nº 1.624.051/RJ, afigura-se relevante tecer algumas considerações acerca do princípio da solidariedade familiar, amálgama que na maioria dos casos está na gênese da autorização concedida pelo proprietário registral, ordinariamente parente de algum dos cônjuges ou conviventes, para edificar em seu terreno.

1 Solidariedade familiar

Cumprir ter em consideração que a “liberdade nasce internamente pela solidariedade, na medida em que se vive em sociedade, na intersubjetividade e em correlação. A pessoa só constrói sua autonomia na interação com o outro”.¹¹

O princípio da solidariedade familiar evidencia a inarredável cooperação que deve pautar o comportamento da família estendida.

Quando os pais, irmãos, avós, tios ou até mesmo primos permitem que um núcleo familiar diverso do seu, composto normalmente por um ou mais parentes, especialmente quando existentes crianças e adolescentes, edifique em terreno de sua propriedade na busca de um lar, fica evidente o desenvolvimento do dever de proteção, cooperação e prestígio prestados a um novo núcleo familiar.

Isso porque a convivência e o cuidado recíproco no âmbito familiar “devem ser instrumentos para diminuir as vulnerabilidades e promover o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que, por alguma razão, encontram-se em situação de vulnerabilidade, provisória ou definitiva”.¹²

Fica evidente em tais casos a manifestação da solidariedade familiar, porquanto as relações familiares, ainda que de família estendida se trate, só podem ser desenvolver “em ambiente recíproca de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”.¹³

¹⁰ TJRJ, 2ª Câmara de Direito Privado, AI 0088460-55.2023.8.19.0000. Rel. Des(a). Helda Lima Meireles, julg. 19.02.2024.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *Fundamentos de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 16.

¹² TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *Fundamentos de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 17.

¹³ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 98.

Acerca do tema são precisas as lições de Paulo Lôbo:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade (Denniger, 2003, p. 36). [...]

Em sua ressignificação atual, o dever de solidariedade deve ser distribuído a todos os membros da família, pois a solidariedade conjugal converteu-se em solidariedade familiar, onde a criança é ao mesmo tempo objeto e sujeito do novo modelo de família e obrigada a colaborar e cooperar para o bem estar da família (Valente, 2016, p. 288).¹⁴

Logo, fica robustecida a compreensão de que quando os pais ou outros membros da família estendida de um dos cônjuges ou companheiros cedem parte de seu terreno, ou mesmo a laje da residência preexistente para que lá seja edificada a moradia de um novo núcleo familiar, inviável deixar de se entrever do princípio da solidariedade na base da referida situação jurídica, na medida em que fica assegurado que “o membro da família considerando a situação de vulnerabilidade possa ter acesso a condição dignas de vida”.¹⁵

A conduta instrumentaliza a cooperação familiar na promoção do acesso ao mínimo existencial dos membros de núcleo familiar, ainda que considerando para tanto a família estendida, que vivencia no âmbito econômico e material um momento de vulnerabilidade.

Por isso, a implicação afeta ao princípio da solidariedade familiar não pode ser desconsiderada na solução das questões conflituosas daí decorrentes, tal qual fossem os construtores possuidores e os terceiros proprietários do terreno pessoas estranhas, que não compartilham o mesmo projeto: assegurar o direito fundamental à moradia para determinado núcleo familiar que se inicia.

Desfeito o núcleo familiar, a separação do casal traz em seu bojo questão que desafia o trabalho de construção do operador do direito: como repartir a construção erguida em imóvel alheio para servir de moradia ao casal?

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 5. p. 61-62.

¹⁵ PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; CIRÍACO, Patrícia K. de Deus; FARIAS, Andressa de Figueiredo. A força normativa dos princípios constitucionais como moduladores das novas famílias. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 31-32.

2 Necessidade da partilha

Inserida a solidariedade familiar na gênese da edificação pelo casal em imóvel de terceiros, cumpre revisitar os institutos de viés prevalentemente dogmáticos, cuja aplicação, por óbvio, deve ser oxigenada pelos princípios pertinentes, especialmente a solidariedade familiar e a função social da propriedade.

O primeiro ponto a ser abordado reside no regime de bens. Por presunção legal afeta ao regime patrimonial da comunhão parcial, que, no mais das vezes, é aquela que informa o regime patrimonial da grande maioria do contingente de casamentos e uniões estáveis existentes na sociedade brasileira, os esforços, sobretudo aqueles de natureza financeira empregados na tarefa atinente à edificação da moradia do núcleo familiar, a despeito da origem efetiva do numerário utilizado e ainda que em terreno de propriedade de terceiros, devem ser imputados igualmente a cada um dos membros do casal e, por conseguinte, igualmente divididos entre eles na hipótese de ruptura do relacionamento conjugal.

A propósito:

A regra geral desse regime de bens é a que estabelece a comunhão dos aquestos – ou seja, dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento – ou por fato eventual, criando a presunção absoluta do esforço comum entre os cônjuges. O esforço comum pode ser direito ou indireto, ou seja, com a colaboração econômica para aquisição do bem ou com o suporte doméstico e familiar para que o outro tenha condições de se dedicar à carreira e prosperar profissionalmente.¹⁶

A despeito da autoria da edificação realizada, deve ser ressaltado que, como regra, a acessão é forma de aquisição da propriedade móvel em favor dos terceiros titulares do imóvel em que realizada a construção, de modo que a propriedade não é adquirida pelo casal.

Nada obstante, na medida em que a aparência relativa à fruição da acessão edificada para fins de moradia do núcleo familiar revela, por si só, expressão econômica que integra o patrimônio do casal, ela deve ser alcançada pela partilha.

Nesse sentido:

A jurisprudência do STJ vem reconhecendo que, em havendo alguma forma de expressão econômica, de bem ou de direito, do patrimônio

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *Fundamentos de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 125.

comum do casal, deve ser realizada a sua meação, permitindo que ambos usufruam da referida renda, sem que ocorra o enriquecimento sem causa e o sacrifício patrimonial de apenas um deles.¹⁷

De todo modo, surgem dificuldades inerentes à realização da partilha, cuja solução perpassa a adequada compreensão dos institutos jurídicos envolvidos na situação fática funcionalizada ao exercício da habitação pelo núcleo familiar, sobretudo no que diz respeito ao regime jurídico que deve ser conferido à edificação realizada, com implicações de natureza processual que dificultam enormemente o equacionamento do conflito.

3 Acesso

Para que se compreenda o instituto da acesso é relevante rememorar, ainda que brevemente, a classificação dos bens jurídicos reciprocamente considerados, especialmente naqueles casos em que um pode ser tomado como bem principal, enquanto o outro deve ser compreendido como bem acessório.

A questão tem repercussão no próprio direito posto, na medida em que o art. 92, do Código Civil, estabelece que principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente, enquanto acessório é aquele cuja existência pressupõe a do principal.

Acerca do tema são pertinentes as observações apresentadas por Orlando Gomes:

A importância da distinção entre bens principais e acessórios traduz-se nas duas seguintes regras: 1ª, a coisa acessória segue a sorte da coisa principal; 2ª, a coisa acessória, formando um todo ou massa com a coisa principal, integra o direito que sobre esta exerce o titular.

Bem principal é o que tem existência própria, autônoma, concreta ou abstrata. Outros bens acham-se, em relação a tal bem, numa posição de dependência jurídica. Denomina-se acessórios. A vinculação é intrínseca ou extrínseca, como, respectivamente, no fruto e na pertença.¹⁸

¹⁷ STJ, Quarta Turma, REsp n. 1.327.652/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10.10.2017, DJe de 22.11.2017.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 179.

Como principal critério de distinção entre eles deve ser prestigiado o funcional, na medida em que a existência de um deles é acessória à finalidade do outro, ficando mesmo em segundo plano considerações de outra ordem, como o próprio valor econômico.

Um dos mais relevantes efeitos da distinção reside no fato de que o bem, cuja funcionalidade seja tida por acessória, deve seguir o principal (*accessorium sequitur principale*), revelando a incidência do princípio da gravitação jurídica, que, embora não esteja positivado nos moldes do art. 59, do Código Civil de 1916, segue ordenando o sistema normativo, como relevante princípio geral, que somente deve ser afastado por disposição normativa em sentido contrário, ou pela vontade das partes.

Assim é que o bem acessório, por sua destinação servil ao principal, não recebe do ordenamento jurídico tratamento autônomo, permanecendo subordinado à finalidade econômica e ao destino do bem em cuja órbita gravita. Trata-se de classificação que decorre do princípio da gravitação jurídica, pelo qual, conforme antiga dicção de aforismo latino, *accessorium sequitur principale*. A regra encontrava-se contida no art. 59, da codificação de 1916, cujo enunciado dispunha: “salvo disposição especial em sentido contrário, a coisa acessória segue a principal”. O legislador atual não reproduziu o preceito, que se mantém, contudo, inserido em numerosas disposições normativas, podendo-se considerar a gravitação jurídica como princípio geral de direito, aplicável desde que a lei ou as partes não disponham diversamente, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.^{19 20}

Exposta, ainda que brevemente, a classificação dos bens reciprocamente considerados, no bojo da qual a regra é a incidência do princípio da gravitação jurídica, segundo a qual o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*), é necessário traçar, antes de entrar no regime da acessão propriamente dito, a sua distinção em relação a outra tipologia de bens acessórios, as benfeitorias que, em

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos de direito civil: teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 200.

²⁰ Interessante destacar que em relação às pertenças, que podem ser conceituadas como “as coisas acessórias destinadas a conservar ou facilitar o uso das coisas principais, sem que destas sejam partes integrantes” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 181), representando, para muitos, uma evolução do conceito de acessão intelectual vigente na codificação anterior, foi positivada no art. 94, do Código Civil, uma exceção ao princípio da gravitação jurídica. Embora a regra, conforme já destacado, seja que o bem acessório siga a sorte do principal, dada a natureza da relação configurada entre a pertença e o bem principal, que não é marcada pelo acoplamento estrutural, na medida em que a pertença conserva a sua existência material própria, inexistindo subordinação intrínseca, que não possa ser remetida ao prestígio momentâneo e voluntário do melhor aproveitamento econômico ou social do bem principal, os negócios jurídicos que dizem respeito a este último não abrangem, necessariamente, a pertença, salvo, é claro, se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do negócio.

termos sintéticos, devem ser compreendidas como “as despesas e obras com a conservação, melhoramento ou aformoseamento de uma coisa”.²¹

Um primeiro ponto a ser assentado reside no fato de que, de ordinário, as construções que objetivam o exercício do direito fundamental à moradia pelo núcleo familiar não implicam qualquer melhoramento, aperfeiçoamento ou mesmo aformoseamento de uma edificação preexistente. Elas dizem respeito à criação de algo novo, ainda que em alguma medida esteja fisicamente acoplado à estrutura predial anteriormente existente.

Em regra (dependendo obviamente das circunstâncias informadas pelo caso concreto) antes de ser aperfeiçoada, ou mesmo restaurado qualquer elemento da edificação preexistente, é criada pelo esforço conjunto do casal, ainda que presumido, uma nova funcionalidade atrelada à viabilização do direito de moradia por um novo núcleo familiar.

Trata-se, vale repetir, de se criar algo novo, destinado a abrigar núcleo familiar conectado, mas diverso daquele que já habita o terreno.

Logo, a despeito da nomenclatura que por vezes se encontra na prática jurisprudencial, a partilha perseguida por força do fim do relacionamento não diz respeito à realização de benfeitorias, porquanto se trata, vale repetir, de algo novo, que se incorpora ao terreno; trata-se de uma acessão.

Nesse sentido, o escólio sempre didático de Arnaldo Rizzardo:

A casa nunca pode ser considerada como benfeitoria do terreno, e a doutrina fixou bem a distinção na seguinte passagem de Clóvis Paulo da Rocha: ‘As benfeitorias são despesas feitas na coisa, com o feito de conservá-la ou embelezá-la. As acessões são obras que criam coisas novas, diferentes, que vêm a aderir à coisa anteriormente existente’ (Construção na Teoria Geral da Adesão, p. 36). Lição que se conforma com o voto do Min. Philadelpho de Azevedo: ‘Quem constrói ou planta não faz propriamente benfeitoria, mas pratica acessão regulada pelo Código Civil. A plantação ou edificação em terreno alheio tem caráter principal, ao passo que as benfeitorias pressupõem algo a ser melhorado. (Revista dos Tribunais, 181, p. 438). Com efeito, a casa que se pretende indenizar não pode ser considerada como benfeitoria do terreno, pois em nada contribuiu para o aperfeiçoamento ou embelezamento do mesmo.’²²

²¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 182.

²² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 383.

Fixado o referido ponto, ficando a acessão compreendida enquanto forma de aquisição da propriedade móvel que se incorpora, pela atividade de edificação, ao bem imóvel, ou mais especificamente à superfície do bem imóvel, sobre a qual acede, cumprem analisar, por importante, as consequências da referida premissa, quando os materiais empregados e o terreno são de pessoas diferentes.

Isso porque, na hipótese de pertencerem ambos ao mesmo dono, ainda que se perca a propriedade móvel em prol da propriedade imóvel – *Superficies solo cedit* –, inexistente tráfego jurídico que desgarre da mesma esfera jurídica patrimonial.

Em contrapartida, quando a titularidade do bem móvel, no caso materiais de construção, bem como a origem do esforço empregado na sua utilização não coincidem com a do titular do solo, devem ser equacionados os efeitos da perda da propriedade por aquele que edificou em terreno alheio.

O sistema jurídico brasileiro, tendo em conta a hipótese que aqui interesse(a), ou seja, aquela em que o edificador está de boa-fé, resolveu a questão de forma singela.

Tomando por base o disposto no art. 1.253, do Código Civil, segundo o qual toda a construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário, o art. 1.255, do mesmo diploma legal, estabelece que aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, tem direito à indenização.

Adquire-se a propriedade pela acessão, em virtude da ampliação do imóvel por fatos da natureza ou de incorporação do imóvel de plantações ou construções feitas por terceiros. Ocorre a acessão quando uma coisa passa a ser parte integrante de outra. Acessão é, de acordo com Clóvis Beviláqua (1956, p. 130), o ‘modo originário de adquirir, em virtude do qual fica pertencendo ao proprietário tudo quando se une ou se incorpora ao bem’. A coisa que acede perde sua existência e independência, o dono da coisa acrescida passa a ser o dono da coisa que acede.^{23 24}

²³ LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Coisas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4. p. 150.

²⁴ Igualmente são elucidativos os ensinamentos de Pontes e Miranda quando estabelece que: “São modos de adquirir a propriedade, modos originários, a construção, *inaedificatio*, e a plantação, *implantatio*. Foi esse um dos pontos em que mais se fizeram sentir as sugestões de origem econômica e de origem filosófica, percebendo-se, através da história das soluções técnicas, a evolução mesma da civilização ocidental. Trata-se da acessão do móvel a imóvel: o bem imóvel, principal, atrai o móvel, que se faz parte dele. *Superficies solo cedit*. Mas, para que isso se dê, para que o bem móvel perca a sua independência e existência, se forme ou surja sem ela, é preciso que haja razão suficiente para isso” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das coisas. Propriedade. Atualização de Luiz Edson Fachin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XI. p. 274).

A regra geral é excetuada pelo parágrafo único, do art. 1.255, do Código Civil, segundo o qual se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo, em verdadeira inversão do polo da gravitação jurídica, em prestígio à mais valia da construção.

De todo modo, de ordinário os materiais empregados na edificação são apropriados pelo proprietário do terreno, de modo que o antigo titular perderá a propriedade sobre eles, porquanto, vale repetir, considera o “legislador como bens acessórios as sementes, as plantações e os materiais (CC, arts. 79 e 92), fazendo-os seguir o destino dominical do solo, considerando bem principal”.²⁵

Acaso tenha agido de boa-fé, o construtor fará jus à indenização fixada com base no valor nominal da coisa perdida.

Logo, conquanto as “sementes plantas e construções acedem ao solo, sem que se haja de discutir a boa-fé ou a má-fé por parte do proprietário ou de quem semeia, planta ou constrói”, no tocante “à indenização e a reposição no estado anterior é que intervém a apreciação da boa ou má fé (= ciência prévia da indenizabilidade ou ciência prévia da não-indenizabilidade)”.²⁶

A regra, portanto, é no sentido de que somente o construtor que estiver de boa-fé deverá ser indenizando, sendo que “Caracteriza-se a boa-fé do obreiro se este desconhecia que o terreno era alheio ou se há autorização do dono do terreno”.²⁷

Nas hipóteses de construção da moradia pelo casal em imóvel de terceiros, o elemento subjetivo – boa ou má-fé do construtor ou do dono do terreno – perde relevância.

Por óbvio, no caso da edificação da moradia no núcleo familiar em que um dos cônjuges ou companheiros tem ligação, por vezes sanguínea, com o titular do terreno, a autorização concedida não desafia maiores indagações quanto à regularidade no exercício da posse que serviu de suporte à construção.

Fosse o caso de se resolver o conflito de interesses surgido no momento da partilha com base no regime jurídico da aquisição da propriedade pela acessão, seria aplicável a regra geral, veiculada pelo *caput*, do art. 1.255, do Código Civil.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos de direito civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 156.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das coisas. Propriedade. Atualização de Luiz Edson Fachin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XI. p. 277-278.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *Fundamentos de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 157.

A edificação realizada, a despeito da titularidade dos materiais empregados, se incorpora ao imóvel, mas deve ser indenizada.

Aliás, este é o entendimento aplicado pelo STJ, no REsp nº 1.624.051/RJ, ao estabelecer que a partilha entre o casal da edificação em imóvel de terceiros, mediante juízo de subsunção da regra veiculada pelo art. 1.255, do Código Civil, não prescinde da participação dos proprietários do terreno beneficiado pelo acréscimo.

Ocorre que essa solução, além de desconsiderar as vicissitudes que animaram a edificação, pautada pela solidariedade familiar e pela própria função social da propriedade, apresenta, ainda, indesejáveis consequências de natureza processual atinente à formação do litisconsórcio passivo necessário entre o cônjuge que permanece no local e os proprietários com título fundado no registro que são arrastados à força para uma relação processual a fim de equacionar um conflito para o qual não contribuíram minimamente; na verdade ajudaram parentes com base no princípio da solidariedade.

4 Entendimento do STJ (REsp nº 1.624.051/RJ)

Conforme já destacado, pelo o entendimento fixado pelo REsp nº 1.624.051/RJ, cotidianamente replicado nos Tribunais de Justiça estaduais, na partilha da edificação realizada pelo casal em imóvel de terceiros incide o disposto no art. 1.255, do Código Civil.

A referida compreensão traz como consectário inarredável a exigência da formação de litisconsórcio passivo necessário, entre o cônjuge ou companheiro que segue residindo na edificação e os proprietários registrais.

Confirmam-se os trechos da ementa do julgado que deixam clara a referida percepção:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO EFETIVAMENTE DECIDIDA PELO TRIBUNAL. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 284/STF. PARTILHA DE DIREITOS, BENFEITORIAS OU ACESSÕES EM BEM IMÓVEL DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DOS TERCEIROS NA AÇÃO EM QUE SE DISCUTE A INDENIZAÇÃO SOBRE ESSES DIREITOS, BENFEITORIAS OU ACESSÕES. IMPRESCINDIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO EM AÇÃO PRÓPRIA. INCLUSÃO DE BENS E DÍVIDAS A PARTILHAR OU COMPENSAR PELO RÉU. POSSIBILIDADE. AJUIZAMENTO DE RECONVENÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO PRÓPRIA

CONEXA COM A DEDUZIDA NA PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE IDENTIFICAÇÃO DA PRETENSÃO DEDUZIDA NO BOJO DA CONTESTAÇÃO. MERA IRREGULARIDADE FORMAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DÍVIDAS CONTRAÍDAS E BEM MÓVEL ADQUIRIDO. PRESUNÇÃO DE REVERSÃO EM BENEFÍCIO COMUM E DE CONTRIBUIÇÃO DO CONVIVENTE.

1- Ação ajuizada em 07/06/2010. Recurso especial interposto em 09/03/2015 e atribuído à Relatora em 26/08/2016.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se houve omissão relevante no acórdão recorrido; (ii) se é admissível a partilha de direitos sobre o bem imóvel reformado e parcialmente edificado pelos conviventes em terreno de terceiros; (iii) se a inclusão de bens ou dívidas a partilhar pelo réu está condicionada ao ajuizamento de reconvenção.

3- Não há que se falar em omissão quando o acórdão efetivamente se pronuncia sobre a questão controvertida, ainda que a conclusão adotada seja distinta daquela pretendida pela parte.

4- É inadmissível o recurso especial que não relaciona os dispositivos legais tidos por violados com a questão controvertida e, em razão disso, impede a exata compreensão da controvérsia vertida no recurso especial. Incidência da Súmula 284/STF.

5- Embora seja admissível, em tese, a partilha de direitos, benfeitorias e acessões realizadas pelos conviventes em terreno de propriedade de terceiros, é imprescindível que sejam os proprietários incluído no polo passivo da ação em que se debate a partilha, oportunizando-se a eles o regular contraditório, especialmente diante da probabilidade de que seus bens e direitos sejam atingidos pela decisão judicial, motivo pelo qual eventual pretensão indenizatória dos conviventes deverá ser objeto de ação própria.

6- A inclusão no processo, pelo réu, de bens e dívidas a partilhar ou compensar independe do ajuizamento de reconvenção, quer seja porque não há pretensão própria propriamente dita a ser deduzida, quer seja porque o requerimento somente deduzido em contestação, mas identificável como pretensão autônoma, constitui mera irregularidade formal, sobretudo quando permite ao autor o pleno exercício do contraditório. Precedentes.

6- Hipótese em que, ausente impugnação da autora e prova em sentido contrário, presume-se que as dívidas contraídas pelo réu foram revertidas em benefício do ente familiar e que o veículo adquirido pela autora na constância da união estável contou com a contribuição do réu.

7- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, para: (i) excluir da partilha os direitos, benfeitorias e acessões realizadas no bem imóvel de terceiros; (ii) incluir na partilha as dívidas contraídas pelo recorrente e o bem móvel adquirido pela recorrida.²⁸

Partindo da premissa de que os conviventes estavam de boa-fé no momento em que edificaram – benfeitorias ou acessões – em imóvel de terceiros, mas presos ao juízo de subsunção decorrente da regra veiculada pelo art. 1.255, do Código Civil, a fundamentação do voto remete o conflito instaurado para o âmbito da propriedade registral.

Entendeu o julgado que deve ser assegurada a indenização do convivente e evitado o enriquecimento ilícito do proprietário registral, na medida em que a propriedade da edificação seria perdida em seu favor.

Por isso, caminhou a fundamentação no sentido de que deve ser examinado de forma pormenorizada o incremento causado pelas benfeitorias e acessões realizadas pelos conviventes no imóvel de terceiros, quando considerado o momento anterior à própria edificação, acenando até mesmo com a possibilidade da acessão inversa à qual se refere o parágrafo único, do art. 1.255, do Código Civil, configurada naqueles casos em que o valor da edificação supera o valor do terreno.

Por reconhecer a inequívoca repercussão que tais pontos devem ter na indenização devida pelo proprietário registral, foi afastada a possibilidade de partilha, sendo aplicado precedente anterior do próprio STJ no sentido de que “aos ex-companheiros caberá, em ação própria, pleitear indenização em face do proprietário pela acessão construída, desde que tenha procedido de boa-fé, evitando-se o enriquecimento sem causa do titular do domínio”.²⁹

Com base nos fundamentos aludidos, concluiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.624.051/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, que a partilha da edificação realizada em imóvel de terceiros, em demanda da qual não participem os proprietários registraes, viola o os arts. 1.253 e 1.255, do Código Civil, na medida em que se discutem benfeitorias e acessões no imóvel de sua titularidade.³⁰

²⁸ STJ. Terceira Turma. REsp nº 1.624.051/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28.10.2019.

²⁹ STJ. Quarta Turma. REsp nº 1.327.652/RJ. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 10.10.2017.

³⁰ STJ. Terceira Turma. REsp nº 1.624.051/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28.10.2019.

5 Crítica à fundamentação que confere sustentação ao entendimento do STJ

Decerto, se a partilha da acessão edificada perpassa o direito de propriedade, aplicando-se o disposto no art. 1.255, do Código Civil, impõe-se por força do devido processo legal, cuja essência remonta ao desenvolvimento do procedimento em contraditório, a formação do litisconsórcio passivo necessário com a inclusão do proprietário registral.

Isso porque seria imprescindível a presença do proprietário do terreno no polo passivo da demanda, na medida em que seria ele o beneficiado pela incorporação e, ainda, o responsável pelo pagamento de eventual indenização.

O litisconsórcio é necessário quando sua constituição configurar premissa inarredável para o desenvolvimento regular do processo.

A legitimidade, geralmente passiva (especialmente ante a resistência doutrinária em obrigar qualquer pessoa a demandar em litisconsórcio ativo), pertence a mais de uma pessoa, devendo todas elas estar reunidas na demanda.

A natureza incindível da relação jurídica substancial controvertida no processo configura uma das hipóteses do litisconsórcio passivo necessário, devendo integrar o feito todos aqueles cuja presença seja imprescindível para a eficácia da prestação jurisdicional perseguida.

A propósito:

[...] no litisconsórcio necessário pela natureza da relação jurídica pouco importa se há (e pode até mesmo haver, mas como dito – isso será irrelevante) alguma disposição legal determinando a formação do litisconsórcio. Nessa hipótese, o que torna necessária a formação do litisconsórcio é a natureza incindível da relação jurídica substancial deduzida no processo. É que há processos em que se controverte acerca de uma relação jurídica que se caracteriza por conduzir a decisões judiciais que atingirão, inevitavelmente, a todos os seus sujeitos, não sendo possível cindir-se tal relação de modo que a decisão judicial alcance um sujeito e não outro. É que se dá, por exemplo, quando o Ministério Público postula a anulação do casamento. Evidentemente, não é possível anular-se o casamento para um dos cônjuges sem que tal anulação alcance também o outro. É necessária, então, a presença de ambos o processo.³¹

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 85.

Todavia, a concepção que remonta na formação do litisconsórcio passivo necessário desconsidera que a edificação está fundada na solidariedade familiar, por força da qual a propriedade e a posse foram, ainda que no âmbito restrito à parcela do terreno em que houve a edificação, funcionalizadas em prol da moradia de núcleo familiar distinto daquele integrado pelo proprietário registral, situação que, por vezes, pode perdurar mesmo após a dissolução do vínculo estabelecimento entre o casal.

O reconhecimento da imprescindibilidade do litisconsórcio passivo necessário negligencia o fato de que está em debate entre os cônjuges a relação possessória, que revela a funcionalização do bem, sem que necessariamente sejam imediatamente alcançadas as relações dominiais que justificariam a presença dos proprietários registraes.

Nesse contexto, em que se compreende a posse funcionalizada para fins de moradia de forma apartada, ainda que temporariamente, da propriedade registral, inexistente relação jurídica de direito material incindível entre qualquer dos ex-cônjuges ou companheiros, que siga na posse da edificação, e os proprietários da coisa.

Isso porque, se a pretensão deduzida está embasada unicamente na construção, que, mesmo acedida ao terreno e, podendo, portanto, ser tomada como uma acessão, ela não representa, ao menos não no momento em que deduzida no âmbito interno ao casal desfeito, forma de incorporação da propriedade.

Logo, tomar a pretensão de partilha da construção o casal como uma busca pela aquisição da propriedade nos moldes tipificados pelo art. 1.255, do Código Civil, implica trazer para o âmbito próprio daquele núcleo familiar desfeito uma relação jurídica externa àquela vivenciada.

Acaso vingue a referida confusão, no sentido de se reconhecer a presença dos proprietários registraes num dos polos da demanda, em litisconsórcio passivo necessário com um dos cônjuges ou conviventes, a presença destes últimos – ex-cônjuge ou companheiro – no polo passivo da relação, além de baralhar os conceitos de posse e propriedade, tem como único efeito jurídico relevante o de reduzir pela metade a indenização eventualmente devida pelo proprietário registral, em decorrência da acessão incorporada ao seu imóvel.

Para o referido desiderato, reduzir pela metade a indenização devida pelo proprietário registral àquele que de boa-fé edificou em seu terreno, nem mesmo seria necessária a presença do ex-cônjuge ou companheiro no polo passivo da demanda.

É que a sua ausência não obstará a delimitação do direito, segundo a extensão da titularidade do reclamante, ou seja, que fosse perseguida a indenização com base na metade do valor devido àqueles que edificaram em terreno alheio.

De todo modo, a referida demanda nada tem a ver com a partilha decorrente da dissolução da união estável ou do casamento.

É que, na referida hipótese, os efeitos patrimoniais da construção realizada pelo casal, ainda que no imóvel de terceiros, deve ser tomada pela visão do direito de família.

Pela referida ótica, o que buscam os ex-cônjuges ou ex-companheiros é a partilha da situação jurídica possessória vivenciada pelo casal, cuja continuidade, por força do divórcio ou da dissolução da união estável, ocorrerá unicamente em proveito de um deles.

A busca pela partilha de uma situação jurídica possessória, revestida de expressão econômica, que é a roupagem que melhor se adequa à solução do conflito de interesses eclodido no âmbito interno do casal, torna prescindível seja o polo passivo da demanda integrado pelos proprietários com título fundado no registro, em litisconsórcio necessário.

Até porque, ao fim e ao cabo, a exigência do litisconsórcio passivo necessário para equacionar o conflito acaba por impor ao proprietário do terreno, a despeito de seguir a edificação funcionalizada à moradia dos membros remanescentes do núcleo familiar que, no mais das vezes, seguem residindo no local, a obrigatoriedade de incorporação imediata da acessão, com o consequente pagamento de indenização.

Daí fica revelada situação jurídica anacrônica, na medida em que de ordinário não interessa ao proprietário registral que não tem, ou tampouco manifestou, qualquer vontade no sentido da incorporação da propriedade móvel pela acessão.

Na verdade, a referida solução revela cenário que vai de encontro à autorização para edificação em seu terreno, cuja gênese remete à solidariedade familiar e que anima a própria função social da propriedade.

Nesse contexto, merece destaque a concepção, ainda que prevalentemente propagada pela doutrina portuguesa, no sentido de que a incorporação da propriedade por acessão realizada por terceiros deve ser compreendida como um direito potestativo do proprietário registral.

Confirmam-se os ensinamentos de Menezes Cordeiro acerca do tema:

Verificados os requisitos da acessão, pergunta-se se ela atua imediatamente, em termos automáticos, ou se, pelo contrário, ela deriva de uma manifestação de vontade do beneficiário e, porventura, ainda de outros circunstancialismos dependentes dos envolvidos. A acessão traduz, para o beneficiário, a aquisição de um direito. Há uma regra no Direito civil, velha e quase absoluta, pela qual ninguém adquire direitos sem ter dado o seu assentimento. Tanto basta para indiciar que a acessão deve ser invocada por aquele a quem aproveite. Recorde-se que a própria usucapião deve ser alegada – artigos 1292º. e 303º do Código Civil – redundando pois, em rigor, no direito potestativo de o fazer. [...]

Queda concluir que o próprio regime vivo da acessão desenvolveu-se no sentido de ela funcionar apenas quando: (a) seja invocada pelo beneficiário; (b) o qual, além disso, procede a certos pagamentos prévios; (c) e havendo, ainda, por vezes, outras atuações necessárias, tais como licitações, não-oposição e decurso de certo prazo.

A acessão não é automática: ela surge, antes, potestativa, requerendo diversas condições para funcionar.³²

Forte nas referidas considerações, conclui Menezes Cordeiro que a “aquisição por acessão é, seguramente, potestativa e não automática”.³³

Escorado nos ensinamentos de José Oliveira de Ascensão, Menezes Cordeiro segue apontando as desvantagens em se optar por um cenário que, na esteira do REsp nº 1.624.051/RJ, remetesse para uma aquisição automática da acessão, especialmente no que diz respeito: (a) à inconveniência de forçar o beneficiário a um pagamento automático para o qual pode não estar preparado; (b) à inconveniência de vedar soluções diversas, acordadas pelas partes; (c) à inconveniência de impedir que as partes perpetuem a separação por meio do direito de superfície; (d) à inconveniência de transferir desde logo o risco para o beneficiário; (e) à injustiça da perda automática a troco de um pagamento diferido, conclui o autor então que a “aquisição por acessão é, seguramente, potestativa e não automática”.³⁴

Logo, especialmente por força do encargo financeiro que implica, a incorporação da propriedade por força da acessão deve ser considerada um ato complexo, que só fica completo mediante o exercício do direito potestativo atrelado à manifestação volitiva do sujeito beneficiado pela incorporação, que é o proprietário registral.

Em outras palavras, para que se complete a aquisição da propriedade pela acessão é imprescindível que o proprietário, no exercício de sua autonomia privada, manifeste a sua vontade no sentido de que pretende a incorporação imediata da acessão,³⁵ rompendo com a situação jurídica em que a edificação está funcionalizada à moradia de outro núcleo familiar, especialmente naqueles casos em

³² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. XIV. Direitos reais (2ª Parte). Coimbra: Almedina, 2022. p. 358-359.

³³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. XIV. Direitos reais (2ª Parte). Coimbra: Almedina, 2022. p. 363.

³⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. XIV. Direitos reais (2ª Parte). Coimbra: Almedina, 2022. p. 363.

³⁵ “Verificado o condicionalismo que leva ao nascimento do direito potestativo, o exercício faz-se, como já foi dito, de maneira unilateral, por meio de uma ‘declaração’: um negócio jurídico, um acto jurídico quase-negocial ou, ainda, uma acção judicial. Nesses termos, a declaração pode ser feita pelo próprio titular do direito potestativo, conforme o caso concreto sem ou com formalidades, ou pode resultar de uma decisão judicial, provocada pelo titular do direito por meio de uma acção” (HORSTER, Heinrich Ewald; SILVA, Eva Sónio Moreira. *A Parte Geral do Código Civil Português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 264).

que, a despeito da ruptura conjugal, a construção segue funcionalizada ao direito fundamental de moradia do núcleo familiar que ainda permanece no local, sendo, ademais, esta própria vontade do proprietário registral que não pretende adquirir a propriedade da acessão naquele momento, ou tampouco tem condições de fazê-lo.

Daí porque se afigura de todo despropositada a exigência de que, para fins de partilha das situações jurídicas revestidas de expressão econômica entre o casal que se separa, sejam os proprietários registrares inseridos no polo passivo da demanda como litisconsortes necessários.

Conforme já salientado, a referida solução acaba por elidir tanto a solidariedade familiar, como por atentar contra a própria função social que segue sendo alcançada pela edificação, que é assegurar o direito fundamental à moradia do membro do núcleo familiar que segue residindo no local.

Enquanto as circunstâncias permanecerem neste sentido, remetendo o atendimento da função social da propriedade à permanência do contexto fático-jurídico delimitado, deve ser estabelecida uma exceção, ainda que momentânea e condicional, à regra da gravitação jurídica, segundo a qual o acessório deve seguir o principal, especialmente porque a referida situação deve, ao fim e ao cabo, restar subordinada à vontade do titular do direito potestativo.

É que no referido caso a função social é atendida pela preservação da posse direta então configurada, sem que seja equacionada qualquer circunstância acerca do direito de propriedade.

Logo, ganha destaque para o equacionamento do conflito a correta compreensão do fato jurídico, bem como da razão jurídica que justificou a situação consolidada no caso concreto, no intuito de ser-lhe conferido o tratamento jurídico adequado:

Todo fato juridicamente relevante e, em particular, todo fato humano voluntário, todo ato de iniciativa privada tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento nos esquemas típicos, ou é modelada pela iniciativa dos sujeitos. A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes também psicológica (assim é, por exemplo, em muitos atos familiares com conteúdo não patrimonial). É necessária uma avaliação circunstanciada e global do fato. Avaliação e qualificação são

uma coisa só, porque o fato se qualifica com base na função prático-social que realiza. Não é suficiente procurar somente os efeitos próprios e qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos. Limitar-se a isso significa não considerar a natureza dos interesses e a diversa relevância que, em concreto, os atos assumem. A individuação deve compreender a razão da constituição, modificação ou extinção em relação ao concreto regulamento de interesses.³⁶

Decerto, quando se tomam em consideração as referidas condicionantes consideradas globalmente, sobretudo as vontades animadas pela solidariedade familiar que estão na gênese para a autorização da edificação da moradia do casal no imóvel de terceiros, fica evidente que a razão jurídica que conforma a situação jurídica da qual eclode o conflito relativo à partilha da edificação passa ao largo do direito de propriedade.

A situação jurídica revestida de expressão econômica que deve ser partilhada no âmbito estrito do casal desfeito é a posse³⁷ para fins moradia, o seu equivalente pecuniário.

6 Direito de laje, um exemplo ainda mais eloquente da inadequação do regime jurídico da acessão, para disciplinar a partilha da construção realizada pelo casal em imóvel de terceiros

O direito de laje foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.465/2017, que inseriu o inc. XIII, no rol do art. 1.225, do Código Civil, cuja finalidade era a “regularização de áreas favelizadas, conhecidas como comunidades”, porquanto “Em muitas localidades brasileiras, como ocorre no Rio de Janeiro, as lajes são ‘vendidas’, ou seja, transferidas onerosamente e de forma

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 96.

³⁷ “À função social da posse servirá, de modo idêntico, à função social da propriedade, de diretriz interpretativa aos magistrados instados a julgar litígios que envolvam a relação concreta com o objeto do direito, esteja respaldado ou não por título dominial. Servirá, também, para nortear políticas públicas capazes de promover valores permeiam as relações interprivadas por intermédio da funcionalização da posse e da propriedade” (MAIA, Roberta Mauro Medina. A tutela possessória como instrumento da pacificação social: ainda sobre o fundamento dos interditos possessórios. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil*: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 211).

definitiva para terceiros. Também é comum a sua transmissão gratuita entre pessoas da mesma família”.^{38 39}

A despeito do debate envolvendo a natureza do direito de laje, se se trata de direito real sobre coisa própria, associado ao fato de ser necessária a abertura de uma nova matrícula, ou se se cuida de direito real sobre coisa alheia, merece destaque a existência de entendimento jurisprudencial no sentido de que se criou “um direito real sobre coisa alheia (CC, art. 1.510-A), no qual se reconheceu a proteção daquela extensão – superfície sobreposta ou pavimento inferior – da construção original, conferindo destinação socioeconômica à referida construção”.⁴⁰

Para a finalidade pretendida, o simples fato de que, ao menos potencialmente, o direito de laje pode ser configurado como um direito real autônomo à propriedade do imóvel sobre a qual edificada, é o quanto basta para flanquear, de forma ainda mais evidente, a regra de que o acessório deve seguir o principal.

Diversamente do que ocorre com as edificações realizadas no imóvel de terceiro em outras situações em que a posse deve ser reconhecida de forma apartada de qualquer forma de direito real legalmente posto, quando a construção ocorre em observância às diretrizes do direito de laje, estabelecidas pelo art. 1.510-A e seguintes do Código Civil, existe, ao menos potencialmente, a tipificação de um outro direito real, distinto daquele previamente titularizado pelo proprietário registral.

A referida possibilidade acaba por corroborar a prescindibilidade de que a meação da edificação utilizada como moradia pelo casal, ainda que estritamente pelo aspecto possessório, envolva os proprietários com título fundado no registro em litisconsórcio passivo necessário.

Nesse caso, às especificidades multirreferidas, sobretudo aquelas atinentes à solidariedade familiar e à função social da propriedade, se agrega a própria possibilidade legal de quebra da lógica que está por detrás do tratamento da acessão, segundo a qual, por força do princípio da gravitação jurídica, o acessório deve seguir o principal.

³⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito das coisas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 585. No mesmo sentido leciona Ricardo Pereira Lira acerca da necessidade de regularização do denominado direito de laje: “[...] moradias não regularizadas, principalmente nas regiões mais pobres, são o custo da urbanização e da concentração de renda nas capitais e, por isso, não podem ser tratadas com descaso. É a população que trabalha nos grandes centros e ajuda a aquecer a economia que, na maioria das vezes, é obrigada a viver de forma precária. É dever do poder público regularizar essas áreas e fornecer os serviços essenciais” (LIRA, Ricardo Pereira. *Mesmo privada, propriedade tem função social*. In: MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito civil. Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 556).

³⁹ Estabelece o art. 1510-A, do Código Civil, que o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

⁴⁰ STJ, Quarta Turma, REsp nº 1.478.254/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08.08.2017.

7 A partilha da edificação realizada pelo casal, para fins de moradia, em imóvel de titularidade de terceiros, uma tentativa de superação da concepção fixada pelo REsp nº 1.624.051/RJ

Evidenciado o caráter insatisfatório da regra veiculada pelo art. 1.255, do Código Civil, para solver o conflito surgido no momento da ruptura do casal, no que diz respeito à edificação realizada em imóvel alheio, deve ser pavimentado o caminho que deverá levar ao equacionamento adequado do conflito.

Ao fim e ao cabo, a situação jurídica que o casal desfruta no curso do casamento, ou da união estável, é a posse sobre a acessão realizada sobre imóvel de terceiros.

A acessão realizada segue funcionalizada ao direito fundamental à moradia do núcleo familiar, atendendo, em consonância com a própria vontade do titular do domínio, a função social da propriedade.

Se antes era o casal que, ao utilizar a acessão para viabilizar a residência do núcleo familiar, seguia conferindo destinação econômica à coisa perante a comunidade local, agora o referido desiderato é cumprido pelos membros remanescentes do núcleo familiar, que ainda seguem, na companhia de um dos cônjuges ou companheiros, habitando a construção realizada.

Trata-se de situação jurídica revestida de expressão econômica em si mesma, independentemente das questões atreladas ao direito de propriedade.

Isso porque, conforme já destacado, não somente os bens regularmente registrados integram o acervo alcançado pela meação decorrente do vínculo conjugal estabelecido.

Confira-se:

[...] 4- Não apenas as propriedades formalmente constituídas compõem o rol de bens adquiridos pelos cônjuges na constância do vínculo conjugal, mas, ao revés, existem bens e direitos com indiscutível expressão econômica que, por vícios de diferentes naturezas, não se encontram legalmente regularizados ou formalmente constituídos sob a titularidade do casal, como, por exemplo, as edificações realizadas em lotes irregulares sobre os quais os cônjuges adquiriram direitos possessórios.

5- Dada a autonomia existente entre o direito de propriedade e o direito possessório, a existência de expressão econômica do direito possessório como objeto de partilha e a existência de parcela significativa de bens que se encontram em situação de irregularidade por motivo distinto da má-fé dos possuidores, é possível a partilha de direitos possessórios sobre bem edificado em loteamento irregular,

quando ausente a má-fé, resolvendo, em caráter particular, a questão que decorre da dissolução do vínculo conjugal, e relegando a segundo momento a discussão acerca da regularidade e formalização da propriedade sobre o bem imóvel.

6- Recurso especial conhecido e provido.⁴¹

Ainda que a posse sobre a acessão edificada em imóvel de terceiros, especialmente porque eles, no mais das vezes no âmbito do exercício da solidariedade familiar, concederam autorização para que fosse levada a termo a construção, não deva ser equiparada à posse exercida em terrenos irregulares, a premissa central persiste inabalada.

Em consonância com o Enunciado nº 492, da V Jornada de Direito Civil, realizada em 2011, “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedoras de tutela”.

Enfatizando o caráter autônomo da posse, enquanto situação jurídica reveladora de proveito econômico próprio, vale conferir as considerações apresentadas por Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Pablo Renteria:

A circunstância de a posse ter o mesmo conteúdo que a propriedade não significa que a ordem jurídica proteja a posse em razão da propriedade. A posse não é o exercício da propriedade ou de qualquer direito. É simplesmente estado de fato que se assemelha ao exercício do domínio, vez que o possuidor se comporta em relação à coisa de modo análogo ao proprietário. Mas se as semelhanças não passam disso, pois que a proteção da posse prescinde de título jurídica sobre a coisa e pode até mesmo voltar-se contra o proprietário.

Em definitivo, a defesa da propriedade não absorveu completamente o instituto da posse, preservando-se sua autonomia. Nessa direção, ressalta Manuel Rodrigues, em lição aplicável ao direito brasileiro, que a posse é defendida ‘porque o exercício de um poder sobre as coisas, quando repetido, constitui um facto que o público se acostuma a considerar e por isso mesmo inspirador de relações e produtor de interesses, que tem, portanto, um valor econômico e que, como tal, deve ser disciplinado e protegido’. Na mesma linha, Ebert Chamoun esclarece que ‘a lei salvaguarda a posse como simples estado de fato porque aparenta uma situação jurídica regular, e a aparência é juridicamente digna de proteção’.

⁴¹ STJ, Terceiro Turma, REsp nº 1.739.042/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08.09.2020.

A assimilação imprópria dos fundamentos da posse com os da propriedade mostra-se recorrente na dogmática tradicional, que examina os institutos jurídicos exclusivamente sobre o perfil estrutural, ou seja, na perspectiva da estrutura de poderes conferida a seu titular, sem atentar para o aspecto funcional, prioritário àquele que procura identificar a função desempenhada pelas situações jurídicas subjetivas. Do ponto de vista da sua estrutura, a posse se identifica com qualquer situação fática que exteriorize o direito de propriedade, consubstanciada no exercício das faculdades decorrentes do domínio. Entretanto, como todo direito subjetivo, a posse também se reveste de aspecto funcional, associado à destinação conferida ao bem jurídico pela titularidade possessória. Como a função da posse não se vincula necessariamente à do domínio, torna-se objeto de valoração (e, conseqüentemente, de disciplina jurídica) autônoma por parte do ordenamento.⁴²

Logo, a posse outrora exercida conjuntamente pelo casal, que em termos fáticos e aparentes destinava a acessão à sua moradia, configura, enquanto situação fática revestida de valoração econômica, interesse jurídico passível de proteção e mesmo partilha, em caso de divórcio ou dissolução da união estável, a despeito de qualquer incursão pela propriedade registral titularizada por terceiro.

O que existe entre o casal que se separa é o exercício conjunto da posse, ainda que limitada à acessão edificada, situação jurídica aparente e passível de mensuração econômica própria, a reclamar equacionamento autônomo restrito ao âmbito da família desfeita, ou seja, do ex-casal.

Portanto, a despeito da timidez com que aparece na jurisprudência, deve ser reconhecida a possibilidade de que a partilha da acessão edificada pelo casal siga adstrita à posse, na medida em que configurada situação jurídica aparente revestida de proveito econômico independentemente da propriedade registral.

8 Novos parâmetros para a realização da partilha

Dada a regra da mancomunhão, a posse, mais especificamente a posse direta, enquanto situação fática que goza de valoração econômica autônoma pelo ordenamento jurídico, resta incorporada ao patrimônio do casal, sujeitando-se, portanto, à meação.

⁴² TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos de direito civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 33-34.

Nesse contexto, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que se viu privado da posse outrora exercida pelo casal sobre a acessão edificada, posse direta que, especialmente em seu sentido funcional, revela destinação econômica atrelada ao direito de moradia do núcleo familiar, faz jus à indenização do valor correspondente àquela que poderia ser tida, ainda que de forma abstrata e não passível de individuação, como a sua quota-parte ideal no que diz respeito à possessória anteriormente configurada - composse que fica extinta pela continuidade da posse exclusiva pelo cônjuge ou companheiro que segue na coisa.

Eventuais dificuldades na liquidação do equivalente monetário da situação possessória funcionalizada à moradia do núcleo familiar, a expressão econômica da posse exercida pelo casal, não deve empanar o desfecho proposto.

Outrossim, tampouco deve impressionar, especialmente porque se trata de solução sintonizada com as circunstâncias fáticas e com os valores familiares que devem integrar norma específica que deverá pacificar o conflito de interesses atinente à partilha, o fato de que a expressão monetária do direito indenizatório eventual reconhecido em favor do cônjuge retirante não encontrará garantia, vale dizer, responsabilidade patrimonial, na situação possessória que seguirá sendo fruída pelo cônjuge remanescente no local, normalmente aquele ligado por laços sanguíneos com os proprietários do terreno, com o que o conflito encontrará pacificação no seio da família, do qual nunca se desprende.

Ainda que o consequentialismo venha ganhando força como parâmetro hermenêutico, contando até mesmo com positividade expressa na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especialmente no que concernente às relações administrativas (*vide* art. 20, *caput*, inserido pela Lei nº 13.655/2018), ele não pode obstar a solução que melhor se ajuste às circunstâncias fáticas, normativas e até mesmo valorativas informadas pelas vicissitudes do direito de família.

Outro ponto que merece destaque reside no fato de que todos os direitos que o casal detinha sobre a edificação realizada ficam sub-rogados pelo ex-integrante da relação que efetuou o pagamento relativo à indenização sobre a posse perdida pelo outro, porquanto esta última compreende, em sua valoração, o conjunto de todo o esforço e gastos dos ex-cônjuges ou ex-companheiros para edificação da moradia do núcleo familiar, aí incluindo os materiais empregados na obra.

Logo, até mesmo para impedir o enriquecimento sem causa do ex-cônjuge ou companheiro já indenizado, o equacionamento de eventual e futura incorporação da edificação pelo proprietário do solo, quando obviamente concorrerem os requisitos legais para tanto, deve ocorrer somente em relação àquele que seguiu na posse do imóvel.

Somente em tal caso, que revela cenário fático-normativo diverso daquele relativo à partilha da edificação para fins de moradia realizada pelo casal em imóvel

de terceiros, o contraditório deverá alcançar os proprietários com título fundado no registro (preservando-se o exercício do direito potestativo do proprietário) e o debate se dará em torno da regra veiculada pelo art. 1.255, do Código Civil.

Conclusão

No cenário delineado, o debate acerca da partilha dos direitos concernentes à residência do casal não deve alcançar os proprietários do terreno, como estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.624.051/RJ, porquanto estes últimos sequer manifestaram a vontade no sentido da ruptura da realidade estabelecida, em que prestigiada a função social da propriedade, para adquirir a titularidade da acessão.

Enquanto houver a persistência da posse funcionalizada à moradia, por titulares próprios, formatando uma realizada que não necessariamente se encontra com a questão dominial, fica em suspenso a própria lógica do princípio da gravitação jurídica, por meio da qual o acessório deve automaticamente seguir o principal.

Por isso, no âmbito do divórcio ou da dissolução da união estável, de que se cogita da partilha da posse sobre a edificação, ainda que de acessão se trate, realizada em imóvel de terceiros, se afigura desnecessária a exigência de formação de litisconsórcio passivo necessário, com a inclusão dos proprietários no polo passivo da demanda.

Em prestígio à situação configurada, em que a posse se encontra funcionalizada à moradia de determinado núcleo familiar, que não necessariamente se dissipa pelo divórcio ou fim da união estável, a indenização deve ocorrer da perspectiva funcional da situação possessória então configurada em favor do casal, realidade que é passível de fruição e mensuração econômica em separado da propriedade.

O conflito em tais casos, sobranceira a funcionalização, deve seguir adstrito ao âmbito interno do (ex-)casal.

Referências

ALVIM, José Manoel Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XI. t. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. XIV. Direitos reais (2ª Parte). Coimbra: Almedina, 2022.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualização de Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Coisas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 5.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MAIA, Roberta Mauro Medina. A tutela possessória como instrumento da pacificação social: ainda sobre o fundamento dos interditos possessórios. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBDCivil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito civil*. Direito das coisas. 4. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2022.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Ciccio. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; CIRÍACO, Patrícia K. de Deus; FARIAS, Andressa de Figueiredo. A força normativa dos princípios constitucionais como moduladores das novas famílias. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Coord.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das coisas. Propriedade. Atualização de Luiz Edson Fachin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XI.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das coisas. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos de direito civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos de direito civil: teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *Fundamentos de direito civil: direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COSTA, Francisco Ricardo Sales; JORGE, Roberto Túlio de Mello. Direito de moradia e acesso: um diálogo à luz do direito de família - Análise crítica do REsp nº 1.624.051/RJ. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 4, p. 193-223, out./dez. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.04.008.

Recebido em: 20.05.2024

Aprovado em: 07.09.2024