

FACULDADES UNIFICADAS DE GUARAPARI

CURSO DE DIREITO

KAROLYNE BUNGENSTAB PIUMBINI

**O ESTADO E A PROPRIEDADE NA VOCAÇÃO SUCESSÓRIA:
Herdeiro ou Proprietário? Uma análise do Art. 1844 do Código Civil
de 2002.**

GUARAPARI

2014

KAROLYNE BUNGENSTAB PIUMBINI

**O ESTADO E A PROPRIEDADE NA VOCAÇÃO SUCESSÓRIA:
Herdeiro ou Proprietário? Uma análise do Art. 1844 do Código Civil
de 2002.**

Monografia apresentada no Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Guarapari, como requisito I para obtenção de Título de Bacharel em Direito.

**Professor Orientador Esp.
Ricardo José da Silva Silveira.**

GUARAPARI

2014

KAROLYNE BUNGENSTAB PIUMBINI

**O ESTADO E A PROPRIEDADE NA VOCAÇÃO SUCESSÓRIA:
Herdeiro ou Proprietário? Uma análise do Art. 1844 do Código Civil
de 2002.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Guarapari como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 10 de Dezembro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Esp. Ricardo José da Silva Silveira

Prof. Avaliador Msc. Lécio Silva Machado

Prof. Avaliador Esp. Alexandre Lincoln Lucente Capela

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, a Deus pela oportunidade de poder finalizar mais esse ciclo da minha vida. Agradeço aos meus amados pais, Tânia e Mauro, pelo apoio, incentivo, por toda dedicação e por aguentar meus momentos de nervosismo, bipolaridade, ansiedade e ausência. A minha irmã, meus avós, meus padrinhos, meus tios, meus sobrinhos, meus primos, pelas orações e o carinho. Em especial, ao meu amor pelo companheirismo e compreensão. Aos meus professores Lécio Silva Machado, Ricardo José da Silva Silveira e Ricardo Fortes, pelo suporte na execução deste trabalho e as orientações valorosas. E aos demais, agradeço a torcida que, de alguma forma, me ajudou a chegar até aqui!

Aos meus pais, minha irmã, meu amor, meus sobrinhos e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

"Quando a Justiça se contrapor em face do
Direito; a quem obedecerás: A ordem civil ou
a tua consciência? "
(Aristóteles)

RESUMO

O trabalho a ser abordado tem como escopo a análise do direito de propriedade que é garantido pelo texto constitucional como um direito fundamental elencado no Art. 5º, XXII, sendo a propriedade é o mais extenso dos direitos reais, em geral comina ao seu titular, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa a que se aludem os autores desde a Idade Média, verificaremos também a sua origem e evolução, a propriedade na atualidade, conceito de propriedade, a propriedade no rol dos direitos reais, as restrições interpostas ao direito de propriedade, visto relação entre o proprietário e bem, não é mais vista como absoluta e se incluiu entre um indivíduo e a sociedade, tendo o proprietário a obrigação de usar seu bem sem desrespeitar os direitos coletivos. Após toda essa passagem pelo direito de propriedade sendo esta necessária, para melhor análise do assunto principal, que diz respeito do Estado e a Propriedade na vocação sucessória, no que tange ao mesmo ser herdeiro ou proprietário de origem, onde veremos de forma sucinta a sucessão hereditária e falaremos com melhor ênfase da sucessão do Estado em observância ao art. 1.844, que trata do chamamento à sucessão o Poder Público e finalizaremos com a ideia de devolução da propriedade ao Estado, Município ou Distrito Federal, fundamentando que o Estado é proprietário de origem e não herdeiro.

Palavras-chave: Direito. Propriedade. Sucessão. Estado.

ABSTRACT

The work to be addressed is scoped to the analysis of the property right that is guaranteed by the Constitution as a fundamental right part listed in Art. 5, XXII, and the property is the most extensive of real rights in general Comina the holder, the right to use, enjoy and dispose of a thing to be referred to by the authors from the Middle Ages, also will check its origin and evolution, the property today, the concept of property, property rights in the actual list, the interposed restrictions right to property, since the relationship between the owner and well, is no longer seen as absolute and included between an individual and society, and the owner the obligation to use their good without breaching the collective rights. After all this passage by property law which is necessary in order to better analyze the main issue, which concerns the state and the property in succession vocation, with respect to even be heir or home owner, where we will see briefly the succession hereditary and talk with better emphasis of state succession in compliance with art. 1844, which deals with the call to succeed the Government and conclude with the idea of returning the property to the State, County or Federal District, stating that the state is home owner and not heir.

Keywords: Right. Property. Succession. State

LISTA DE SIGLAS

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

CF - Constituição Federal

CC - Código Civil Brasileiro

CC/02 - Código Civil Brasileiro de 2002

CPC - Código de Processo Civil Brasileiro

P. - Página

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A PROPRIEDADE	13
1.1 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE	13
1.2 A PROPRIEDADE NA ATUALIDADE.....	17
2. O DIREITO DE PROPRIEDADE	21
2.1 O CONCEITO DE PROPRIEDADE.....	21
2.2 CARACTERES E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PROPRIEDADE.....	24
2.3 FUNDAMENTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE	28
2.4 INSTITUTOS DE DEFESA DA PROPRIEDADE.....	30
3. A PROPRIEDADE NO ROL DOS DIREITOS REAIS	33
3.1 A PROPRIEDADE: PRINCIPAL DIREITO REAL	33
3.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO REAL	34
3.2.1 Princípio da Aderência, especialização ou inerência	34
3.2.2 Princípio do Absolutismo	35
3.2.3 Princípio da Publicidade ou visibilidade	36
3.2.4 Princípio da Taxatividade ou Numerus Clausus	36
3.2.5 Princípio da Tipicidade	37
3.2.6 Princípio da Perpetuidade	37
3.2.7 Princípio da Exclusividade	38
3.2.8 Princípio do Desmembramento e da Consolidação	38
3.3 PROPRIEDADE: DIREITO ABSOLUTO OU RELATIVO?	39
4. AS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE	41
4.1 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA FUNÇÃO SOCIAL.....	41

4.2 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO DIREITO DE VIZINHANÇA	43
4.3 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL	44
4.4 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO ELEITORAL	46
4.5 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO MILITAR	46
5. DA SUCESSÃO	47
5.1 SUCESSÃO	47
5.2 HERANÇA.....	48
5.3 CAPACIDADE PARA SUCEDER.....	50
5.4 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	51
6. DA SUCESSÃO DO ESTADO.....	55
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de um estudo sobre o direito de propriedade e abordagem sobre o Estado e a propriedade na vocação sucessória, para discernimos se o Estado é herdeiro ou proprietário de origem, conforme determinação do art. 1.844.

Inicialmente, trataremos de mencionar a origem e evolução da propriedade, e ainda, falaremos sobre a propriedade na atualidade.

Veremos que ao longo dos anos o direito de propriedade sofreu grandes evoluções. A propriedade era vista como um direito absoluto, perpetuo, mas o Código Civil de 2002 se preocupou em deixar clara sua posição em seu art. 1228, parágrafo 1º, em acordo com a norma constitucional do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal dispendo que: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...), onde observaremos mais adiante.

No segundo momento, abordaremos sobre o conceito de propriedade, seus elementos, caracteres, fundamento jurídico da propriedade e seus institutos de defesa.

Sabemos da grande importância da propriedade no rol dos direitos reais e o capítulo seguinte elencará sobre a propriedade como principal direito real e trará os princípios inerentes da propriedade. No mesmo capítulo falaremos de um assunto bastante abordado doutrinariamente que é acerca do direito de propriedade ser absoluto ou relativo.

Existem na propriedade diversas restrições e o capítulo seguinte mencionará sobre as restrições impostas pela função social, pelo direito de vizinhança, pela legislação ambiental, pela legislação eleitoral e legislação militar.

No próximo momento abordaremos a sucessão hereditária e dissertaremos sobre a sucessão, herança, capacidade de suceder e vocação hereditária para melhor compreensão do último capítulo.

Finalmente, num capítulo reservado sob o título “Sucessão do Estado”, contemplar-se-á sobre alguns aspectos importantíssimos, abordando sobre o Estado e a propriedade na vocação Sucessória, seguindo como basilar o artigo 1.844 do Código Civil, que trata sobre a devolução da propriedade para o Estado, onde discorreremos com ênfase para uma maior compreensão do leitor acerca do tema em questão.

1. A PROPRIEDADE

1.1 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE

Inicialmente, trataremos de mencionar a propriedade em sua evolução histórica, tendo em vista os ensinamentos de Theodor Sternberg citado na doutrina de Maria Helena Diniz, “impossível seria a análise dos problemas jurídicos sem a observância do seu desenvolvimento através dos tempos”.¹

Menciona Venosa em sua doutrina:

Antes da época romana, nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda a coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa. A propriedade coletiva primitiva é, por certo, a primeira manifestação de sua função social.²

As origens do Instituto do direito de propriedade, se atrelam ao Direito Romano, que definia como *ius utendi, fruendi et abutendi*, ou seja, *direito de usar, fruir e dispor*.

Segundo ensinamentos de Gonçalves:

No Direito Romano, a propriedade tinha caráter individualista e na Idade Média, passou por uma fase peculiar, com dualidade de sujeitos. Havia um sistema hereditário para afiançar que o domínio continuasse numa dada família de forma que esta não perdesse o seu poder no sistema político. Após a Revolução Francesa, a propriedade adquiriu caráter individualista. No século passado, contudo, foi salientado seu caráter social, colaborando para esse caso as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI. A exaltação da socialização acabou, com efeito, penetrando o século XX, influenciando a compreensão da propriedade e o direito das coisas.³

¹ STERNBERG, Theodor apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.125.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014, p. 161-162.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 244.

Menciona em sua doutrina Maria Helena Diniz:

Na era romana preponderava um sentido individualista de propriedade, apesar de ter havido duas formas de propriedade coletiva: a da *gens* e a da família. Nos primórdios da cultura romana a propriedade era da cidade ou *gens*, possuindo cada indivíduo uma restrita porção de terra (1/2 hectare), e só eram alienáveis os bens móveis. Com o desaparecimento dessa propriedade coletiva da cidade, sobreveio a da família, que, paulatinamente, foi sendo aniquilada ante o crescente fortalecimento da autoridade do *pater familias*. A propriedade coletiva foi dando lugar à privada, passando pelas seguintes etapas, que Hahnemann Guimarães assim resume: 1º) propriedade individual sobre os objetos necessários à existência de cada um; 2ª) propriedade individual sobre os bens de uso particular, suscetíveis de serem trocados com outras pessoas; 3º) propriedade dos meios de trabalho e de produção; e 4º) propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto.⁴

A alteração em torno do conceito de propriedade nos volta aos tempos mais antigos, visto que o desejo de se tornar dono da terra aflorou no homem desde o instante em que tomou ciência de que lhe era possível ter sua própria terra.

Na Roma Antiga apareceram os primeiros casos agrários tendo como fundo conceitual a propriedade. Passado o tempo, encontramos a propriedade como expressão de poder absoluto do seu titular sobre a coisa, que os juristas incorporaram ao Direito, traduzindo-se no mundo do Direito Civil. No mundo moderno o conceito de propriedade surgiu como bem-estar de seu titular e da comunidade, alcançando o conceito da função social da propriedade.

Em sua doutrina Caio Mário Da Silva Pereira cita Eduard Cuq:

A raiz histórica do nosso instituto da propriedade vai-se prender ao Direito Romano, onde foi ela individual desde os primeiros monumentos. Dotada de caráter místico nos primeiros tempos. Mesclada de determinações políticas. Somente o cidadão romano podia adquirir a propriedade; somente o solo romano podia adquirir a propriedade; somente o solo romano podia ser seu objeto, uma vez que a dominação nacionalizava a terra conquistada. E a técnica da aquisição – *mancipatio* –, um cerimonial tipicamente romano, restringia o fenômeno e limitava o domínio *ex iure quiritium*. Mais tarde estendeu-se o *ius commercii* ao estrangeiros, ampliou-se a suscetibilidade da aquisição ao solo itálico, e depois além deste; e a par daquela modalidade aquisitiva hermética,

⁴ GUIMARÃESS, Hahnemann apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 125-126.

surgiram novos usos e os juristas consultos elaboravam novas técnicas: *traditio, in iure cessio*.⁵

A propriedade privada supriu a coletiva e as relações de parentesco passaram a depender diametralmente de questões econômicas.

Na Antiguidade, em especial na Idade Antiga e Média, o ser humano nada representava fora da comunidade, sendo considerado pela sua posição social. Não haviam direitos subjetivos individuais oponíveis ao Estado, bem como não era acolhido ideias que apreciassem a liberdade do indivíduo, que se restringia a liberdade da comunidade, estando o indivíduo e seu patrimônio inteiramente atrelados ao Estado.

No ordenamento jurídico romano, a propriedade era avaliada como um direito absoluto, perpétuo, oponível erga omnes e exclusivo de seu titular, que poderia dela dispor com plenitude.

Segundo ensinamentos de Moraes:

Foi o Direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das doze tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagrados da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.⁶

Conforme ensinamentos do doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira:

A revolução francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direito perpétuos. Desprezando a coisa móvel, concentrou sua atenção na propriedade imobiliária, e o Código por ela gerado – *Code Napoléon* - que serviria de modelo a todo um movimento codificador no século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto que com razão recebeu o apelido de “código de propriedade”, fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Dai ter-se originado em substituição à aristocracia de linhagem uma concepção nova de aristocracia econômica, que penetrou no século XX.⁷

⁵ CUQ, Eduard apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 68

⁶ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 07.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 68-69.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz:

Na Idade Média, a propriedade sobre as terras teve papel preponderante, prevalecendo o brocardo *nulle terre sans seigneur*. Inicialmente, os feudos foram dados como usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive, militares. Com o tempo a propriedade sobre tais feudos passou a ser perpétua e transmissível apenas pela linha masculina. Havia distinção entre os fundos nobres e os do povo que, por sua vez, deveria contribuir onerosamente em favor daqueles, sendo que os mais humildes eram despojados de suas terras. Ensaaiou-se em nossa organização jurídica o sistema feudal, no começo de nossa colonização, com a transitória implantação das capitâneas hereditárias, que exerceu influência em nossos costumes, embora não tenha subsistido na ordem jurídica, que se amoldou ao regime romano. O feudalismo só desapareceu do cenário jurídico mundial com o advento da Revolução Francesa em 1789.⁸

Venosa discorre em sua doutrina:

Na idade média, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos. O território mais do que nada, passa a ser sinônimo de poder. A ideia de propriedade está ligada à de soberania Nacional. Os vassallos serviam ao senhor. Não eram senhores do solo.⁹

Posteriormente a Revolução francesa, a propriedade adotou caráter individualista, tendo o século passado, no entanto, definido o seu caráter social.

Segundo ensinamentos de Venosa:

A partir do século XVIII, a escola do direito natural passa a reclamar leis que definiam a propriedade. A Revolução Francesa recepciona a ideia romana. O código de Napoleão, como consequência, traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto do artigo. 544: '*a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos*'. Como sabido, esse código e as ideias da Revolução repercutiram em todos os ordenamentos que se modelaram no Código Civil Francês, incluindo-se a grande maioria dos códigos latino-americanos.¹⁰

O exagerado individualismo perdeu força no século XIX com a revolução e o desenvolvimento industrial e com doutrinas socializantes que começaram a surgir com a ideia do sentido social na propriedade.

⁸ DINIZ, Maria Helena. ob. cit. p.126.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. ob. cit., p.163.

¹⁰ Idem.

No século XX, a questão da propriedade imóvel, a moradia e o uso adequado de terra passaram a ter uma demanda maior, onde se agravou no início do século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações, onde observamos a devida utilização social da propriedade.

1.2 A PROPRIEDADE NA ATUALIDADE

O Código Civil brasileiro de 1916 mostrava-se em desacordo com o que aprontava a Constituição Federal brasileira de 1988, dando ao direito de propriedade tratamento divergente as concepções individualistas. Apronta o artigo 524 deste diploma civil: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente o possua”. O direito do proprietário era tido como absoluto.

A Constituição Federal de 1988 garante o direito a propriedade em seu art. 5º, XXII, dispõe ainda no art. 5º, XXIII, que a propriedade irá atender a sua função social.

O Código Civil de 2002 se preocupou em deixar clara sua posição em seu art. 1228, parágrafo 1º, em acordo com a norma constitucional do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal dispondo que:

“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evita a poluição do ar e das águas”.

Presentes estão no artigo mencionado anteriormente os princípios afastados do individualismo histórico que não somente buscaram se tratar do uso abusivo da propriedade, como também procuram inserí-la no contexto de utilização para o bem comum.

O parágrafo 2º, do art. 1228, estabelece “serem defesos, os atos que não tragam ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

No artigo descrito acima o legislador equipara definitivamente o abuso de direito ao ato ilícito.

O parágrafo 3º, “cuida da desapropriação e da requisição administrativa por utilidade ou necessidade pública ou interesse social”.

Por fim, o parágrafo 4º, “trata de uma forma de perda de propriedade pelo trabalho alheio”.

Assim a propriedade carregada de socialidade e limitada pelo interesse público.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz:

A Constituição Federal, no art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, mas requer como vimos que ele seja exercido atendendo a sua função social. Com isso, a função social da propriedade a vincula não só à *produtividade do bem*, como também aos reclamos da *justiça social*, visto que deve ser exercida em prol da coletividade. Fácil é perceber que os bens, que constituem objeto do direito de propriedade, devem ter uma utilização voltada à sua destinação socioeconômica. O princípio da função social da propriedade está atrelado, portanto, ao exercício e não ao direito de propriedade. Em consonância com o comando constitucional, o Código Civil, no art. 1.228, §§ 1º a 5º, afasta o individualismo, coibindo o uso abusivo da propriedade, que deve ser utilizada para o bem comum. Condicionada está a convivência privada ao interesse coletivo, visto que a propriedade passa a ter função social, não mais girando em torno dos interesses individuais do seu titular.¹¹

Na dicção de Caio Mário Da Silva Pereira:

O tempo atual tem-se marcado pelos desequilíbrios, incertezas e mutações. Alteram-se os regimes jurídicos e os regimes políticos, dançando da direita para a esquerda e da esquerda pra direita. E como é natural, a propriedade recebe permanente impacto, que vi até a luta pela supressão do domínio individual, a de se contrapõe a resistência dos velhos conceitos. E conforme a influência do regime político sobre o modelamento da tipicidade dominial, o direito de nosso tempo conhece e disciplina a propriedade individual como padrão de direito subjetivo nos regimes capitalistas, e a ela se contrapondo e forcejando por se lhe sobrepor a propriedade coletiva predominante especialmente no que concerne aos bens de produção, vigentes nos regimes socialistas e nas chamadas repúblicas populares.¹²

¹¹ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p. 127

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 69

Em sua doutrina Fiuza menciona:

Atualmente a propriedade tem-se entendida vinculada a sua função social, embora a ideia entre si não seja nova. Se um indivíduo pode dizer-se dono de algo, é porque os outros indivíduos não o são. A propriedade existe por que existem outras pessoas. Ninguém é dono de nada, a não ser que viva em sociedade. E é a essa sociedade que se deve render tributos. Dessarte, os direitos inerentes à propriedade não podem ser exercidos em detrimento da sociedade, contra as aspirações sociais. Com isso, limitou-se o gozo absoluto da pessoa sobre a coisa, que não só fica impedida de usá-la em malefício dos demais, como fica obrigada a usá-la de acordo com as demandas do grupo social.¹³

Ressalta ainda Maria Helena Diniz que:

A propriedade recebe, no novo Código Civil, uma abordagem peculiar, que releva seu sentido no mundo contemporâneo, mantendo sua natureza de direito real (art. 1.225, I) pleno sobre algo, perpétuo e exclusivo (CC, arts. 1.228, *caput*, e 1.231), porém não ilimitado, por estar seu exercício condicionado ao pressuposto de que deve ser socialmente útil. Reprimido está, juridicamente, o exercício antissocial do direito de propriedade. O proprietário deverá conformar o exercício do seu direito ao bem-estar social, sem que isso venha a negar seu domínio e sem que o Estado venha a impor os fins a que a gestão de bens privados deva perseguir. O exercício do domínio deve ser instrumento de cooperação social e consecução de finalidades públicas.¹⁴

No entendimento de Caio Mário Da Silva Pereira:

Confrontando o direito de propriedade na sua feição romana com as concepções dia a dia ocorrentes, verifica-se que se esboça com toda nitidez uma tendência que se concretiza em doutrina atual, distanciando as noções hodiernas dos conceitos clássicos e salientando notória linha de evolução para um regime dominial invencivelmente diverso do que foi no passado.¹⁵

Segundo entendimento, a propriedade não possui caráter absoluto e intangível. Adversamente, esse direito só existe como caso atenda a função social.

Para Maria Helena Diniz:

A propriedade pertence, portanto, mais à seara do direito público do que à do direito privado, visto ser a Carta Magna que traça seu perfil jurídico. Urge fazer com que se cumpra a função social da propriedade, criando condições para que ela seja economicamente útil e produtiva, atendendo ao desenvolvimento econômico e aos reclamos de justiça social. O exercício do direito de propriedade deve desempenhar uma função social

¹³ FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 939.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *ob. cit.*, p.129.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *ob. cit.*, p. 72.

no sentido de que a ordem jurídica confere ao seu titular um poder em que estão conjugados o interesse do proprietário e o do Estado ou o social. Por isso, o órgão judicante deverá procurar, na medida do possível, harmonizar a propriedade com sua função social.¹⁶

O direito de propriedade em seu entendimento clássico tem-se mostrado muitas vezes inoperante para as necessidades da sociedade atual. Com a evolução dos direitos e a emergência de classes como os direitos coletivos e difusos, mesmo que seus titulares não possam ser individualizados, devem prevalecer sobre os interesses dos particulares que, precisam ser adequados às características do momento atual, visando sempre o interesse da sociedade e da coletividade como um todo.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.129 e 130.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 O CONCEITO DE PROPRIEDADE

Inicialmente analisaremos sentido etimológico do termo "propriedade" nas palavras da Doutrinadora Maria Helena Diniz:

Para uns o vocábulo vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria, numa acepção ampla, toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo. Outros entendem que o termo "propriedade" é oriundo de *domare*, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à ideia de *domus*, casa, em que o senhor da casa se denomina *dominus*. Logo, "domínio" seria o poder que se exerce sobre as coisas que lhe estiverem sujeitas. Percebe-se que, no direito romano, a palavra *dominium* tinha um sentido mais restrito do que a "propriedade", indicando a primeira tudo que pertencia ao chefe da casa, mesmo que se tratasse de um usufruto, e tendo a segunda uma acepção mais ampla, abrangendo coisas corpóreas ou incorpóreas. Apesar da distinção que há entre esses dois termos, emprega-se, comumente, tanto o vocábulo "propriedade" como "domínio" para designar a mesma coisa, uma vez que entre eles não há diferença de conteúdo. Outrossim, o nosso Código Civil de 1916, em vários casos, empregou diferentemente essas palavras, o mesmo não fazendo o Código Civil vigente, que preferiu o termo *propriedade*.¹⁷

A propriedade ao longo dos anos tem sido objeto de pesquisas de historiadores, sociólogos, políticos, economistas e juristas. Procuram todos fixar um conceito, determinar sua devida origem, caracterizar seus elementos, acompanhar a evolução, justificá-la ou combatê-la.

O art. 1.228 do Código Civil não dispõe de definição de propriedade, limitando-se a enunciar os poderes do proprietário, nestes termos: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".¹⁸

No grande universo do Direito das coisas, propriedade Segundo o Doutrinador César Fiúza:

Pode ser definida como a situação jurídica consistente em uma relação dinâmica e complexa entre uma pessoa, o dono e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar,

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p. 133.

¹⁸ Código Civil Brasileiro Art. 1.228.

fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade.¹⁹

Trata-se do mais completo dos direitos subjetivos. Na dicção de Washington De Barros Monteiro, “constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas”.²⁰

Conforme Cunha Gonçalves:

O direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa determinada em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar²¹.

Segundo o doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira:

A propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-Cristã. A ideia de “meu e teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual.²²

Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

O conceito de propriedade, embora não aberto, pode ser considerado dinâmico, haja vista que a garantia de propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com os parâmetros fixados pela legislação ordinária.²³

Ao conceituar propriedade, surgem imprecisões, a repercussão patrimonial e a projeção das faculdades sobre o fato da senhoria sobre a coisa, encerra dificilmente se deixa prender de maneira sucinta que nos traz a noção dos seus vários aspectos.

O art. 544 do Código de Napoleão ensaiou uma definição para propriedade dizendo que “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que elas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”.

¹⁹ FIUZA, César. ob. cit., p. 935 - 936.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil: Direito das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 83.

²¹ CUNHA GONÇALVES, Luis da. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Ed. Ática, 1952. p. 1646

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 74.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 244.

Podemos definir a propriedade em termos resumidos, como sendo o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, sendo a propriedade o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha e ao mesmo tempo nos reportarmos ao conceito romano: "*dominium est ius utendi et abutendi, quatenus iuris ratio patitur*."

O direito de propriedade é uno, sendo a condição de propriedade, a plenitude. A limitação, como toda restrição ao gozo ou exercício dos direitos, é excepcional.

Para Maria Helena Diniz:

A propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa; as diversas faculdades, que nela se distinguem, são apenas manifestações daquela plenitude. Entre a propriedade e os direitos reais sobre coisa alheia, há uma relação de tal ordem que estes são projeções daquela, que não perde nenhuma de suas características pelo fato de se constituírem os demais. Daí falarem os alemães em "elasticidade da propriedade", uma vez que extintos os direitos limitados (usufruto, anticrese, hipoteca, etc.) readquire ela sua antiga plenitude.²⁴

Menciona em sua doutrina César Fiuza:

Ocorre que se tornarmos a definição de propriedade como direito apenas (direito subjetivo absoluto, de natureza real), estaremos excluindo toda a coletividade, menosprezando a função social que a propriedade sempre teve, além de lhe emprestar perfil absolutamente estático(...). Assim, dizer que propriedade é o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem, é dizer muito pouco. É esquecer os deveres do dono e os direitos da coletividade. Ao esquecer os direitos da coletividade, ou seja, do outro, do próximo, estamos excluindo-o. É esquecer, ademais, o caráter dinâmico da propriedade, que consiste em relações que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço. É esquecer que a propriedade deve ser relação em cooperação, não em contradição. Sem essa visão de propriedade como fenômeno dinâmico, é impossível se falar em função social e, muito menos em função econômica.²⁵

O código civil de 2002 proclama no parágrafo primeiro do art. 1.228, que a propriedade deve ser exercida em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais. São ideias de certa forma fluidas, ficando apenas com resultantes de convicções dos entendimentos subjetivos.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.132.

²⁵ FIUZA, César. ob. cit., p. 937-938.

2.2 CARACTERES E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PROPRIEDADE

O art. 1.231 do Código Civil pátrio, ao prescrever que a "propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário".

No entendimento de Maria Helena Diniz:

Esse mesmo dispositivo legal nos dá o outro caráter do domínio: sua *exclusividade*, em virtude do princípio de que a mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e simultaneamente a duas ou mais pessoas. O direito de um sobre determinado bem exclui o direito de outro sobre o mesmo bem. Convém esclarecer que no caso do condomínio não desaparece essa exclusividade, porque os condôminos são, conjuntamente, titulares do direito. O condomínio implica uma divisão abstrata da propriedade, pois cada condômino possui uma quota ideal do bem. Em razão da sua natureza de direito real, exclusivo é o domínio porque o direito de seu titular é exercido sem concorrência de outrem, podendo excluir terceiros da utilização da coisa, manifestando-se, assim, a oponibilidade *erga omnes* como um atributo da exclusividade. A *plenitude* da *propriedade* decorre da liberdade que o proprietário tem de usá-la como lhe aprouver, acatando as restrições legais, evitando a sua utilização abusiva e atendendo à sua função socioeconômica. A característica da *perpetuidade* do domínio resulta do fato de que ele subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa extintiva legal ou oriunda da própria vontade do titular, não se extinguindo, portanto, pelo não uso. Tal perpetuidade não significa que um bem deve pertencer sempre ao mesmo titular, visto que os homens duram, em regra, menos do que os bens de que são donos. Compreende sua perpetuidade a possibilidade de sua transmissão, que é até um dos meios de tornar durável a propriedade, por um lapso de tempo indefinido, uma vez que o adquirente é o sucessor do transmitente, a título singular ou universal, recebendo todos os seus direitos sobre a coisa transmitida.²⁶

O art. 525 do Código Civil de 1916 dizia que “é plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário”.

No que tange sobre os caracteres da propriedade, a propriedade poderá ser absoluta, possuindo essa característica por ter oponibilidade “*erga omnes*”; poderá ter exclusividade, sendo esta característica por ser apenas de um dono; poderá também ter perpetuidade, desde que não haja fatos extintivos; e poderá ter elasticidade, visto que possa usar, gozar, dispor e reivindicar. Podendo também, ser desmembrado.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.136-137.

Nas palavras do ilustríssimo doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira:

O direito de propriedade é em si mesmo uno. A condição normal da propriedade é a plenitude. A limitação, como toda restrição ao gozo do exercício dos direitos, é excepcional. A propriedade, como expressão da senhoria sobre a coisa, é excludente de outra senhoria sobre a mesma coisa, é exclusiva.²⁷

Segundo a Doutrinadora Maria Helena Diniz:

Podemos atribuir, ao direito de propriedade, *caráter absoluto* não só devido a sua oponibilidade *erga omnes*, mas também por ser o mais completo de todos os direitos reais, que dele se desmembram, e pelo fato de que o seu titular pode desfrutar e dispor do bem como quiser, sujeitando-se apenas às limitações impostas em razão do interesse público ou da coexistência do direito de propriedade de outros titulares (CC, art. 1.228, §§ 1º e 2º). Claro está que o seu caráter absoluto não se apresenta com a feição que revestia no direito romano, devendo ser entendido dentro do âmbito em que a norma jurídica permite seu movimento e desenvolvimento.²⁸

A propriedade é um direito fundamental, ao ponto que os demais direitos reais, este vai de encontro com todas as faculdades inerentes ao domínio e ao proprietário.

Elencaremos a seguir os elementos constitutivos do domínio, sendo estes ao direito de uso (*jus utendi*), direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*), direito de dispor da coisa (*jus abutendi*) e o direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*), estes são enunciados no art. 1.228 do Código Civil Brasileiro 2002.

O direito de usar da coisa é em termos sucintos, o de retirar dela todos os serviços que ela pode apresentar sem que haja alteração em sua substância.

Segundo o artigo 1.228, §§ 1º e 2º do Código Civil Brasileiro 2002:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas, sendo defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 77.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.136.

Significa basicamente mencionar que há limitação a exemplo do abuso de direito, da função social da propriedade.

No entendimento do doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira o Direito de usar - *ius utendi*:

Consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância. O dono a emprega no seu próprio benefício, ou no de terceiro. Serve-se da coisa. Mas é claro que também pode deixar de usá-la, guardando-a ou mantendo-a inerte. Usar não é somente extrair efeito benéfico, mas também ter a coisa em condições de servir.²⁹

Na concepção de MARIA HELENA DINIZ:

O *direito de usar* da coisa é o de tirar dela todos os serviços que ela pode prestar, sem que haja modificação em sua substância. O titular do *jus utendi* pode empregá-lo em seu próprio proveito ou no de terceiro, bem como deixar de utilizá-lo, guardando-o ou mantendo-o inerte. Usar do bem não é apenas retirar vantagens, mas também ter o bem em condições de servir. O *jus utendi* é o direito de usar a coisa, dentro das restrições legais, a fim de se evitar o abuso do direito, limitando-se, portanto, ao bem-estar da coletividade.³⁰

No que tange ao direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*) o art. 1232 do Código civil Brasileiro dispõe: “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”.

Sendo assim podemos compreender que é o poder que o proprietário possui ao receber os frutos naturais e civis da coisa e aproveitar economicamente os seus produtos.

O doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira dispõe sobre o Direito de gozar - *ius fruendi*:

Realize-se essencialmente com a percepção dos frutos, sejam os que da coisa naturalmente advêm, como ainda os frutos civis. (...) inserindo no direito de gozar o de usar, tendo em vista a normalidade lógica do emprego da coisa, cuja fruição habitualmente envolve a utilização. Pode-se, igualmente, pressupor no gozo a utilização dos produtos da coisa, além dos frutos, embora uns e outros se diferenciem.³¹

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 77.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.135.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 78.

Disserta Maria Helena Diniz em sua doutrina:

O *jus fruendi* exterioriza-se na percepção dos frutos e na utilização dos produtos da coisa. É o direito de gozar da coisa ou de explorá-la economicamente. Reforça esse atributo da propriedade o disposto no Código Civil no art. 92 – a existência do acessório supõe a do principal - e no art. 1.232 – o dono do principal sê-lo-á do acessório, pois "os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem"; é o que sucede no uso, na habitação, no usufruto, na locação e também no caso de posse, na hipótese do art. 1.214 desse mesmo diploma legal.³²

O direito de dispor da coisa "*Jus abutendi ou disponendi*", é equiparado ao direito de dispor da coisa ou alienar, de forma onerosa ou gratuita.

Menciona o doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira sobre o Direito de dispor - *ius abutendi*: "É a mais viva expressão dominial, pela maior largueza que espelha. Quem dispõe da coisa mais se revela dono do que a usa ou frui".³³

Segundo Maria Helena Diniz, "O *jus abutendi* equivale ao direito de dispor da coisa ou poder de aliená-la a título oneroso ou gratuito, abrangendo o poder de consumi-la e o poder de gravá-la de ônus ou de submetê-la ao serviço de outrem".³⁴

O direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*), dá poderes ao proprietário de reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possua ou detenha, podendo ajuizar ação reivindicatória, por força do direito de sequela.

O *vindicatio* segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, "é o poder que tem o proprietário de mover ação para obter o bem de quem injustamente o detenha, em virtude do seu direito de sequela, que é uma das características do direito real".³⁵

Disserta o doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira no que tange o Reaver a coisa – *rei vindicatio*..:

³² DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.135.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 78

³⁴ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.135.

³⁵ Ibidem, p.136.

De nada valeria ao *dominius*, em verdade, ser sujeito da relação jurídica dominial e reunir na sua titularidade o *ius utendi, fruendi, abutendi*, se não lhe fosse dado reavê-la de alguém que a possuísse injustamente, ou a detivesse sem título. Pela *vindicatio* o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor, vai recuperá-la do detentor. Não de qualquer possuidor ou detentor, porém, daquele que a conserva sem causa jurídica, ou a possui injustamente.³⁶

2.3 FUNDAMENTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE

Inicialmente verificaremos seis teorias mais famosas que buscam explanar sobre a base teórica da propriedade.

Segundo o doutrinador César Fiuza citando Planiol mencionam a teoria da ocupação: “A propriedade teria embasamento na própria ocupação das coisas pelo homem, a fim de satisfazer suas necessidades”.³⁷

A segunda teoria da Lei, conforme ensinamentos de César Fiuza, citando Montesquieu e Hobbes, “a propriedade é a instituição do Direito Positivo. Existe porque a Lei criou e lhe garante continuidade”.³⁸

A terceira teoria é a teoria da especificação, César Fiuza cita Jhering em sua doutrina: “A propriedade só se pode entender como fruto do trabalho”.³⁹

A quarta teoria é da natureza humana segundo César Fiuza:

A propriedade tem por fundamento a própria natureza humana. É natural do ser humano exercer poder, domínio sobre as coisas. Aliás, é natural de muitos animais. E se tem por origem a natureza do homem, é perfeitamente legítima a propriedade. Os próprios países socialistas a reconhecem e protegem, desde que seu objeto sejam bens de uso particular, como carros, utensílios domésticos, o imóvel residencial etc. Porém quando tentaram privar as pessoas da propriedade dos meios de produção, contrariando a natureza humana, e mesmo negando-a, todos sabemos o que resultou.⁴⁰

A quinta teoria é a teoria da dignidade humana, segundo o doutrinador César Fiuza:

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. ob. cit., p. 79

³⁷ PLATOLI apud FIUZA, César. ob. cit., p. 941.

³⁸ Idem.

³⁹ JHERING apud FIUZA, César. ob. cit., p. 941.

⁴⁰ FIUZA, César. ob. cit., p. 942.

A propriedade existe em função do homem e de sua dignidade. É instrumento de promoção do indivíduo e da coletividade. Através da propriedade o ser humano se desenvolve e se realiza. É, assim, a dignidade humana que deverá dar supedâneo a que se continue a defesa da propriedade e dos direitos a ela inerentes.⁴¹

A sexta teoria é a teoria eclética, conforme ensinamentos de César Fiuza:

O fundamento da propriedade seria a ocupação primeira, promovida pelos seres humanos, seguindo sua própria natureza, para a satisfação de suas necessidades e desejos. Seria também o trabalho, quem faz com que a propriedade se torne produtiva e exerça sua função social, para a promoção da dignidade humana.⁴²

Nas palavras do doutrinador César Fiuza, “Essas teorias pouco explicam a origem do fenômeno propriedade psicológico, político, sociológico e jurídico”.⁴³

O fundamento jurídico da propriedade tem sido de repercutido com ampla controvérsia entre os juristas, filósofos e sociólogos. Desde muito tempo tem-se discutido sobre a origem e legitimidade desse direito. Várias teorias foram formuladas. Dentre essas teorias podemos mencionar conforme ensinamentos do Doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria da ocupação que vislumbra o fundamento do direito de propriedade na ocupação das coisas, quando não pertenciam a ninguém. É a mais antiga, remontando aos romanos. Muitos doutrinadores modernos também sustentam que a ocupação é o principal título da propriedade. Essa teoria é bastante combatida, por entender-se que a ocupação é apenas modo de aquisição da propriedade, mas não tem substância para justificar o direito de propriedade e, portanto, para servir-lhe de fundamento jurídico.⁴⁴

Existe também a Teoria da especificação, que se baseia no trabalho humano, transformando a natureza e a matéria bruta, sendo inspirada nos regimes Socialistas, procurando resolver quem possa ser o proprietário da coisa.

Em sua doutrina Carlos Roberto Gonçalves menciona a teoria da especificação:

Apoia-se tal teoria no trabalho. Somente o trabalho humano, transformando a natureza e a matéria bruta, justifica o direito de propriedade. Essa concepção é também bastante criticada, por que contém o germe da negação do direito de propriedade. Se o trabalhador

⁴¹ FIUZA, César. ob. cit., p. 942.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 247-248.

se tornasse o proprietário em razão de um direito acabaria perdendo a fábrica ou empresa para os seus próprios empregados. E estes, para os novos empregados que contratassem, havendo, assim, espoliações sucessivas ou justaposição de múltiplas propriedades sobre o objeto.⁴⁵

A teoria da lei ampara que a propriedade é instituição do direito positivo, ou seja, existe porque a lei a criou e a garante.

Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria em tela, sustentada por MONTESQUIEU, assenta-se na concepção de que a propriedade é instituição do direito positivo: existe porque a lei a criou e a garante. Essa teoria não está, porém, imune a críticas, pois não pode a propriedade fundar-se somente na vontade humana, porque o legislador poderia ser levado a suprimi-la, quando deveria apenas ter o poder de regular-lhe exercício. Contrapõe-se, especialmente, que a propriedade sempre existiu, mesmo antes de ser regulamentada pela lei.⁴⁶

Por fim, trataremos da teoria da natureza humana que diz a propriedade é essencial à natureza humana, sendo considerado um direito natural.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria da natureza humana é a que conta com maior número de adeptos. Para estes, a propriedade é inerente à natureza humana, sendo uma dádiva de Deus aos homens, para que possam prover às suas necessidades e às da família. A propriedade individual, dizem, é condição da existência e da liberdade de todo o homem".⁴⁷

O direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se fundamentado no art. 5º, XXII, da Constituição Federal e no artigo 1.228 do Código Civil de 2002, assegurando ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-lo de quem injustamente os possua.

2.4 INSTITUTOS DE DEFESA DA PROPRIEDADE

Podemos encontrar várias medidas defensivas da propriedade.

O artigo 95 do código de Processo Civil dispõe:

Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 247-248

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Ibidem, p. 249.

domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

Analisado o artigo acima, podemos dizer que quando o proprietário for completamente privado de seu bem, terá o direito retorná-lo de quem quer que injustamente o detenha, por meio de ajuizamento de ação de reivindicação, devido ao seu direito de seqüela.

O resultado da ação reivindicatória é fazer com que o possuidor possa restituir o bem com todos os seus acessórios.

Nestes termos a doutrinadora Maria Helena Diniz discorre:

O efeito da ação reivindicatória é fazer com que o possuidor restitua o bem com todos os seus acessórios. Se impossível essa devolução por ter perecido a coisa, o proprietário terá direito de receber o valor da coisa se o possuidor estiver de má-fé. A ação de reivindicação, exercitável *adversus omnes*, ou melhor, a pretensão reivindicatória é imprescritível, porém se a coisa reivindicada já foi usucapida pelo possuidor, não mais poderá ser proposta pelo antigo proprietário que perde seu domínio.⁴⁸

Na concepção de César Fiuza:

A proteção à propriedade se exerce, dentre outras, pela ação reivindicatória. Somete o dono poderá propô-la, devendo fazer a prova da propriedade e descrever detalhadamente o bem reivindicando. Outrossim, deverá provar que a pessoa de quem reivindica, possui a coisa injustamente, posto que de boa-fé ou em nome de outrem.⁴⁹

É comum se afirmar na doutrina e na jurisprudência que “a ação reivindicatória deve ser dirigida contra aquele que está na posse ou detém a coisa reivindicada.”⁵⁰

Essa tradição vem do direito romano como diz Serpa Lopes, citado na doutrina de Gonçalves:

A ação reivindicatória tinha dupla função: a de reconhecer o domínio e a de sua restituição”, acrescentando que “A ação reivindicatória competia então ao proprietário, que não possuía, contra o terceiro possuidor, quer esse exercesse uma posse com animus de dispor como dono, isto é, o

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.135.

⁴⁹ FIUZA, César. ob. cit., p. 942

⁵⁰ HAENDCHEN, Paulo Tadeu e LETTERIELLO, Rêmoló apud GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit, p. 232.

verdadeiro possuidor, quer, como se admitiu mais tarde, se tratasse de um simples detentor.⁵¹

Podemos mencionar a Ação Negatória, que ocorre quando o proprietário, sofre turbação no exercício de seu direito, a ação cabível será a ação negatória. Essa ação é normalmente utilizada com o objetivo de solucionar conflitos de vizinhança.

Veremos ainda a Ação Declaratória, essa ação poderá ser ajuizada havendo dúvida acerca da titularidade do domínio, o interessado poderá valer-se da ação declaratória para retirar a dúvida. Nessa ação, a finalidade do proprietário é tornar certo e incontroverso o seu direito, ainda que esteja ele com a posse do bem.

Já a Ação Confessória, é o meio pelo qual se exige o reconhecimento da servidão, tem o intuito de reconhecer a existência da servidão, quando negada ou contestada pelo proprietário do prédio gravado. O art. 1.378 do Código Civil pátrio enuncia a matéria da servidão:

A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constituem-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Poderá ainda o proprietário mover ações de indenização por prejuízo causado. Essa ações trazem diversos pressupostos nos quais definirão qual a ação apta a atingir o interesse do proprietário.

Podendo ser enunciadas de três formas distintas, sendo elas as ações de indenização por ato ilícito; ações de indenização por ato jurídico lícito; e ações de indenização por fato jurídico puro ou por ato-fato.

⁵¹ LOPES, Serpa, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit, p. 236.

3. A PROPRIEDADE NO ROL DOS DIREITOS REAIS

3.1 A PROPRIEDADE: PRINCIPAL DIREITO REAL

Conformes ensinamentos do doutrinador César Fiuza:

O direito das coisas é ramo do Direito Civil que regula as relações jurídicas reais, entendidas estas como as que se estabelecem entre o titular de uma coisa e a sociedade em geral. Se por um lado, o Direito das Obrigações cuida das relações de crédito, entre devedor e credor; por outro, o Direito das coisas tem por objeto esse outro tipo de relações.⁵²

Os direitos obrigacionais e reais se distinguiriam, de acordo com César Fiuza:

a) Quanto aos elementos constitutivos - Nos reais, há dois elementos, quais sejam, sujeito e objeto; nos obrigacionais, três: sujeito ativo, sujeito passivo e objeto. b) Quanto às vantagens - Os direitos reais detêm poder de sequela. Isso significa que seguem a coisa, aonde quer que ela vá. Se tenho um carro e o empresto, continuo sendo seu dono, apesar de não possuí-lo mais em meu poder direto. Tal se deve à sequela, ou seja, o poder do direito real de propriedade de seguir a coisa. Os direitos obrigacionais, a seu turno, não possuem nenhuma vantagem. c) Quanto à sanção - Os direitos reais são oponíveis erga omnes, isto é, contra todos. Como vimos, se sou dono de uma casa, é porque os outros não o são. Assim, posso confrontar, opor meu direito de propriedade contra todos os demais. Opor no sentido de exigir que todos os demais respeitem meu direito. Já os direitos obrigacionais se opõem contra pessoa certa, o devedor. Se tenho crédito a receber, só posso exigí-lo do devedor. De mais ninguém. d) Quanto aos modos extintivos - Os direitos reais, como regra, não têm prazo para se extinguir. Podem ser, até mesmo, perpétuos. Os direitos obrigacionais são por natureza temporários. Duram até o pagamento. e) Quanto aos modos de aquisição - Os direitos reais têm modos peculiares de aquisição, o que não ocorre com os direitos obrigacionais. A propriedade, por exemplo, se adquire pela transcrição ou tradição, pela acessão e pelo usucapião. Os direitos de crédito se adquirem pela ocorrência de fato, que pode ser negócio jurídico como contrato, ou ato ilícito, por exemplo, acidente automobilístico. f) Quanto à posse - Uma coisa pode ser possuída, por ser a posse elemento externo. Já um direito obrigacional não pode⁵³.

Desse modo, podemos observar importância da propriedade em nossas vidas, visto que é um dos principais interesses na construção de um patrimônio financeiro.

Quanto maior for a proteção à propriedade, mais se estimula o trabalho e a produção de riquezas em toda a sociedade; negar esse direito representaria um

⁵² FIUZA, César. ob. cit., p. 929.

⁵³ Ibidem, p. 931.

retardamento no desenvolvimento socioeconômico; pois não teria motivação na construção de uma vida social e financeira se não fosse obtido êxito na construção de patrimônios para possíveis sucessores.

A propriedade está resguardada no nosso ordenamento através dos artigos 5º, XXII e 170, II, da Constituição Federal de 1988.

A propriedade é mais complexa de ser percebida quando a comparamos com a posse, pois a posse está no mundo da natureza, quando observado que a propriedade encontra-se no mundo jurídico.

A propriedade é o poder pleno sobre a coisa; é a submissão de uma coisa a uma pessoa; é o direito real sobre a coisa própria, etc. É notório o tamanho de sua importância em nossas vidas.

É a propriedade o direito real de maior expressão e conteúdo e o mais amplo. É bom frisar que todos os demais direitos reais são mais restritos.

A formação dos direitos reais corresponde ao conjunto das faculdades de usar, gozar, dispor, e ainda que é reivindicar a coisa com quem injustamente a possui, detenha ou retenha, podendo o proprietário exercer esses direitos, utilizando ou fruindo da coisa em sua substância e de forma mais plena possível.

3.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO REAL

3.2.1 Princípio da Aderência, especialização ou inerência

Tal princípio é caracterizado pela existência de dois elementos: o titular e a coisa, prescindindo de um sujeito passivo.

O princípio da aderência, especialização ou inerência, no entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

Estabelece um vínculo, uma relação de senhoria entre o sujeito e a coisa, não dependendo da colaboração de nenhum sujeito passivo para existir. O direito real gera, pois, entre a pessoa e a coisa, como foi dito, uma relação direta e imediata. Esta característica é alheia aos direitos pessoais, nos quais o vínculo obrigacional existente entre credor e devedor confere ao primeiro somente o direito de exigir a prestação prometida. No direito pessoal o vínculo se refere a uma pessoa. Até

mesmo quando se visa a alcançar uma coisa que deve ser prestada pelo devedor, o que se encontra em primeiro plano não é a coisa, mas sim o devedor. Se este transferi-la a terceiro, o credor não terá outro recurso senão cobrar do devedor perdas e danos. Não pode reivindicá-la do terceiro que a adquiriu, tendo de se contentar com a indenização a ser reclamada do devedor. No direito real, todavia, a pessoa deste, se existe, é secundária ante a primordial importância da *res*.⁵⁴

O art. 1.228 do Código Civil dispõe sobre o princípio, que faculta ao proprietário usar, gozar e dispor da coisa, e reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, bem como nos diversos direitos reais.

3.2.2 Princípio do Absolutismo

É o famoso direito de seqüela ou *jus persecuendi*, visto que é o direito oponível *erga omnes*, no qual, o titular do direito tem a faculdade de perseguir e reivindicar a coisa contra quem quer que a detenha. A caracterização se dá por existir uma obrigação passiva universal, imposta pela sociedade no que diz respeito de que devem respeitar o titular do direito.

No que tange o princípio do absolutismo, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Os direitos reais se exercem *erga omnes*, ou seja, contra todos, que devem abster-se de molestar o titular. Surge, daí, o direito de seqüela ou *jus persecuendi*, isto é, de perseguir a coisa e de reivindicá-la em poder de quem quer que esteja (ação real), bem como o *jus pra eferendi* ou direito de preferência (cf. Título X, n. 3.1 e 3.2, *infra*). Direito de seqüela, segundo a lição de Orlando Gomes, “é o que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor. Para significá-lo, em toda a sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam usurpações; acompanhará sempre a coisa. Se grava determinado bem, como no caso de servidão, nenhuma transmissão o afetará, pois, seja qual for o proprietário do prédio serviente, terá de suportar o encargo. Os obrigacionais, por não estabelecerem vínculo dessa natureza, resolvem-se em perdas e danos e não se exercem contra todos, mas em face de um ou de alguns sujeitos determinados. Dispõem de ação pessoal. Todos os princípios se entrelaçam no sentido de reforçar a rigidez do regime jurídico dos direitos reais. As manifestações típicas da oponibilidade absoluta do direito real são, como foi dito, a seqüela e a preferência. Por sua vez, seu caráter absoluto decorre de ser um poder direto e imediato sobre a coisa.”⁵⁵

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *ob. cit.*, p. 30-31.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 31-32.

3.2.3 Princípio da Publicidade ou Visibilidade

Como o direito real é oponível contra todas as pessoas, sendo necessária a ciência da existência desses direitos para que toda a sociedade. No que tange os bens imóveis, é imprescindível que se tenha realizado o registro, já no caso de bens móveis, a publicidade se dá pela simples tradição.

Menciona Carlos Roberto Gonçalves:

Os direitos reais sobre imóveis só se adquirem com o registro, no Cartório de Registro de Imóveis, do respectivo título (C, art. 1.227); os sobre móveis, só depois da tradição (C, arts. 1.226 e 1.267). Sendo oponíveis erga omnes, faz-se necessário que todos possam conhecer os seus titulares, para não molestá-los. O registro e a tradição atuam como meios de publicidade da titularidade dos direitos reais. Os pessoais ou obrigacionais seguem o princípio do consensualismo: aperfeiçoam-se com o acordo de vontades. A relatividade que os caracteriza faz com que dispensem a publicidade.⁵⁶

3.2.4 Princípio da Taxatividade ou *numerus clausus*

Não será admissível a criação de novos direitos reais se não houver previsão legal, pois eles são taxativos, sendo definidos, enumerados pela lei.

Na concepção de Carlos Roberto Gonçalves:

Os direitos reais são criados pelo direito positivo por meio da técnica denominada *numerus clausus*. A lei os enumera de forma taxativa, não ensejando, assim, aplicação analógica da lei. O número dos direitos reais é, pois, limitado, taxativo, sendo assim considerados somente os elencados na lei (*numerus clausus*). O art. 1.225 do Código Civil limita o número dos direitos reais, indicando, além da propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese. O referido rol, em comparação com o constante do art. 674 do estatuto de 1916, sofreu as seguintes alterações: a) a enfiteuse foi substituída pela superfície, dispondo o art. 2.038 do novo diploma, no livro das disposições finais e transitórias, que “fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores”; b) as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, pelo direito do promitente comprador do imóvel. A Lei n. 1.481, de 31 de maio de 2007, buscando novas soluções para a moradia no País, prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União, acrescentando dois direitos reais ao rol do citado art. 1.225 do estatuto civil: “XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso”. O aludido art. 1.225 do Código Civil é a referência para os que proclamam a

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 31-32.

taxatividade do número dos direitos reais. Todavia, quando se afirma que não há direito real senão quando a lei o declara, tal não significa que só são direitos reais os apontados no dispositivo em apreço, mas também outros disciplinados de modo esparso no mesmo diploma e os instituídos em diversas leis especiais. Assim, embora o art. 1.227 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 676 do de 1916, exija o registro do título como condição para a aquisição do direito real sobre imóveis, ressalva o dispositivo em tela “os casos expressos neste Código.”⁵⁷

3.2.5 Princípio da Tipicidade

São conceitos previstos pelo legislador e identificados por regimes jurídicos que lhes são próprios. Só podemos considerar direitos reais se este direito tiver calhado no texto legal.

No que concerne o princípio da Tipicidade, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves diz:

Os direitos reais existem de acordo com os tipos legais. São definidos e enumerados determinados tipos pela norma, e só a estes correspondem os direitos reais, sendo, pois, seus modelos. Somente os direitos constituídos e configurados à luz dos tipos rígidos (modelos) consagrados no texto positivo é que poderão ser tidos como reais. Estes tipos são previstos pela lei de forma taxativa. Nos direitos obrigacionais, ao contrário, admitem-se, ao lado dos contratos típicos, os atípicos, em número ilimitado.⁵⁸

3.2.6 Princípio da Perpetuidade

Podemos considerar o direito real, como um direito perpétuo, visto que o mesmo não se perde uma coisa por não usá-la.

Disserta sobre este princípio o autor Carlos Roberto Gonçalves:

A propriedade é um direito perpétuo, pois não se perde pelo não uso, mas somente pelos meios e formas legais: desapropriação, usucapião, renúncia, abandono etc. Já os direitos obrigacionais, pela sua natureza, são eminentemente transitórios: cumprida a obrigação, extinguem-se. Não exigido o seu cumprimento dentro de certo lapso de tempo, prescrevem. Em realidade, a característica da perpetuidade dos direitos reais não é absoluta, embora tenham mais estabilidade do que os direitos obrigacionais, pois também se extinguem em determinadas circunstâncias, como mencionado. Também desmembram-se do direito-matriz, que é a propriedade, e, uma vez extintos, o poder que se

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 32-33.

⁵⁸ Ibidem, p. 36.

encontrava em mãos do titular de tais direitos retorna, ou seja, consolida-se em mãos do proprietário.⁵⁹

3.2.7 Princípio da Exclusividade

Não poderíamos ter dois direitos reais sobre determinada coisa, se eu sou o titular do direito real, só eu tenho o domínio da coisa, não podendo existir outrem titular do mesmo objeto.

O princípio da exclusividade conforme ensinamentos do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

Não pode haver dois direitos reais, de igual conteúdo, sobre a mesma coisa. Duas pessoas não ocupam o mesmo espaço jurídico, deferido com exclusividade a alguém, que é o sujeito do direito real. Assim, não é possível instalar-se direito real onde outro já exista. No condomínio, cada consorte tem direito a porções ideais, distintas e exclusivas. É certo que, nos direitos reais sobre coisas alheias, há dois sujeitos: o dono e o titular do direito real. Mas, em razão do desmembramento da propriedade, cada um deles exerce, direta e imediatamente, sobre a coisa, direitos distintos, vale dizer, sem a intermediação do outro. No caso do usufruto, por exemplo, o usufrutuário tem direito aos frutos, enquanto o nu-proprietário conserva o direito à substância da coisa. Os direitos pessoais, todavia, admitem amplamente a unidade ou a pluralidade de seus sujeitos, tanto ativos como passivos.⁶⁰

3.2.8 Princípio do Desmembramento e da Consolidação

Os direitos reais podem ser desmembrados, limitando a própria propriedade e sendo, ao mesmo tempo, por ela limitados, isto é, podem ser transferidos a terceiros.

Discorre Carlos Roberto Gonçalves em sua doutrina sobre o princípio do desmembramento e da consolidação:

Conquanto os direitos reais sobre coisas alheias tenham normalmente mais estabilidade do que os obrigacionais, são também transitórios, pois, como exposto, desmembram-se do direito-matriz, que é a propriedade. Quando se extinguem, como no caso de morte do usufrutuário, por exemplo, o poder que existia em mão de seus titulares retorna às mãos do proprietário, em virtude do princípio da consolidação. Este, embora seja o inverso daquele, o complementa e com ele convive. Malgrado o direito de propriedade possa desmembrar-se em todos os outros tipos de direitos reais, beneficiando terceiros que passam a exercê-los sobre coisa alheia, a tendência natural é a ulterior reunificação desses direitos

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 37.

⁶⁰ Ibidem, p. 38.

no direito de propriedade matriz, ocorrendo então o fenômeno da consolidação, voltando o proprietário a ter o domínio pleno da res.⁶¹

É importante salientar e entendermos sobre princípios dos direitos reais, pois são elas que estabelecerão diretrizes para a aquisição, transferências, perda e conservação de direitos.

3.3 PROPRIEDADE: DIREITO ABSOLUTO OU RELATIVO?

Ao longo de sua história, o direito de propriedade foi considerado absoluto, ou seja, inatingível, sem limitações ou quaisquer restrições ao seu exercício, pois o proprietário era considerado o dono da coisa e dela poderia o tratamento que bem entendesse.

A propriedade é o mais extenso dos direitos reais, em geral comina ao seu titular, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa a que se aludem os autores desde a Idade Média.

Como já mencionamos, a propriedade é garantida pelo texto constitucional como um direito fundamental elencada no Art. 5º, XXII, o que não significa que seja um direito absoluto, e sim, que referida previsão constitucional veda qualquer tipo de privação arbitrária da propriedade, sem a observação do devido processo legal.

A relação entre o proprietário e bem, não é mais vista como absoluta e se incluiu entre um indivíduo e a sociedade, tendo o proprietário a obrigação de usar seu bem sem desrespeitar os direitos coletivos, iniciou-se a formulação da compreensão acerca da função social da propriedade.

O direito a propriedade era absoluto. Sendo proprietário de algum bem, podia-se fazer tudo o que entender e de qualquer forma dentro de determinado território, sem a intervenção de qualquer cidadão ou do próprio estado.

Em épocas passadas havia um desrespeito de direitos humanos fundamentais de maneira indiscriminada e impunemente. A sociedade, visando isso, começou a questionar a natureza absoluta do direito a propriedade. As pessoas não podiam mais tolerar abusos de poder, agressões e mortes em prol da proteção ilimitada

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p. 38.

do direito à propriedade privada.

Sendo assim, a natureza absoluta do referido direito, se transformou em relativo, visto que o mesmo começou atribuir nova relevância e condições para sua fruição.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 afirma em seu art.5º, XXII que a todos é garantido o direito de propriedade. Mas há controvérsia, quando analisamos o inciso XXIII, ao dispor que a propriedade atenderá a sua função social.

A função social era considerada anteriormente, quanto seu lado econômico, ou seja, sua produtividade econômica era finalidade. Com o vigor da Constituição Federal de 1988, o conceito de função social foi alterado, permanecendo o seu lado econômico, com mais atributos acrescentados, também relevantes, para caracterizar a sociabilidade de sua função, conforme disposto no art. 186 da Constituição Federal de 1988.

4. AS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA FUNÇÃO SOCIAL

Determina o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República de 1988 que “A propriedade atenderá a sua função social.”, sendo portanto, uma limitadora do direito de propriedade, tornando-se um imenso desafio para o Estado, visto o aumento populacional e o empobrecimento geral das nações.

Assim, pelo artigo 5º inciso XXII, é garantido o direito de propriedade, mas ordena o inciso XVIII que cumpre-lhe atenda a sua função social. No art. 170, inc II, aparece o princípio da sociedade privada como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, devendo, no entanto, atender a sua função social.

A propriedade urbana atenderá a sua função social, na previsão do art. 182, §2º, tendo em vista as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Quanto ao imóvel rural, prevê o art. 186 que a função social será cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de existência estabelecidos em lei.

A definição de função social é imprecisa, vaga e de difícil inteligência.

Conforme ensinamentos da doutrinadora Maria Helena Diniz, “A função social da propriedade é imprescritível para que se tenha um mínimo de condições para a convivência social”.⁶²

Venosa disserta sobre o assunto: “A função social da propriedade requer do ordenamento princípios limitadores da atuação do proprietário”.⁶³

No entendimento de Maria Helena Diniz: “A função social da propriedade a vincula não só a produtividade de bem, como também aos reclamos da justiça social, visto que deve ser exercida em prol da coletividade”.⁶⁴

⁶² DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.127.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. ob. cit., p.177

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.130

Podemos então mencionar que o princípio da função social da propriedade se encontra conectado ao exercício da propriedade

Sendo assim conclui a doutrinadora Maria Helena Diniz:

O exercício do direito de propriedade deve desempenhar uma função social no sentido de que a ordem jurídica confere ao seu titular um poder em que estão conjugados o interesse do proprietário e o do Estado ou o social. Por isso, o órgão judicante deverá procurar, na medida do possível, harmonizar a propriedade com sua função social.⁶⁵

Podemos então dizer que a função social da propriedade nos distancia do individualismo, onde devemos pensar na coletividade, no interesse como todo, e não voltarmos só para nossos próprios interesses.

Para se ter de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes do domínio, é imprescindível que não descumpra a posse sua função social.

O Poder Público poderá interferir na propriedade privada, no que diz respeito a garantia de sua função social, sendo elencadas abaixo algumas formas de intervenção estatal, de forma geral, dão ensejo à justa indenização ao proprietário: as servidões administrativas, as limitações administrativas, o tombamento, a requisição no caso de iminente perigo público e para intervenção no domínio econômico; a ocupação temporária para uso provisório de terrenos não edificados e a desapropriação por utilidade pública ou interesse social e para reforma agrária.

No caso em descumprimento da função social do direito de propriedade, seja pela não utilização, seja pela subutilização, a indenização não será paga em dinheiro e sim em títulos da dívida pública.

O Código Civil nos traz que o interesse da comunidade pode limitar o exercício da propriedade e constitui, inclusive, motivo de perda desse direito real.

O doutrinador Carlos Alberto Bittar, menciona:

Interesse-nos as restrições judiciais estabelecidas, tanto na constituição federal como nas leis especiais, destinadas a conciliar o exercício do

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.130

direito com maiores da sociedade, permitindo-se, de um lado, o aproveitamento do bem pela coletividade, nos termos previstos na legislação aplicável, e, de outro, obviando-se o uso egoístico ou injusto.⁶⁶

4.2 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO DIREITO DE VIZINHANÇA

Podemos encontrar os direitos de vizinhança disciplinados nos artigos 1.277 ao 1.313 do Código Civil Brasileiro de 2002, onde encontraremos: o uso anormal da propriedade; as árvores limítrofes; passagem forçada; passagem de cabos e tubulações; as águas; os limites entre prédios; o direito de tapagem e o direito de construir.

Falaremos neste tópico sobre as restrições ao direito de vizinhança.

Segundo ensinamentos da doutrinadora Maria Helena Diniz:

Há restrições a propriedade que surgem ante a necessidade de conciliar o seu exercício por parte de proprietários confinantes, pois a vizinhança, por si só, pode dar origem a conflitos, e nela deve imperar não só a solidariedade e a boa-fé entre vizinhos, mas também o exercício da propriedade e sua função social.⁶⁷

A vizinhança poderá gerar, sendo necessária a existência das restrições à propriedade, para um melhor convívio.

Menciona o doutrinador Santiago Dantas, citado por Maria Helena Diniz: "Há conflito de vizinhança sempre que um ato praticado pelo dono de um prédio, ou estado de coisas por ele mantido, vá exercer seus efeitos sobre o imóvel vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel, ou incomodo ao morador."⁶⁸

Tais direitos e deveres são recíprocos, em observância de que as restrições ao direito de propriedade quanto à forma de seu exercício com o uso normal e anormal, limita-se em razão do princípio geral que proíbe o indivíduo e exercer seu direito prejudicando outrem.

⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direitos Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 66.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.306.

⁶⁸ Idem.

O conceito formulado Daibert, citado na doutrina de Maria Helena Diniz:

“Direitos de vizinhança são limitações impostas por normas jurídicas a propriedades individuais, com o escopo de conciliar interesses de proprietários vizinhos, reduzindo os poderes inerentes ao domínio e de modo a regular a convivência social”.⁶⁹

Em sua doutrina Maria Helena Diniz se aprofunda ainda mais no tema elencando:

a) restrições ao direito de propriedade quanto à intensidade de seu exercício (arts. 1.277 a 1.281 do Código Civil de 2002), regulando seu uso anormal; b) limitações legais ao domínio similares às servidões (arts. 1.282 a 1.296), tratando das questões sobre árvores limítrofes, passagem forçada, passagem de cabos e tubulações e águas; e c) restrições oriundas das relações de contiguidade entre dois imóveis (arts. 1.297 a 1.313), versando sobre os limites entre prédios, direito de tapagem e direito de construir.⁷⁰

Podemos então mencionar que finalidade da existência dos direitos de vizinhança consiste na limitação a propriedade em favor de um harmônico convívio social entre vizinhos e favorecendo também do direito privado, visto o interesse do Poder Público em que os cidadãos vivam em harmonia, pois quanto maior forem os conflitos maior será a demanda judicial para a resolução dos mesmos.

4.3 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

O Direito Ambiental possui grande importância no estudo da propriedade. De acordo com Fábio Felix Ferreira:

Por efeito do texto constitucional - art. 225, estabeleceu-se no país um modelo de cooperação entre Estado e Coletividade no trato das questões ambientais. Assim, a sociedade civil organizada passa a participar da formulação, implementação e gestão das políticas públicas ambientais. São nesses espaços públicos - Conselhos de Meio Ambiente, Câmaras Ambientais, Movimentos Sociais, dentre outros, onde a sociedade pode/deve responsabilizar-se pela efetiva aplicação da disciplina e limitações à propriedade, visando a conservação dos recursos naturais. Ademais, compete a sociedade estimular a utilização dos instrumentos jurídicos disponíveis - ação civil pública, ação popular, mandado de segurança individual e coletivo, ações possessórias, dentre outros, para a defesa de direitos e garantias ambientais, tendo-se em vista que a todo direito corresponde uma ação. Se a legislação, constitucional e infraconstitucional, disciplina e limita a propriedade à satisfação de fins socioambientais,

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. ob. cit., p.306.

⁷⁰ Idem.

numa crescente configuração de uma teoria das limitações, necessário que a Coletividade co-responsabilize-se pela implementação e consolidação dos institutos jurídicos-políticos já existentes, estimulando uma ordem cidadã, onde os direitos e garantias transindividuais, dos quais o direito ambiental faz parte, (re)concilie propriedade, desenvolvimento e conservação de recursos naturais. Assim, consolidar-se-á a evolução do direito de propriedade rumo aos fins sociais, assegurando a plena eficácia das limitações impostas pela legislação em vigor.⁷¹

Para Washington De Barros Monteiro no que tange as restrições impostas pela legislação ambiental:

O Código Florestal, o Código de Minas, o Código de caça e o Código de Pesca, introduziram sensíveis limitações ao direito de propriedade. O Código de Mineração, por exemplo, dispõe a respeito da ocupação dos terrenos vizinhos às jazidas e da constituição compulsória das servidões (Dec.-lei n. 277, de 28-2-1967, arts. 27 e 59, com a redação dada pelo Dec.-lei n. 318, de 14-3-1967). O Código Florestal faculta a declaração de que florestas particulares sejam havidas como de interesse do patrimônio florestal, sujeitas assim a várias restrições. Certas árvores, devido ao seu porte, ou à sua beleza, podem ficar imunes ao corte; diversas outras proibições são impostas aos proprietários. Idênticas restrições se deparam no Código de Caça e no Código de Pesca.⁷²

Podemos então dizer que as restrições relativas ao Direito Ambiental são de Direito Público e de Direito Privado, já que entrelaçam o conteúdo da função social da propriedade.

Devemos então salientar que em divergência ao que as pessoas pensam, a proteção ao meio ambiente, não se restringirá apenas à proteção da fauna e da flora. Conforme enumera Roberto Senise Lisboa, as seguintes espécies de limitações ambientais:

As limitações ambientais de maior relevância ao exercício do direito de propriedade são: a) o patrimônio histórico-cultural (tombamento), que abrange: documentos, obras e locais de valor histórico, os monumentos e as paisagens naturais, obras, riquezas culturais e artísticas; b) as servidões em terrenos lindeiros às jazidas (Código de Minas); c) a preservação da flora e fauna (Código Florestal e Caça e Pesca); d) a observância das normas jurídicas referentes ao zoneamento; e) a observância das normas jurídicas referentes ao urbanismo; e) as

⁷¹ FERREIRA, Fábio Félix. *Limites ao direito de propriedade: possibilidades de conservação dos recursos naturais*. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/1999/ferreira.html>, acesso em 08/08/2014.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das coisas*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.91-92

restrições de emissão de gases e de produtos químicos na atmosfera e nas águas, para proteção do meio ambiente.⁷³

As disposições atinentes ao Direito ambiental são fundamentais a ordem pública, onde subordinam toda a sociedade, especialmente quando se trata as restrições ao direito de propriedade.

4.4 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO ELEITORAL

Conforme ensinamentos de Venosa, “no código eleitoral, também se dispõe sobre o uso da propriedade privada, quando se permite a requisição de bens para a realização de eleições”.⁷⁴

A Lei n. 4737/65 do Código Eleitoral prevê, em seu art. 135, §3º, a possibilidade do poder público requisitar propriedades particulares, conforme dispõe:

Art. 135. Funcionarão as mesas receptoras nos lugares designados pelos juízes eleitorais 60 (sessenta) dias antes da eleição, publicando-se a designação. § 3º A propriedade particular será obrigatória e gratuitamente cedida para esse fim.

4.5 AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO MILITAR

Boa parte das restrições interpostas pela legislação militar é na modalidade de requisição, no que diz respeito à utilização de bens e serviços na satisfação do interesse público.

Menciona Venosa: “há restrições de ordem militar que dizem respeito à segurança nacional, disciplinando, por exemplo, a requisição de bens particulares necessários às forças armadas nos casos de urgência e defesa nacional.”⁷⁵

Podemos mencionar alguns exemplos como: As disposições das Leis n. 6634/79 e 5130/66, sobre as zonas indispensáveis à defesa do país; restrições às transações de imóveis nas faixas de fronteira, entre outros.

⁷³ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: direitos reais e direitos intelectuais. Vol.4. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 256

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. ob. cit., p.177.

⁷⁵ Idem.

5. DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

5.1 SUCESSÃO

No entendimento de Pereira, “a palavra ‘suceder’ tem sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos, uns depois dos outros. A sucessão é a respectiva sequência.”⁷⁶

No que tange a origem e fundamento do direito sucessório, menciona Silvio Rodrigues,

A possibilidade de alguém transmitir seus bens, por sua morte, é instituição de grande antiguidade, encontrando-se consagrada, entre outros, nos direitos egípcio, hindu e babilônico, dezenas de séculos antes da Era Cristã. Todavia, as razões pelas quais a lei agasalha o direito hereditário têm variado no correr dos tempos. Por outro lado, não são poucas as vozes que, hoje como no passado, contestam tanto a legitimidade quanto a conveniência da sucessão hereditária.⁷⁷

Conforme ensinamentos de Francisco José Cahali

No início da socialização dos indivíduos, em tempos remotos, não existindo a propriedade individual, mas coletiva, em que grupos ou núcleos sociais eram titulares de bens, esvaziava-se o conteúdo do direito sucessório, na medida em que a morte de uma pessoa não alterava a situação jurídica do patrimônio. Com a individualização da propriedade, passando o sujeito, e não mais a coletividade, a ser titular do patrimônio, ganhou espaço o instituto da sucessão hereditária, iniciando-se discussão filosófica e jurídica a respeito de seu fundamento.⁷⁸

Segundo o doutrinador Washington De Barros Monteiro,

O atual direito das sucessões resultou da fusão do direito romano e do antigo direito germânico, o primeiro, com sua absoluta liberdade de testar, abrangendo todo o patrimônio do *de cuius*, e o segundo, ignorando o testamento, e, por isso, atribuindo a herança aos herdeiros legítimos do falecido.⁷⁹

O art. 1.786 do Código Civil de 2002, preceitua que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”, existindo portanto no nosso ordenamento

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições do Direito Civil: Direito das Sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.1.

⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das Sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.4.

⁷⁸ CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23

⁷⁹ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: Direito das sucessões*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.09.

jurídico, a sucessão legítima, esta que resulta de lei e a testamentária, decorrente do testamento.

Na dicção de Venosa:

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.⁸⁰

Caio Mario Da Silva, ainda menciona que:

A sucessão é a título universal, quando gera a transmissão da totalidade ou de fração ideal do patrimônio do sucessor; e a título singular, quando adstrita a uma coisa ou a um direito determinado. A primeira induz a sub-rogação abstrata da totalidade dos direitos ou uma fração ideal deles, ao passo que a segunda tem em vista a sub-rogação concreta do novo sujeito em determinada relação de direito.⁸¹

Poderá ocorrer a sucessão por ato de vontade, no caso de existir um testamento válido, ou caso não haja testamento, se o falecido não deixa qualquer ato que simboliza sua última vontade, a sucessão será legítima.

O código Civil de 2002, menciona nos artigos, 1.784 a 2.027 o direito das sucessões, dividindo os mesmos em quatro partes, sendo elas: a sucessão geral, a sucessão legítima, sucessão testamentária e inventário e partilha.

5.2 HERANÇA

No que diz respeito ao conteúdo da herança, podemos dizer que tem caráter eminente patrimonial ou econômico, sendo discutido em toda abrangência das relações jurídicas do falecido, com a natureza de transmissão aos seus herdeiros.

Podemos mencionar conforme ensinamentos de Silvio Rodrigues que, “a morte do titular do patrimônio, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento, por força da lei”.⁸²

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. ob. cit., p.1.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p.01.

⁸² RODRIGUES, Sílvio. ob. cit., p. 24.

A herança está expressa nos artigos 1.791 ao art. 1.797.

O art. 1.791 do CC de 2002 dispõe que “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros” e ainda em seu parágrafo único, “até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio”.

Antes que ocorra a partilha, nenhum herdeiro terá sobre determinado acervo, propriedade ou posse exclusiva, só ocorrerá tal fato depois que julgada a partilha, onde cessa a indivisão e cada herdeiro fica com seu respectivo quinhão, conforme expresso no art. 2.023 do CC/02.

Segundo ensinamentos de Cahali:

Integram o acervo hereditário não só os bens imóveis, como móveis, e qualquer outra relação jurídica de direitos e obrigações, como dinheiro, linhas telefônicas, aplicações financeiras, ações ou quotas sociais, direitos possessórios, créditos perante terceiros e o direito de propor as respectivas ações de cobrança, etc.⁸³

Existem também as dívidas e obrigações deixadas pelo falecido, não sendo personalíssimas, sendo que os encargos deixados, não se transmitem aos herdeiros, se superiores às forças da herança, conforme disposto no art. 1.792 do CC/02.

A herança positiva é aquela que obtém saldo positivo, e é destinada aos herdeiros pela sucessão, mas, existe ainda a chamada herança negativa, quando existem dívidas maiores do que os bens, onde o objetivo é saldar as obrigações do falecido e não destinar bens aos herdeiros.

Fazendo um comparativo da herança com o direito de propriedade, analisamos que o direito de propriedade é garantido constitucionalmente nos termos do art. 5º, XXII da CF/88, bem como a herança que encontra-se garantida no art. 5º, XXX.

Conforme verificado, o direito de herança e o direito de propriedade estão interligados, pelo fato de que se não houvesse o direito de propriedade e o

⁸³ CAHALI, Francisco José. ob. cit., p. 28.

mesmo fosse negado, não teríamos o que deixar a nossos sucessores. E caso houvesse propriedade sem herança, as pessoas deixariam de querer construir seus patrimônios quando estivessem estabilizadas financeiramente. Sendo assim, podemos dizer que a propriedade se perpetua através da herança.

5.3 CAPACIDADE PARA SUCEDER

Conforme ensinamentos de Venosa, “a capacidade é a aptidão para receber, exercer e transmitir direitos”.⁸⁴

O primeiro aspecto para que uma pessoa possa ser considerada herdeira é que deve existir, estar vivo, em observância ao art. 1.798 do CC/02, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

As pessoas jurídicas também têm capacidade sucessória passiva, visto o art. 1.799 do CC/02, “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação”.

Vale lembrar que a pessoa jurídica só poderá herdar por testamento, não sendo considerada como requisito essencial.

O segundo requisito na dicção de Venosa:

É a aptidão específica para determinada herança. Não basta existir quando da morte: é necessário que a pessoa esteja legitimada para aquela herança determinada. Assim, existindo descendentes, por exemplo, os ascendentes não podem ser herdeiros, por lhes faltar a devida legitimação.⁸⁵

O terceiro requisito como menciona Venosa, “é que não pode o pretendente à herança ser considerado indigno. A indignidade vem tratada no Código Civil nos arts. 1.814 e seguintes, sob o título: Dos Excluídos da sucessão”.⁸⁶

⁸⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. ob. cit., p. 50.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibidem. p. 51.

Por fim, devemos observar outra condição que é quanto ao herdeiro incapaz, visto a regra de que todos devem ser capazes e conforme requisitos do artigo 1.801 do Código Civil de 2002:

Não podem ser nomeados herdeiros, nem legatários:

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II – as testemunhas do testamento;

III – o concubinato do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge, há mais de cinco anos;

IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, ou aprovar o testamento.”

5.4 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Na lição de Itabaiana de Oliveira citado na doutrina de Cahali, “a pedra angular da sucessão legítima é a ordem da vocação hereditária, que traduz o modo pelo qual o legislador regulou a distribuição em classes preferenciais das pessoas que serão chamadas a suceder”.⁸⁷

Se a pessoa falecer sem deixar testamento, a lei irá determinar a ordem pela qual serão chamados os herdeiros, onde verificaremos a seguir.

Encontramos disposto no art. 1.829 do Código Civil, a sucessão legítima sob a determinada ordem: “I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais”.

Conforme ensinamentos de Cahali,

A distribuição legal é feita por classes de preferência, seguindo a ordem legal e hierárquica. Mesmo existindo apenas um herdeiro com vínculo de parentesco de uma classe, quando da abertura da sucessão, não serão chamadas as pessoas pertencentes à categoria posterior. Por exemplo, vivo um neto ou bisneto, exclui-se da herança a classe dos ascendentes. Na falta de descendentes, existe um avô ou bisavô, paterno ou materno, o cônjuge será chamado apenas em concorrência com aquele

⁸⁷ OLIVEIRA, Itabaiana de. apud CAHALI, José Francisco. ob. cit., p. 149.

ascendente; mas recolhe sozinho o acervo, na ausência de pessoas pertencentes às categorias anteriores, privando os colaterais.⁸⁸

Podemos considerar o chamamento dos herdeiros por classes, conforme verificado no inciso acima descrito, cuja convocação acontece de maneira sucessiva, uma após a outra.

A primeira classe dos sucessíveis, são os descendentes, concorrendo com o cônjuge sobrevivente, com a ressalva se este era casado com o falecido pelo regime de comunhão universal de bens, da separação obrigatória, ou da comunhão parcial, em que o falecido não tenha deixado bens particulares.

Na dicção de Venosa,

A lei ao colocar os descendentes em primeiro lugar na sucessão, segue uma ordem natural e afetiva. Normalmente, os vínculos afetivos com os descendentes são maiores, sendo eles a geração mais jovem à época da morte. Na classe dos descendentes, há o direito de representação, que funciona como uma forma de igualar a atribuição da herança às estripes existentes.⁸⁹

Na presente classe ocorre o direito de representação, com fulcro no art. 1.851, onde dispõe: “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse”. No art. 1.852, vemos que: “O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente”.

A segunda classe pertence aos ascendentes, quando não há herdeiros da classe dos descendentes. Estes concorrem com o cônjuge sobrevivente.

O art. 1.837 dispõe, “concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”. Assim, de acordo com o código civil vigente, a herança será dividida em três partes iguais se o cônjuge sobrevivente concorrer com seus respectivos sogro e sogra. Caso haja apenas sogro ou sogra vivo ou se os ascendentes forem de grau mais distante, o cônjuge terá direito a receber a metade da herança”.

⁸⁸ CAHALI, Francisco José. ob. cit., p. 149.

⁸⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. ob. cit., p. 126.

Quando inexistem pais vivos ou legitimados a receber a herança, esta se dividirá em duas linhas, paterna e materna, em observância ao art. 1.836 do código civil: “Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, § 1º. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas, § 2º. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna”.

Na terceira classe encontramos o cônjuge sobrevivente e por fim os colaterais, caso não haja cônjuge sobrevivente, que concorrerão, se for o caso, com o companheiro sobrevivente, a quem cabe um terço da herança.

O cônjuge na primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes, aparecerá o cônjuge de acordo com o regime de bens aliado forem pela comunhão parcial.

Segundo Cahali,

Casado pelo regime da separação obrigatória, no regime da comunhão universal, ou regime da comunhão parcial sem ter o autor da herança deixado bens particulares, deixará de existir a convocação. No mais, o cônjuge ser chamada para concorrer com os descendentes. Sob o ângulo inverso, pois, o viúvo é herdeiro quando casado pelo regime da separação convencional, ou da comunhão parcial se existem bens particulares deixados pelo falecido.⁹⁰

Venosa menciona no que tange aos colaterais na sucessão, “são colaterais os parentes que descendem de só tronco, sem descenderem uns dos outros”.⁹¹

Os colaterais são parentes até o quarto grau sendo eles, os primos – irmãos, o tios – avós, sobrinhos – netos. Os irmãos são considerados colaterais de segundo grau, tendo em vista que não existem colaterais de primeiro grau.

Na classe dos colaterais os mais próximos tem prevalência quanto aos mais remotos e há direito de representação dos filhos de irmão, disposto no art. 1.840, “Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos”.

⁹⁰ CAHALI, Francisco José. ob. cit., p. 191-192.

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. ob. cit., p. 161

O art. 1.841 do CC/02 expressa, “Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”, herdando assim os irmãos bilaterais o dobro que couber ao herdeiro unilateral.

O direito de representação, no que diz respeito a linha colateral é limitado aos filhos de irmãos pré mortos, em observância ao art. 1.843, “na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios”.

Os sobrinhos e os tios são considerados em terceiro lugar no grau de parentesco, sendo que a lei atribuiu aos mais jovens a herança.

Segundo ensinamentos de Venosa, “não há representação de tios e sobrinhos. A existência de um sobrinho vivo arreda os demais colaterais. A existência de um tio vivo arreda os demais colaterais ascendentes, da mesma forma. Não havendo colaterais de terceiro grau, sucedem os parentes de quarto grau por cabeça.”⁹²

Após os parentes de quarto grau, quando não há companheiro sobrevivente e se o falecido não deixou testamento, a herança se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, ou a união, conforme dissertaremos no próximo capítulo.

⁹² VENOSA, Silvio de Salvo. ob. cit., p. 126.

6. SUCESSÃO DO ESTADO

Verificado o art. 1.829 do Código Civil, onde elenca a ordem sucessória sendo esta: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Quando inexistir parente sucessível ou tendo estes renunciados à herança, a herança será devolvida em conformidade com o artigo 1.844 do Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe:

Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município, ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou a União, quando situada em território Federal.

O poder público não é herdeiro, tanto que não integra a ordem de vocação hereditária, conforme mencionado anteriormente no 1.829. Sendo este considerado um sucessor, visto que só recolhe a herança, quando não há mais herdeiros, ou melhor, dizendo o Estado pode ser considerado o proprietário originário.

Tendo em vista que a herança não se transmite, é necessária uma demanda judicial que caso reconheça a herança como jacente, primeiro terá que declarar os bens vagos.

Podemos considerar a herança jacente como àquela que os herdeiros são desconhecidos.

Segundo ensinamentos do doutrinador Francisco José Cahali, “a herança jacente representa uma fase transitória do patrimônio do falecido, na qual de imediato serão adotadas providências objetivando a guarda e administração do patrimônio deixado”.⁹³

⁹³ CAHALI, Francisco José. ob. cit., p. 101.

Sobre o assunto menciona a doutrinadora Maria Berenice Dias, “A herança jacente tem natureza jurídica de uma entidade com personificação anômala, semelhante ao condomínio e a massa falida. Só depois a titularidade é atribuída ao ente público da localização dos bens como herança vacante”.⁹⁴

Tendo em vista a preservação do patrimônio do finado, ocorre a arrecadação da herança jacente, em observância ao art. 1.142 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

Discorre o doutrinador Francisco José Cahali:

Não é interesse do Estado manter o patrimônio da pessoa falida exposto a eventuais abusos de terceiros, até porque, na falta de outros herdeiros legítimos ou testamentários, será ele o titular da herança, em benefício, indiretamente a própria, sociedade.⁹⁵

Após a fase frustrada e rejeitada de investigação e habilitação de herdeiros, a herança jacente tem seu fim com a declaração de vacância prevista no artigo 1.819 do Código Civil Brasileiro.

Conforme ensinamentos doutrinários de Francisco José Cahali, “a declaração de vacância representa o reconhecimento judicial de que a herança não tem dono conhecido”⁹⁶, ou, como ensina Silvio Rodrigues: “Pode-se dizer que a herança vacante é a que não foi disputada, com êxito, por qualquer herdeiro e que, juridicamente, foi proclamada de ninguém.”⁹⁷

O pronunciamento judicial de vacância é uma sentença judicial que se encerrará a herança jacente e será transferido ao Poder Público a titularidade do patrimônio do falecido, onde elencada no art. 1844 do Código Civil Brasileiro.

Embora seja transferida de imediato a titularidade do acervo hereditário ao Poder Público, dispõe o art. 1.822, do Código Civil Brasileiro, o mesmo não tem o poder de incorporar a herança de forma definitiva ao patrimônio público, sendo ainda provisória a adjudicação.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 146

⁹⁵ CAHALI, Francisco José. ob. cit., p. 103.

⁹⁶ Ibidem. p. 107.

⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. ob. cit., p. 43.

Isso porque, o artigo 1.158 do Código Civil Brasileiro, prevê que o herdeiro poderá reclamar a herança através de ação direta, dentro dos cinco anos seguintes à abertura da sucessão.

Na dicção do professor e Procurador de Justiça Simão Issac Benjo,

Pode-se, então dizer que se a herança é vacante, o Estado, por si, pelo Juiz ou a requerimento do seu substituto processual, deve proceder à arrecadação de todos os bens do espólio, que serão entregues ao curador, sob cuja guarda, conservação e administração ficarão, até a declaração de vacância. A partir da arrecadação, até que ocorra a declaração de vacância e o decurso de 05 anos após a abertura da sucessão, ninguém poderá dispor dos bens do espólio, do mesmo modo que ninguém pode dispor de bens arrestados, sequestrados ou penhorados. Se, repita-se, a herança vacante, ela é um patrimônio de alguém e o titular do espólio é a Fazenda Pública.⁹⁸

O Estado não é herdeiro e o recolhimento da herança como coisa sem dono depende de sentença judicial, como já mencionado, que primeiro precisa declarar a herança vacante, segundo previsão dos artigos 1819 a 1823 do Código Civil Brasileiro e artigos 1159 a 1169 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Conforme ensinamentos do professor e Procurador de Justiça Simão Issac Benjo,

É que se é verdade não se lhe reconhecer de logo a posse e a propriedade do espólio, pela só abertura da sucessão, não é menos certo que a herança vacante o é por ser vacante desde a abertura da sucessão e assim permanecer durante 5 anos após esse fato. Isso independente da sentença que apenas declare o estado de vacância e que pode ser proferida antes do quinquênio.⁹⁹

Tem-se discutido doutrinariamente no que tange a natureza do direito sucessório atribuído ao Estado.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

Divergem os doutrinadores a respeito da natureza jurídica do direito sucessório atribuído ao Estado. Uma corrente adota a tese da ocupação dizendo que o Estado se apossa dos bens, que se tornam coisas sem dono. Na verdade, o falecido não abandona os bens hereditários. Se isso ocorresse, pertenceriam eles a quem praticasse em primeiro lugar o ato de apropriação – o que não é verdadeiro. Para outros, o direito do Estado decorre de sua soberania. Terceira corrente, ainda, sustenta que o direito do Estado filia-se ao *jus successionis*: na falta de pessoas

⁹⁸ BENJÓ, Simão Issac Benjo. *Herança Jacente e Herança Vacante*. Revista EMERJ, v.2, n.5, 1999. p. 81

⁹⁹ Idem

sucessíveis, por lei ou por testamento, herda o Município em reconhecimento da colaboração prestada ao indivíduo na aquisição e conservação da riqueza. Essa teoria se filia ao direito pátrio.¹⁰⁰

Como bem esclarece Washington De Barros Monteiro, citando em sua obra Zeno Veloso:

Em nosso sistema, não há herança sem dono, definitivamente sem dono. Incivil seria admitir que, pela falta de parentes sucessíveis, de cônjuge, ou companheiro, ou porque estes renunciaram à herança, ficasse a massa de bens deixados pelo falecido, como coisas de ninguém ou coisas sem dono, passíveis de serem ocupadas ou apropriadas por qualquer pessoa, como coisas abandonadas. O chamamento do Estado às heranças vagas obedece, sem dúvida a poderosas razões de interesse público e social, atendendo ponderáveis necessidades políticas, econômicas e sociais.¹⁰¹

Dispõe em sua doutrina Carlos Roberto Gonçalves:

O poder público não é herdeiro, não lhe sendo, por isso, reconhecido o direito de *saisine*. Apenas recolhe a herança na falta de herdeiros. Não adquire o domínio e a posse da herança no momento da abertura da sucessão, pois, na falta de herdeiros, a herança torna-se jacente, transforma-se posteriormente em vacante, e só então os bens passam ao domínio público.¹⁰²

Em contrapartida com o autor supra mencionado Caio Mário da Silva Pereira, “A sucessão do Estado envolve a devolução da herança a quem representa a coletividade a que pertenceu o defunto”.¹⁰³

Ainda sobre a mesma análise discorre Simão Benjo, “a Fazenda Pública é um herdeiro especial. Adquire os bens por direito sucessório, em virtude de se tornarem vacantes pela falta de sucessores das outras classes. Não se deve aceitar a afirmação de que não se lhe o reconhece o direito de *saisine*”.¹⁰⁴

Por todo exposto, em nosso sistema, não falamos de herança sem dono, definitivamente sem dono, pela falta de parentes a procederem a sucessão, ou porque os mesmos renunciaram à herança, visto que se os bens deixados pelo falecido fossem passíveis a serem ocupados ou apropriados por qualquer

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.204.

¹⁰¹ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. ob. cit., p.105

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit., p.204

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. ob. cit. p. 190.

¹⁰⁴ BENJÓ, Simão Issac Benjo. ob. cit. p. 81

pessoa, causaria um grande transtorno para toda a sociedade. O chamamento do herdeiro especial, a Fazenda Pública, às heranças vagas, como sabido, é uma resolução satisfatória, tendo em vista o interesse social e público, atendendo a sociedade de forma jurídica, econômica e política.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal , traz em seu artigo 5º , inciso XXII que a propriedade é um direito fundamental do indivíduo, conforme mencionado ao longo deste, "XXII - é garantido o direito de propriedade.

Sendo assim, podemos dizer que o direito de propriedade é o direito que os indivíduos ou organizações possuem de controlar o acesso a recursos ou ativos de que são titulares, sendo estes o de usar, gozar, dispor, e reivindicar a coisa com quem injustamente a possui, detenha ou retenha, em análise ao art. 1.228 do Código Civil Brasileiro.

Os poderes que são conferidos ao proprietário, não podem ser exercidos ilimitadamente, em observância da coletividade, e porque existem interesses públicos que podem limitá-la e cuja tutela incumbe ao Poder Público, tendo em vista que o mesmo poderá desapropriar uma propriedade particular, se puder ser usada ao benefício múltiplo e comum.

O direito das sucessões tem como alicerce o direito de propriedade, em observância a possibilidade de perpetuar a sua riqueza, o homem se vê motivado para a ampliação da mesma. O direito das sucessões encontra-se elencado no art. 5º, XXX e XXXI da Constituição Federal de 1.988 e também nos artigos 1.784 a 2027 do Código Civil, na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

No que tange à sucessão do Estado, o art. 1.844 por utilizar a expressão “esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal”, pode-se argumentar que o legislador estaria fazendo referência expressa a propriedade perpétua ao Estado sobre todos os bens presentes em seu território, pois como é cediço, a devolução, conforme dicionário é a “Ação ou efeito de devolver; restituição, juridicamente falando é a ação de obter (bens ou direitos) por meio de transferência ou ainda aquilo que foi restituído ao primeiro dono”.

Vimos conforme dicionário que a devolução é ato de restituição da coisa ao seu dono, podendo-se concluir, portanto que o Estado na sucessão arrecada o bem, não por ser herdeiro, mas sim por ser seu proprietário de origem, em

conformidade com o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, “A sucessão do Estado envolve a devolução da herança a quem representa a coletividade a que pertenceu o defunto”.¹⁰⁵

Contudo, a melhor interpretação da expressão “devolve ao Município ou ao Distrito Federal”, é aquela que admite que o legislador quis com a expressão fazer menção direta ao instituto da devolução sucessória, que se opera simultaneamente à abertura da sucessão, reconhecendo que à Fazenda Pública se aplica o direito de “*saisine*”, visto os ensinamentos de Simão Benjo, “a Fazenda Pública é um herdeiro especial. Adquire os bens por direito sucessório, em virtude de se tornarem vacantes pela falta de sucessores das outras classes. Não se deve aceitar a afirmação de que não se lhe o reconhece o direito de *saisine*”.¹⁰⁶

Por todo exposto, concluímos que o Estado é proprietário de origem, tendo em vista própria redação do art. 1.844, “devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal” e que o mesmo, em discordância à alguns autores deveria ser reconhecido na abertura da sucessão e aplicado o princípio da “*saisine*”.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. ob. cit. p. 190.

¹⁰⁶ BENJÓ, Simão Issac Benjo. ob. cit., p. 81

REFERÊNCIAS

- BENJÓ, Simão Issac Benjo. *Herança Jacente e Herança Vacante*. Revista EMERJ, v.2, n.5, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direitos Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília, DF, 11 janeiro de 1973.
- BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002.
- CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CUNHA GONÇALVES, Luis da. *Da propriedade e da posse*. Lisboa: Ed. Ática, 1952.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FACULDADES UNIFICADAS DOCTUM DE GUARAPARI. *Manual para a construção de trabalho de conclusão de curso: Direito*. Revisto e re-elaborado pelo professor de Monografia Jurídica I e II do Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, Prof. Dr. Pe. Luciano Campos Lavall, em fevereiro de 2014. Adaptada pelo Prof. Msc. Lécio Silva Machado em Agosto de 2014.
- FERREIRA, Fábio Félix. *Limites ao direito de propriedade: possibilidades de conservação dos recursos naturais*. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/1999/ferreira.html>, acesso em 08/08/2014.
- FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GUIMARÃESS, Hahnemann apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direitos reais e direitos intelectuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Vol. 04.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: Direito das sucessões*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil: Direito das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Direito das coisas* 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições do Direito Civil: Direito das Sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das Sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.