XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ANDRÉ VIANA DA CRUZ

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Otávio Luiz Rodrigues Junior; Cláudia Mansani Queda De Toledo; André Viana Da Cruz.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-541-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram anunciados no Grupo de Trabalho Direito Civil Constitucional, durante o XXVI Encontro Nacional do Conpedi, em São Luís, intitulado Direito, Democracia e Instituições no Sistema de Justiça, promovido em parceria com a Universidade Ceuma, no Maranhão. A coletânea de temas apresentados como comunicações científicas envolveu participações de vários Programas de Pós-Graduação em Direito representados por seus pesquisadores de mestrado e doutorado de todo o país e consolidam relevantes comunicações científicas a contribuir para a evolução doutrinária que entrelaça temas relativos ao direito civil e ao direito constitucional, em seus pontos de aproximação pertinentes. Os artigos foram selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares e levaram ao encontro acadêmico de pós-graduação várias controvérsias e desafios que se iniciaram desde a análise crítica da teoria do reconhecimento e a democracia, perpassaram conteúdos sobre o neoconstitucionalismo e a função social do judiciário, o controle da convencionalidade, para alcançar os pronunciamentos científicos sobre institutos essencialmente do direito privado como a curatela e a pessoa com deficiência, a desconsideração da personalidade jurídica, a decadência, algumas dimensões dos direitos da personalidade, o estudo da boa-fé no sistema brasileiro e da responsabilidade civil, algumas noções do contrato advindas do direito romano na contemporaneidade, a abordagem da discussão sobre a responsabilidade pessoal do agente público, o estudo do instituto usucapião em face do bem hereditário e a função social da propriedade. Acrescidos de exposições sobre os conceitos de igualdade e de vulnerabilidade e a reparação de danos, assim como a atualidade necessária à compreensão a respeito do dano moral e da multipropriedade no direito civil brasileiro.

O número de artigos apresentados foi de 17, todos permeados de intensos debates, desde o enfrentamento da conformação da disciplina direito civil constitucional até a nítida abordagem de institutos do direito civil, com a participação desta coordenação que foi enriquecida pela maciça cooperação dos pesquisados presentes e de convidados e renomados professores que prestigiaram os trabalhos.

Os objetos sobre os quais se dialogou tem ampla abrangência na ciência do direito e demonstram a importância do encontro científico do CONPEDI. A leitura indicará a

preocupação com o entrelaçamento possível e científico entre os ramos do direito civil e constitucional a demonstrar a singular contribuição acadêmica concretizada no Grupo de Trabalho.

Registre-se por parte desta coordenação conjunta os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - ITE

Prof. Dr. André Viana Da Cruz - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BEM HEREDITÁRIO DECLARADO VACANTE À LUZ DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

POSSIBILITY OF USUCAPION OF HEREDITARY GOOD DECLARED VACANT IN THE LIGHT OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY.

Janile Lima Viana

Resumo

Este escrito tem por escopo analisar as correntes doutrinárias que permitem concluir que a possibilidade ou não de usucapião de bens hereditários vacantes decorre, exclusivamente, da natureza jurídica da sentença, e não propriamente do estudo regramento jurídico aplicável ao bem hereditário vacante, o que não parece ser a melhor posição a ser defendida, sobretudo por desprezar a aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade, que deve orientar o estudo e o regramento jurídico aplicável aos bens declarados vacantes, independentemente da natureza jurídica da sentença.

Palavras-chave: Usucapião, Bem, Herança vacante, Natureza jurídica, Função social

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this paper is to analyze the doctrinal currents that allow us to conclude that the possibility or not of possession of vacant hereditary goods derives exclusively from the juridical nature of the sentence and not from the study of the juridical regulation applicable to the hereditary property vacant which does not appear be the best position to be defended above all by disregarding the application of the constitutional principle of the social function of property which should guide the study and legal regulation applicable to goods declared vacant irrespective of the legal nature of the judgment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Usucapion, Well, Vacant heritage, Legal naturage, Social function

INTRODUÇÃO

A doutrina brasileira dominante, ao estudar acerca da jacência e vacância dos bens, previstos nos artigos 1.819 e 1.823, do Código Civil, entende que a sentença declaratória de vacância possui natureza jurídica constitutiva, e não declaratória, o que permite, inclusive, a alegação de usucapião do bem, mesmo que o destinatário final desse bem seja o Poder Público.

Há, contudo, doutrina minoritária sustentando que a sentença de vacância possui natureza jurídica declaratória, com efeitos retroativos, cuja consequência imediata é a impossibilidade de alegação de usucapião do bem declarado vacante, em razão de expressa vedação legal de usucapião de bem público, nos termos dos artigos 102 do Código Civil e 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, além da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Como se vê, a conclusão a que se chega a doutrina acerca da impossibilidade de usucapião do bem hereditário vacante decorre, exclusivamente, da natureza jurídica da sentença, do efeito processual conferido à sentença, e não propriamente da análise do direito material do bem hereditário declarado vacante e das normas infraconstitucionais e constitucionais a ele aplicáveis.

Com a preocupação de que a doutrina não examina, satisfatoriamente, o regramento jurídico aplicável ao bem vacante e a possibilidade de usucapião, independentemente da natureza jurídica da sentença, é que o presente trabalho será desenvolvido.

Portanto, a problematização consiste em analisar a possibilidade de usucapião do bem vacante, nos termos do art. 1.822 do Código Civil, independentemente da natureza jurídica da sentença de vacância e da corrente doutrinária adotada. É relevante o estudo do bem hereditário à luz da Constituição antes da imposição judicial, ou seja, há uma questão preliminar anterior que devem ser resolvida que pode esvaziar a discussão acerca da natureza jurídica da sentença, qual seja, a função social do bem que se pretende declarar vago diante da alegação de usucapião pelo possuidor do bem hereditário, e havendo essa discussão as atenções devem estar voltadas para a solução desse caso.

Para tanto, inicia-se breve estudo acerca dos bens públicos e do instituto da usucapião. E posteriormente, sobre o processo de jacência e vacância, a aplicação, ou não, do princípio da *saisine* ao Poder Público. Essa explanação permitirá expor se o bem hereditário pertence ao Estado desde o falecimento do autor da herança, ou se o Estado passa a ser

proprietário a partir da declaração de vacância, além de ressaltar em que momento se pode alegar a usucapião do bem.

Em seguida, será tratado a respeito da natureza jurídica da sentença de vacância, com a apresentação das duas principais correntes e de seus defensores: (a) a de natureza constitutiva; (b) e a de natureza declaratória. Nesse tópico, contesta-se o entendimento atual dominante de que a possibilidade ou não de usucapião decorre da natureza jurídica da sentença, e sustenta-se que a usucapião do bem hereditário declarado vacante decorre do direito material e da observância do regramento jurídico infraconstitucional (Código Civil e do Estatuto da Cidade) e, logo depois, abordará os aspectos e a importância da função social da propriedade, prevista na Constituição Federal.

Por fim, mostra-se relevante por tentar oferecer solução para uma questão prática que ainda não se encontra satisfatoriamente resolvida pela doutrina brasileira. Adota-se, como método, neste ensaio, a dedução do Direito positivo, lido à luz da nova doutrina sobre o tema, bem como uma pesquisa qualitativa e explicativa.

1. DOS BENS PÚBLICOS E DA USUCAPIÃO

Para adentrar o tema, é necessário entender o bem público. É sabido que são considerados bens públicos "todas as coisas materiais ou imateriais, moveis ou imóveis, cujos os titulares são as pessoas jurídicas de direito público ou as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos" (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.401). O Código Civil acolheu o conceito mais restrito de bens públicos no artigo 98, no qual considerou aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de Direito público.

Conforme a destinação, os bens públicos são divididos em bens de uso comum do povo, cuja utilização é destinada a toda a coletividade e esse enquadramento decorre da natureza do bem ou da lei; há, ainda, o bem de uso especial, aquele bem destinado à própria Administração Pública, ou seja, são dirigidos à prestação de serviços públicos. Por fim, os bens dominicais, que se referem aos que pertencem ao Poder Público, mas não possuem uma destinação específica, são os chamados "bens desafetados" (MARINELA, 2013, p. 844-845).

Cabe destacar que esses bens possuem determinadas características que interferem no debate da presente curta pesquisa: são inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e insuscetíveis de oneração.

O atributo da inalienabilidade assegura que o bem público não pode ser transferido para terceiros. Assim disciplina o artigo 100 do Código Civil, ao explicar que são inalienáveis os bens de uso comum e de emprego especial. Tal regra entretanto, tem exceção, quando

autoriza a alienação mediante o preenchimento dos requisitos legais, desde que esses bens estejam desafetados, isto é, sem uma destinação específica (GASPARINI, 2007, p.820). Para que ocorra essa alienação de bem imóvel, fazem-se necessárias autorização legislativa, avaliação prévia, bem como licitação na modalidade de concorrência.

A característica da impenhorabilidade e da impossibilidade da alienação salvaguarda os bens públicos de possíveis penhora, hipoteca ou anticrese, o que deriva da própria característica da inalienabilidade. Vale destacar a noção de que o Poder Público se submete ao regime de execução de precatórios, em que os débitos serão submetidos a uma ordem cronológica e à conta de créditos respectivos, consoante disciplina o artigo 100 da Constituição Federal (CUNHA JÚNIOR, 2009.p 403).

A respectiva característica, no entanto, não é absoluta, pois, assim como acontece com a inalienabilidade, é possível a entidade estatal ceder ao regime especial de execução, e, mediante lei, oferecer bens em garantia.

Com relação à cláusula de imprescritibilidade, segundo o artigo 183, parágrafo 3º, e único do artigo 191 da Constituição Federal, bem como o artigo 102 do Código Civil, os bens públicos são insuscetíveis de usucapião. A lei não faz diferenciação quanto à categoria de bem, seja ele de uso comum, especial ou dominical.

A usucapião consiste no modo de "adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei" (GOMES, 2012, p. 180). Assim, para que essa ocorra, é necessário que haja uma junção de requisitos pessoais, reais e formais. Com efeito, como se observa, para que possa ocorrer a referida aquisição, se faz preciso que o bem seja suscetível a usucapião, isto é que sejam coisas dispostas no comércio.

Extrai-se a noção de que sob a égide da Constituição Federal (artigo 183 § 3º e 191), segundo o que está disposto, nenhum imóvel público poderá ser usucapido. Nem sempre entretanto, foi assim, pois anteriormente ao Código Civil de 1916, era permitido o usucapião de bens públicos dominicais se fossem preenchidos os requisitos pela lei imposta (RIBEIRO, 1998. p. 507). Já o Código 1916 não mencionou claramente sobre essa possibilidade, pois trouxe no artigo 67 uma condição dúbia que passou a ser sustentada pelos defensores que alegavam a usucapião. Assim, para esclarecer e dirimir qualquer dúvida, a jurisprudência, Súmula 340 STF, consolidou o assunto, ao afirmar que não é possível a usucapião de bens

públicos, além da jurisprudência sempre entender que o particular que ocupa bem público não terá a posse, mas apenas mera detenção[1].

Extrai-se da referida análise o questionamento acerca de qual seria o regime jurídico, público ou privado, aplicado ao bem originário da herança vacante, pois, a depender do caso em concreto, poderá possibilitar a utilização do instituto da usucapião ao se considerar os princípios envolvidos na Constituição Federal: princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia e da função social da propriedade. Este estudo se atem apenas ao princípio da função social que será aplicado na herança vacante.

2. HERANÇA JACENTE E VACANTE

Inicialmente, é preciso esclarecer que a lei não define o que vem a ser herança jacente. Apenas estabelece as hipóteses em que ela ocorre. Coube a doutrina definir o seu conceito. A herança jacente[2] é um estado provisório de indefinição e uma fase que antecede a vacância, e com esta não se confunde (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p.85). Ocorre quando o autor da herança falece sem deixar herdeiros notoriamente conhecidos ou aparentes, nem testamento, ou quando todos os herdeiros renunciam a herança. Nessa última hipótese, a herança é desde logo declarada vacante, por expressa previsão legal (CC, artigo 1.823).

Além das hipóteses do artigo 1.819 do Código Civil, a doutrina aponta outros casos de jacência (GONÇALVES, 2012, pp. 135-136), tais como filho já concebido e ainda não nascido e a constituição de pessoa jurídica a quem se atribuíram bens e a instituição de herdeiro sob condição suspensiva, enquanto pendente a condição.

Ocorrendo essas hipóteses, os bens serão arrecadados e ficarão sob a administração de um curador, nomeado pelo juiz, até a entrega ao herdeiro legalmente habilitado ou até que a herança seja declarada vacante. Não se fará a arrecadação, ou essa será suspensa, se surgir herdeiro ou testamenteiro notoriamente reconhecido e não houve oposição motivada do curador, de qualquer interessado, do Ministério Público ou do representante da Fazenda Pública (CPC/2015, art. 740, § 6º).

Ultimada a arrecadação dos bens, o juiz mandará expedir edital, na forma do artigo 741 do Código de Processo Civil de 2015. Os editais serão publicados no sítio do tribunal a

---

[1] Conforme preceitua o Ministro Herman Benjamin, no AgRg no Ag: 1343787 RJ 2010/0156820-3: "A ocupação de área pública, sem autorização expressa e legítima do titular do domínio, é mera detenção, que não gera os direitos, entre eles o de retenção, garantidos ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil".

[2] O direito civil brasileiro não reconhece personalidade jurídica à herança jacente, vacante e ao espólio e ambas não se confundem com o espólio, que é a massa patrimonial em juízo. Além disso, no espólio os herdeiros legítimos e testamentários são conhecidos, o que não ocorre na jacência e na vacância. Nesse sentido, César Fiúza (2007. p. 1003). Portanto, segundo a doutrina, o que diferencia a herança jacente do espólio é, justamente, a existência de herdeiros legítimos ou testamentários no espólio. Tal fato não ocorre na herança jacente.

que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 03 (três) meses. Não havendo sítio, serão públicos no órgão oficial e na imprensa da comarca, por 03 (três) vezes com intervalos de 01 (um) mês, para que os sucessores do falecido venham a habilitar-se no prazo de 06 (seis) meses contado da primeira publica. Se a habilitação do herdeiro for julgada procedente, a arrecadação converter-se-á em inventário (CPC, art. 741, § 3º).

Passado um 01 (ano) da primeira publicação do primeiro edital e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vaga[3], vacante (CPC/2015, art. 743). Não se habilitando até a declaração de vacância, os herdeiros colaterais ficarão excluídos da sucessão (CC, parágrafo único do artigo 1.822). Leia-se, excluídos definitivamente. Os demais herdeiros diretos, ascendentes, descendentes e cônjuge, contudo, não são prejudicados com a declaração de vacância, mas devem requerê-la no prazo de 05 (cinco) anos contado da abertura da sucessão (CC, art. 1.822), através de ação de petição de herança, e não por meio da habilitação (CPC, § 2º do artigo 743), é dizer, não é mais discutido no processo de jacência e vacância.

A herança é considera vacante quando, findas as diligências de arrecadação e publicação dos editais na forma da legislação civil, e decorrido 01 (um) ano da publicação do primeiro edital, não surgiram herdeiros sucessíveis, cujos bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal (CC, art. 1.822). Portanto, herança vacante é aquela declarada de ninguém – *vacabs vero quae nec habet, nec habere sperat*. Por isso que é entregue ao Poder Público.

Além de excluir os herdeiros colaterais, que é o principal, a sentença de vacância produz também o efeito de transferir ao Estado a propriedade do bem, mas essa propriedade não é plena e sim é resolúvel, que somente será consolidada após o decurso de 05 (cinco) anos e desde que não surja algum herdeiro ou possuidor usucapiente. *A Fazenda Pública fica na condição de depositária dos bens, até a incorporação definitiva* (VENOSA, 2010, p.78).

A partir da declaração de vacância é que o Poder Público passa a ser considerado destinatário do bem e a herança considerada bem público, com a incidência do regime jurídico

[3]A expressão "vaga" utilizada aqui não tem o sentido de coisas ou bens vagos, que são aqueles bens perdidos pelo dono. A expressão empregada tem o sentido de bem vacante, sem herdeiros legítimos e testamentários. Trata-se de significado que deve ser utilizado em conjugação com a expressão herdeiros legítimos e testamentários. Portanto, numa só palavra, bem vacante significa bem deixado pelo falecido, que não possuía herdeiros legítimos ou testamentários, mas não significa dizer bem sem proprietário ou possuidor. Basta pensar na hipótese, trabalhada nesse artigo, do possuidor que pretende usucapir os bens que compõem a herança jacente. Ele não é herdeiro, mas é possuidor do bem, que pode vir a adquirir a sua propriedade através da prescrição aquisitiva.

de direito público, especialmente o previsto nos artigos 102 do Código Civil e 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, além da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal (STF), que impedem a usucapião de bem público, ainda que de natureza dominical [4], mas isso não impede que o possuidor usucapiente esteja impedido de postular a propriedade desde mesmo bem, desde que tenha preenchido os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela modalidade de usucapião que postula até a declaração de vacância. Obviamente, se não tiver preenchidos os requisitos até essa data, não poderá mais fazê-lo porque o bem, a partir dessa data, estará submetido ao regime jurídico dos bens públicos, que impede a alegação de usucapião.

3. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA DE VACANCIA E SUAS CONSEQUENCIAS PARA O USUCAPIÃO.

Como já referido na introdução do trabalho, há duas correntes doutrinária acerca da natureza jurídica da sentença de vacância, e a adoção de qualquer uma delas tem importância consequência prática.

A primeira corrente, que se apresenta como majoritária, alinhada ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[5], defende que a sentença de vacância possui natureza constitutiva da propriedade, com efeitos *ex nunc.* A herança jacente somente se incorpora ao patrimônio público com a declaração de vacância, que é o fato gerador da transmissão da propriedade ao Município, o que torna possível usucapião do bem hereditário se o usucapiente completar o tempo antes da sentença de vacância. Com a sentença de vacância, o bem até então vacante passaria ao domínio resolúvel do Poder Público, à espera dos demais herdeiros diretos, ascendentes, descendentes e cônjuge, pelo prazo de 05 (cinco) anos, contado na data da abertura da sucessão.

O Poder Público não tem a posse e a propriedade resolúvel do bem desde a abertura da sucessão, não sendo a ele aplicado o princípio do *droit de saisine* (DINIZ, 2009, p.165), como acontece com os herdeiros, por não constar mais no rol dos herdeiros da ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, do Código Civil.

Esse é, sem sombras de dúvidas, o argumento mais contundente a justificar a possibilidade de usucapião do bem hereditário vago. Como o Poder Público não é herdeiro (CC, art. 1.829), não tem a posse e a propriedade da herança desde a morte do seu proprietário, mas somente após a declaração de vacância, que é o ato jurídico instituidor de

[4] De acordo com o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo (2011. p.923/924), os bens públicos, ainda que dominicais, não podem ser usucapidos.
[5]Para o STJ, a sentença de vacância possui natureza constitutiva (AResp nº 1.013.865 - RJ (2016/0295281-7)).

seu direito, com efeitos jurídicos *ex nunc*, abre-se espaço para a possibilidade de usucapião dos bens componentes da herança jacente, se o usucapiente complementar o prazo exigido antes da sentença de vacância.

A natureza constitutiva da sentença de vacância é defendida pela professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p.191), ao entender que:

> O Estado, como se viu, não adquire os bens do acervo no momento da morte do autor da herança. A lei, buscando privilegiar os herdeiros ignorados, garante-lhes o prazo para que venham requerer o reconhecimento de sua condição de herdeiro. Disso se afirma que o Estado não é herdeiro.

Nesse sentido, também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no AResp nº 1.013.865 - RJ (2016/0295281-7):

> AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. USUCAPIÃO. HERANÇA JACENTE. ALEGAÇÃO DE NÃO SER O IMÓVEL SUSCETÍVEL DE AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO, POR SER ELE BEM PÚBLICO. DESCABIMENTO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SAISINE EM FAVOR DO ENTE PÚBLICO. BEM QUE SÓ PASSA A INTEGRAR O ACERVO PATRIMONIAL PÚBLICO POR OCASIÃO DA DECLARAÇÃO DE VACÂNCIA. POSSE DEVIDAMENTE COMPROVADA. 1- O Poder Público não é herdeiro, não lhe sendo, por tal razão, reconhecido o droit de saisine, apenas adquirindo o domínio e a posse dos bens que integram a herança jacente após a declaração de vacância. 2- A parte autora somente obteve a declaração de vacância depois de completado o prazo de prescrição aquisitiva em favor da parte ré. 3- Restou comprovado nos autos o preenchimento dos requisitos para o reconhecimento da prescrição aquisitiva. 4- O valor dos honorários advocatícios atende ao princípio da razoabilidade e às particularidades do caso, nos termos do art. 20, §4º, do CPC, devendo, assim, ser mantido. manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos [...].

Flávio Augusto Monteiro de Barros (2004, p.196) adota a corrente de que a sentença de vacância possui natureza jurídica declaratória. Segundo ele, pensar diferente é o mesmo que consagrar a tese de que a herança jacente é um patrimônio sem sujeito, contradizendo as noções mais certas acerca da natureza do direito. Ouso discordar do citado autor. Como já dito, bens vacantes não são sinônimos de bens vagos, como já explicado. Bens vagos são coisas alheias perdidas, que devem ser entregues ao dono por quem as encontrar. Bens vacantes são aqueles bens sem herdeiros legítimos ou testamentários, mas não significa dizer bens sem donos, tanto o é que podem ser questionados pelo possuidor *ad usucapionem* ou pelo próprio Poder Público.

Também adota essa corrente Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013, p.98). Aquele sustenta que só é possível alegação de usucapião dos bens que compõem a herança jacente se o prazo estiver preenchido antes da abertura da sentença.

Com isso, o bem jacente ingressou no patrimônio do Poder Público desde a morte do autor da herança, com efeitos *ex tunc*, retroativos, não sendo cabível a alegação de usucapião, salvo na hipótese de o usucapiente ter adquirido a propriedade do bem antes da abertura da sucessão, ou seja, ter cumprido o prazo da usucapião antes da morte do *de cujus* e da incorporação ao patrimônio público.

Essa corrente, a nosso sentir, não consegue responder satisfatoriamente o seguinte questionamento: se o Poder Público não é herdeiro, como pode ter adquirido o domínio e a posse do bem vacante desde a abertura da sucessão, que são, justamente, os efeitos imediatos do *droit de saisine*, que não é a ele aplicado?

Na verdade, a corrente que se apresenta mais técnica e científica é a que defende a tese da natureza constitutiva da sentença de vacância, mas apresenta o inconveniente de desprezar os princípios constitucionais da função social da propriedade, o direito social à moradia e as próprias normas do direito civil, que devem orientar o estudo e o regramento jurídico aplicável aos bens declarados vacantes, além de promover insegurança jurídica, visto que o direito do usucapiente fica na dependência da corrente a ser adotada pelo julgador, o que não se mostra razoável, sobretudo num Estado Democrático Social, que prima pela segurança jurídica e pela função social da propriedade. A segurança jurídica é um atributo e uma finalidade do Estado de Direito (LUCCA, 2016, p.61).

Em razão dessa insegurança jurídica e da divergência doutrinária, é que sustenta a tese segundo a qual o direito do usucapiente não resta condicionado à corrente doutrinária adotada pelo órgão julgador (se constitutiva ou declaratória), mas à observância das normas legais e constitucionais do princípio da função social da propriedade. Explica-se.

O Poder Público não é herdeiro. O rol dos herdeiros se encontra previsto no artigo 1.829, do Código Civil, e nele não se encontra o Poder Público. Logo, a ele não se aplica o do *droit de saisine*. O fato gerador da transmissão da posse e da propriedade resolúvel ao ente público é a declaração de vacância. A partir desse momento processual - e somente a partir da vacância -, o bem se sujeita ao regime jurídico dos bens públicos, ainda que seja considerado bem dominical. Somente decorridos 05 (cinco) anos da abertura da sucessão, será o bem incorporado definitivamente ao patrimônio do poder público, conquanto já esteja sujeito ao regime jurídico dos bens públicos desde a declaração de vacância. Antes disso, o bem possui estrutura jurídica de bem privado, sujeito, inclusive, à prescrição aquisitiva.

Como a natureza jurídica do bem até ser declarado vacante é de natureza privada, mostra-se plenamente possível sustentar a tese de que a possibilidade de prescrição aquisitiva do bem hereditário independe da natureza jurídica da sentença. Não é esta que torna possível

usucapir o bem hereditário declarado vacante. Tanto o é que a sentença de vacância torna o bem sujeito ao regime jurídico dos bens público, e não faria sentido atribuir-lhe tal regime se já o possuísse. Ora, se o bem hereditário vacante possuísse natureza jurídica de bem público desde a abertura da sucessão, não seria possível de ser usucapido, nos termos dos artigos 102 do Código Civil, 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, além da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal (STF).

A sentença tem a finalidade de, justamente, declarar que não existem herdeiros ou testamentários, e que o bem hereditário, caso não apareçam herdeiros diretos no prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contado da abertura da sucessão, seja incorporado definitiva ao patrimônio do poder público, com efeitos retroativos à data da sentença de vacância. O regime jurídico imposto aos bens público incide sobre o bem declarado vago desde a data da sentença de vacância, e não desde a abertura da sucessão, por não ser aplicável ao Poder Público o *droit de saisine*.

Assim, bem declarado vago significa dizer bem sem herdeiro legítimo ou testamentário, espécies de herdeiros que devem compor o conceito de bem vago. É justamente por causa da ausência desses herdeiros que surge a possibilidade da existência de outras pessoas interessadas na aquisição do bem, *v.g.*, o usucapiente e o próprio Poder Público.

É preciso esclarecer, contudo, que a declaração de vacância pressupõe a inexistência de herdeiros legítimos ou testamentários, mas isso não significa dizer inexistência de pessoas interessadas na sua aquisição. O usucapiente, possuidor do bem declarado vago, por exemplo, sustentará seu direito na prescrição aquisitiva, na função social da propriedade e no direito social à moradia, e quando isso ocorre há uma questão preliminar que impede a transferência da propriedade desse bem para o Poder Público.

4. DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

É dizer, há uma questão preliminar a ser resolvida antes de decidir acerca da destinação do bem declarado vago e da natureza jurídica da sentença, que não pode ser olvidada ou desprezada pelo julgador. Somente ultrapassada essa fase (análise do preenchimento desses requisitos para adquirir a propriedade através da prescrição aquisitiva) será possível analisar a problemática da natureza jurídica da sentença, que, a nosso sentir, apresenta importância secundária, tendo em vista que a discussão acerca do termo *a quo* de transferência da posse e da propriedade para o Poder Público restaria completamente esvaziada, na hipótese de se reconhecer a prescrição aquisitiva em prol do possuidor.

E o raciocínio é simples: o usucapiente já teria adquirido a propriedade do bem, impedindo a arrecadação dos bens pelo Poder Público, e não haveria, por consequência, que se falar em herança vacante, posto que prevalece a função social da propriedade, que direcionará a decisão judicial para a devida aplicação do direito nos conflitos que envolvam o direito de propriedade ou posse.

A dicção "função social da propriedade" é fruto da Constituição 1967/ 69, a qual foi incluída no título da ordem econômica e social. A Constituição de 1988 ratificou tal princípio, disciplinando no rol dos direitos e garantias individuais, mas, também, permaneceu como princípio da ordem econômica. No campo infraconstitucional, cabe destacar que houve também a inclusão da função social da propriedade, como se pode observar no Estatuto da Terra, de 1964, na busca de garantir à propriedade rural a efetivação social do seu uso (POMPEU, FREITAS, 2015, pp. 835-859).

Nem sempre foi assim, no entanto, haja vista o fato de que a expressão "função social" só foi incorporada na Constituição brasileira de modo gradativo, pois, nas Cortes imperial e republicana, a propriedade era absoluta, sob o fundamento individualista, a qual não era objeto de limitação e interferência. Foi só com a Constituição de 1934, como explica Otávio Rodrigues (2010, p.207-236), com influência da Encíclica *Rerum Novarum*, Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, que houve o rompimento com a concepção liberal e a introdução do interesse social e coletivo no exercício da propriedade, com vistas à distribuição de terras, mas ainda sem menção à função social. A Lei máxima de 1937 optou por deixar a cargo do Legislativo definir os limites a serem impostos ao exercício de propriedade, retirando do Texto Constitucional a expressão interesse social e coletivo.

Ante os questionamentos de que não se teria mais como desvincular a propriedade da coletividade, a Constituição de 1946 extraiu os princípios de 1934, e determinou que a propriedade deve atender ao bem-estar social, adotando um caráter relativo e não mais absoluto (RODRIGUES JUNIOR , 2010, p.207-236).

Com efeito, a função social da propriedade trazida pela Constituição Federal de 1988, tanto no seu artigo 5º como no artigo 170, possibilitou que o exercício da propriedade seja realizado não só apenas para atender à coletividade, mas, também, suas relações econômicas. Assim, a função social da propriedade "se vincula não só a produtividade do bem, como também aos reclamos da justiça social (DINIZ, 2017, p.127)".

Resta demonstrado com isso, que houve uma mudança no aspecto da propriedade, não significando que ele perdeu sua essência de Direito privado, mas sim que deve estar em consonância com o interesse social e não mais com preceito particular. Para alguns autores,

como Gilberto Bercovici (2001, pp.69-84), a função social é mais do que uma simples limitação, por quanto intrínseca ao próprio conceito de propriedade, vinculando o proprietário a um escopo[6].

Menciona, ainda, Maria Helena Diniz (2017. p. 132) que propriedade "é a plenitude do direito sobre as coisas" e os seus elementos são extensões desse direito. Assim, referidos atributos correspondem a estrutura da propriedade, enquanto função, relaciona-se com a finalidade que esta deve desempenhar. Ressalta Pietro Perlingieri (2007, p. 226):

> [...] Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se fundam. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social.

Percebe-se que a função social encontra proteção no texto constitucional, caracterizando-a como direito fundamental, a qual nasce para terceiros e para o Poder Judiciário o dever de garantir este fazer, sob o fundamento da força normativa da Constituição.

Sob o enfoque, portanto, da Constitucionalização do Direito Civil, a propriedade passou a ser aplicada considerando os princípios da dignidade humana e da função social da propriedade, o que, consequentemente, garante o direito mínimo existencial à moradia, também disciplinado na Constituição Federal/88 em seu artigo 6º. Preceitua César Calo Peghini (2009, p.54):

> [...] A Carta Magna de 1988, de forma inovadora, ou seja, com destaque não vislumbrado anteriormente em âmbito nacional, fixou novas diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam as relações privadas, proclamando valores fundamentais como a dignidade humana, criando, assim, um novo regramento jurídico social, a fim de assegurar o respeito nas relações humanas, antes de qualquer outro direito.

Acrescenta ainda, o próprio César Calo Peghini (2009, p. 65) que além da influência da Constitucionalização do Direito Civil, há "[...] o princípio constitucional da solidariedade social, que inicialmente foi preconizado na Constituição 1988 e emplacou no Código Civil de 2002, tornando, assim, praticamente, obrigatória a interação do Direito Constitucional no Direito Civil".

Destaca-se que tal princípio interferiu sobremaneira o Código Civil de 2002, afastando o caráter absoluto da propriedade contido no Código Civil de 1916, passando a disciplinar a propriedade individual, mas acompanhada de certas restrições que são oriundas

[6] Segundo Otávio Rodrigues Júnior, teoria externa é centrada nas limitações externas ao exercício do direito de propriedade, ou seja, à função social não está no conteúdo daquela, sendo uma limitação externa ao seu exercício, diferentemente da teoria interna, em que à função social pertence a própria estrutura da propriedade.

da sua natureza ou da lei, com fins de garantir direitos sociais. Essa tendência se designa para alguns autores, como Caio Mario (2005, p. 84), de "humanização" da propriedade, visando a coibir a ideia de que a propriedade seja um instrumento de controle.

Assim, cabe ao juiz analisar a cláusula da função social para aplicar nos casos em que o bem declarado vago esteja na posse de terceiro, desde que preenchido os requisitos da usucapião, antes de adentrar no mérito da natureza da sentença que declara a vacância, visto que é necessário reconhecer a supremacia da Constituição sobre as demais normas. Afirma Gustavo Tepedino (2009, p. 135.):

> No panorama constitucional, em outras palavras, a propriedade privada deixou de atender apenas aos interesses do proprietário, tornando-se instrumento de proteção da pessoa humana, devendo, portanto, a utilização dos bens privados, e o consequente exercício do domínio, respeitar e promover as situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas.

Dessa forma, estando o bem com destinação, é necessário proteger quem detém a sua posse ou propriedade, pois estará caracterizada a função social da propriedade. Entende-se o princípio da função social, não só da propriedade, como da posse, pois, assim disciplina Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007, p. 64-65), esta é aparência daquela, já que a posse "é indispensável à propriedade para que esta cumpra sua função social e receba proteção social"

Devem os Tribunais equilibrar o direito de propriedade ou posse com as suas finalidades decorrentes da função social, em que esta é "justamente o vetor de valoração de que se servirá o juiz para a devida aplicação do direito nos conflitos que envolvem o direito de propriedade, o que se insere logicamente no conceito direito de propriedade" (FARIAS, 2007, p.310).

Não está aqui a defender o uso indiscriminado da função social da propriedade, mas sua utilização com base no princípio da proporcionalidade, analisando os requisitos e os valores envolvidos no caso concreto para aplicação do instituto da usucapião.

CONCLUSÕES

Expostas as ideias centrais e analisados os principais pontos do trabalho desenvolvido, é possível concluir o que se segue:

(a) a lei e a jurisprudência consolidaram o entendimento do interdito de usucapião de bem público, mesmo que este seja dominical, conforme preceitua a súmula 340 do Supremo Tribunal Federal. Tais dispositivos, no entanto, não podem ser analisados desassociados da

realidade fática expressa na sociedade contemporânea, já que os valores de justiça, principalmente da função social, devem ser considerados na efetivação dos direitos, o que possibilita uma relativização dessa regra.

(b) as correntes doutrinárias existentes acerca da natureza jurídica da sentença de vacância de bens hereditários não insuficientes para explicar a problemática que envolve a posse *ad usucapionem*, por se limitar a estudar a retroatividade ou não da propriedade do bem hereditário declarado vacante conferido ao Poder Público, como forma de justificar ou não a alegação de prescrição aquisitiva pelo possuidor *ad usucapionem*;

(c) com um estudo mais amplo e satisfatório é possível concluir que a melhor corrente a ser adotada é a que prega a natureza constitutiva da sentença de vacância, que confere à posse e à propriedade do bem ao Poder Público a partir da declaração de vacância, com efeitos *ex nunc.* A partir desse momento o bem se sujeita ao regime jurídico dos bens públicos, que impede a sua aquisição pela prescrição aquisitiva (usucapião), mas apresenta o inconveniente de não tratar satisfatoriamente do possuidor *ad usuapionem,* de concentrar todos os esforços no estudo da natureza jurídica da sentença de vacância, como se ela fosse o fator determinante para possibilitar ou impedir a usucapião desse bem, e de proporcionar insegurança jurídica*;*

(d) a partir das ideias aqui desenvolvidas, é possível defender que bem declarado vacante não possui o mesmo sentido e alcance jurídico de bens vagos. Estes são coisas (bens) alheias perdidas, que devem ser entregues ao dono quando encontradas; a vacância de bem hereditário só surge quando inexistem herdeiros legítimos e testamentários. Não são bens sem dono, mas sem herdeiros legítimos ou testamentários, além de não afastar o direito de possuidores *ad usucapionem,* cujos interesses podem ser tutelados pela ordem jurídica quando preenchidos os requisitos legais para obstar a devolução/transferência ao Poder Público com a sentença de declaração de vacância;

(e) partindo dessa premissa, bem hereditário vacante pressupõe a inexistência de herdeiros legítimos e testamentários e de possuidores *ad usucapionem*, cuja existência impede a delação do bem ao Poder Público, restando, pois, esvaziado ou de nenhuma utilidade prática a discussão acerca da natureza jurídica da sentença de vacância, visto que deve-se considerar a análise da função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil**. Família e sucessões. v.4, São Paulo: Método, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. **Revista de Direito Privado.** v.7, 2001, p. 69-84, jul –set/2001.

BRASIL, STJ. AgRg no Ag: 1343787 RJ 2010/0156820-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Agravante: Heraldo Soares Vieira –Espólio e Outros; Repr.por: Paulo Roberto Imnocencio Vieira- Inventariante; Advogado: Carlos Gomes de Figueiredo Neto e outro (s); Agravado: Município do Rio de Janeiro; Procurador: Luiz Roberto da Matta e outro (s); Data de Julgamento: 01/03/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2011. Disponível em < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18662912/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1343787-rj-2010-0156820-3/inteiro-teor-18662913?ref=juris-tabs> Acesso em: 08 junho 2017.

BRASIL,STJ, AResp nº 1.013.865 - RJ (2016/0295281-7), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. agravante : Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Procurador: Bianca Faertes Nascimento Barbosa e outro(s) - rj122689, Agravado: Jorge Luiz Braga Neves, Agravado: Vera Lucia de Jesus Braga Neves; Advogado : Bianca da Silva Marcal e outro(s) - rj109348, interes.: Anna Joana Vieira. Julgado em 19/05/2017. Disponível em < http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc> Acesso em: 08 junho 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed.rev, ampl, atual, Salvador: Juspodivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. v.6. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**: direito das coisas. 31. ed. São Paulo: SARAIVA, 2017.

FARIAS, Valter Nazareno. A função social da propriedade como cláusula geral. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano. 8, n. 32, out.-dez, p. 287-316, 2007.

FIÚZA, César. **Direito civil***:* curso completo. 10. ed. rev. e atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social no Direito Civil**. São Paulo:Atlas, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12.ed.rev.atua. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil***:* parte geral.v.7. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentário ao Código Civil**. Parte especial do direito das sucessões. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O Dever de motivação das decisões judiciais**. Estado de direito, segurança jurídica dos precedentes. Coordenador Fredie Didier Jr. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7.ed.Niterói: Ímpetus, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. ver, e atual, até a Emenda Constitucional nº. 67, de 22/12/2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

PEGHINI, César Calo. A Função Social da propriedade no Código Civil e na Constituição Federal. **Revista Forense**, v.404, ano. 105, julho-agosto, p. 43-104, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Insitutições de Direito Civil**. v. IV. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3.ed.rev.ampl, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. A Dimensão Socioambiental da propriedade na ordem econômica brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v.20, n.3, set-dez, p. 835-859, 2015.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 2.ed. v.1, São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade, função social e Constituição. Exame crítico de um caso de constitucionalização do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v.51, p. 207-236, 2010.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, JOSÉ FERNANDO. **Direito Civil**: direito das sucessões. v.6, São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.37, jan/mar, p. 127-148, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. v.7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.