

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LUIZ NUNES FILHO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE ABANDONO DA
PROPRIEDADE IMÓVEL NO DIPLOMA CIVIL BRASILEIRO

SOUSA

2013

LUIZ NUNES FILHO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE ABANDONO DA
PROPRIEDADE IMÓVEL NO DIPLOMA CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega

SOUSA

2013

LUIZ NUNES FILHO

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE ABANDONO DA
PROPRIEDADE IMÓVEL NO DIPLOMA CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 09 de abril de 2013.

Orientadora: Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega – UFCG
Professora Orientadora

Prof^a. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa – UFCG
Examinador (a) interno 1

Prof^a. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal – UFCG
Examinador (a) interno 2

Dedico à mulher que é meu exemplo
de força e caráter. Ao meu amor maior,
minha mãe, Lúcia de Fátima.

AGRADECIMENTOS

Infinitamente grato à Deus, não só por me conceder a honra de mais uma vez concretizar um sonho, mas principalmente pela forma com a qual me conduziu. Foi ele que me apoiou nos momentos de fraqueza, me acalentou nas horas de angustia e acima de tudo colocou em meu caminho pessoas maravilhosas, que contribuíram não só para realização dos meus sonhos, mas que também estiveram ao meu lado em cada busca e celebraram cada conquista minha como se suas fossem.

Agradeço antes de qualquer outra pessoa, a maior responsável pela pessoa que sou, a meu amor maior, minha mãe Lúcia de Fátima, pela dedicação desmedida ao me educar, pelo carinho mais sincero, pelo amor incondicional. É ela minha maior fonte de força, meu porto seguro, não fosse ela nenhuma conquista seria possível, tampouco nenhuma vitória teria o mesmo sabor

.

Ao meu pai Luiz, o qual tenho maior orgulho por carregar seu nome, por ter me apoiado, incentivado e acima de tudo por me fazer acreditar que sempre é possível alcançar meus objetivos com humildade e honestidade. Ele é merecedor de todo amor e admiração que tenho.

Ao meu irmão Charllys, pela amizade, cumplicidade e proteção, que mesmo na distância se fazem presentes entre nós. É ele que terá o melhor ombro amigo nos momentos difíceis e que sempre estará de braços abertos para comigo compartilhar todas as alegrias. Pelas brincadeiras, pelas confidências, pelo elo tão forte que existe entre nós, dedico a ele meu mais puro afeto.

À toda a minha família, meu alicerce. Foram eles que em todos os momentos se fizeram presentes, hoje esta conquista é muito mais deles do que minha.

À Danylle, por toda a amizade, pela parceria e cumplicidade firmada desde os tempos da pré-escola até então, passamos por tudo juntos ajudando uma ao outro, permanecendo unidos ante todos os obstáculos e desentendimentos. Alguém que sempre serei grato e por quem tenho imenso carinho.

À Estela, foi ela sem dúvida o melhor presente que os anos de faculdade me deram, pela amizade tão íntima, pelo carinho, pela cumplicidade, pela confiança e acima de tudo pelo aprendizado, ela sem perceber me fez compreender valores que jamais encontraria em livros, códigos e leis. Por tudo é ela dona de toda minha admiração, pessoa por quem tenho carinho verdadeiramente fraterno.

À Ananda, alguém que me faz entender o verdadeiro sentido da palavra amizade, que mesmo na distância sempre se fez presente. Pelos conselhos, pelas conversas, pelas confidências, pela consideração, por tudo que compartilhamos e especialmente pelo sentimento que nutrimos um pelo outro.

À todos os meus amigos, pelo companheirismo e lealdade, foram eles verdadeiros anjos que Deus colocou em minha vida, os quais foram essenciais, responsáveis por fazer de cada desafio um momento de diversão e descontração, com eles tudo parece ser mais fácil.

À minha orientadora Monnizia Nóbrega, pela paciência, dedicação, por acreditar em minha capacidade, por todo conhecimento passado ao longo da elaboração deste trabalho e acima de tudo pela humildade com a qual desenvolve seu ofício, que me faz ter orgulho de está encerrando meus trabalhos acadêmicos ao lado de uma profissional que honra seu labor.

“Diferentemente dos tigres e lobos, que arreganham os dentes para proteger os seus territórios, o homem, fisicamente um animal mais fraco, usou a sua mente para criar um ambiente legal – a propriedade – para proteger seu território.”

(Hernando de Soto)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade da presunção absoluta de abandono do bem imóvel contida no §2º do artigo 1.276 do Código Civil, ante a afronta a princípios constitucionais. Ao tratar da temática abordada, vê-se que a presunção absoluta de abandono de imóvel nos moldes estabelecidos pelo Código Civil visou dar efetividade ao princípio da função social da propriedade, na medida em que um imóvel presumidamente abandonado, presume-se também sem finalidade social. No entanto, constata-se que o dispositivo colacionado ao inclinar-se por uma presunção absoluta, ofende os princípios constitucionais do devido processo legal, do não confisco e a própria garantia de propriedade, ao estabelecer um modo de perda da propriedade privada, em favor do Poder Público sem que seja respeitado o direito à ampla defesa e ao contraditório que deve assistir ao titular do imóvel. Utiliza-se como métodos de procedimento o histórico-evolutivo e o comparativo, propondo uma abordagem hipotético-dedutiva do tema, através da técnica de pesquisa indireta, investigando-se o temática pelo meio bibliográfico, com análise de doutrina e lei. Neste sentido, se observa que é necessário analisar as minúcias do caso concreto, através de um juízo de ponderação que se perfaz com a aplicação da norma à luz do Princípio da Razoabilidade, de modo que possibilite a adequação do dispositivo ora analisado com o ordenamento constitucional.

Palavras-chave: Abandono de imóvel. Presunção absoluta. Propriedade. Função social. Princípio da Razoabilidade.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the constitutionality of the absolute presumption of abandonment of the property by §2 of Article 1276 of the Civil Code, against the affront to constitutional principles. Dealing with the discussed theme, it is proved that the absolute presumption of abandonment of property in the established manner by the Civil Code aimed to give effectiveness to the principle of the social function of property, to the extent that a presumed abandoned property, also presumes itself as without social purpose. However, it appears that the collated device while supporting on an absolute presumption offends the constitutional principles of a legal process, no confiscation and guarantee itself of the property, to establish a way of loss of private property, in favor of Public Power without respecting the law with full defense and contradictory to what should assist to the holder of the property. As methods of procedure the historical-comparative and evolutionary proposing a hypothetical-deductive approach to the topic are used, the technique of indirect research investigates the the theme by literature, with analysis of doctrine and law. Addressing to this, note that it is necessary to analyze the minutiae of the concrete case, by a judge of weighing which makes the application of the rule in light of the Principle of Reasonableness, as suitable as possible with the device now analyzed with the constitutional ordering.

Keywords: Abandonment of property. Absolute presumption. Property. Social function. Principle of Reasonableness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

DF – Distrito Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O ABANDONO COMO PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL	15
2.1 DA PROPRIEDADE: CONCEITO E HISTORICIDADE	15
2.2 DA PROPRIEDADE IMÓVEL: AQUISIÇÃO E PERDA	21
2.3 ABANDONO DO BEM IMÓVEL	24
3 A PRESUNÇÃO DE ABANDONO DE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL E SUA CONEXÃO COM O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	27
3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE COMO GARANTIA DE LIBERDADE	27
3.2 RELAÇÃO ENTRE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O ABANDONO DE IMÓVEL.....	30
3.3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E INEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS	33
4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE ABANDONO DE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL FACE A DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA	37
4.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	37
4.2 AFRONTA À REGRA DO NÃO CONFISCO	41
4.3 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE A DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA E INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	44
5 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A propriedade privada, assim como os demais institutos do Direito Civil, sofreu diversas modificações ao longo dos tempos, apesar de ainda ser reconhecida como o mais expressivo direito patrimonial, por reunir a maior gama de poderes que uma pessoa pode exercer sobre uma coisa. Porém, está cada vez mais desfazendo-se do caráter arcaico do absolutismo e do individualismo, dando lugar a um direito que se ajuste ao interesse social.

Assim, adaptando-se a essa proposição, a propriedade deixa de ser o mero direito irrestrito de usar, gozar e dispor do bem, passando a ser na conjectura hodierna um direito que além de assegurar ao seu detentor o exercício dos poderes dominiais, o impõe o ônus de buscar garantir o bem comum, equivale dizer que deve o titular do bem dar-lhe uma destinação social, tanto é que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, ao garantir a propriedade determina que esta deve atender a uma função social.

Percebe-se que a propriedade e sua função social ganham status de premissas constitucionais, passando a figurarem no rol de direitos e garantias fundamentais como princípios que guardam uma relação de complementaridade. Tais princípios, como quaisquer outros preceitos constitucionais, necessitam de contornos para torná-los efetivos no ordenamento jurídico, isto é, faz-se necessário a elaboração de uma norma para que a aplicação do mesmo seja eficaz.

E em se tratando de direito de propriedade, é tarefa do Código Civil estabelecer meios para que a propriedade privada alcance os anseios constitucionais. No entanto, não raramente o legislador infraconstitucional na busca de aproximar a Lei Maior com as necessidades sociais, acaba por editar regras que prestigiam princípios constitucionais em detrimento de outros valores assentados em mesma sede.

É o que ocorre com o §2º do art. 1.276 da Lei Civil, que ao tratar da perda da propriedade imóvel, cria uma figura de abandono presumido, justificada no interesse social, de modo que o titular perde seu imóvel em favor do Estado, sem qualquer sorte de indenização, não podendo a tal fato se opor ante uma presunção absoluta de abandono de imóvel.

Depreende-se do espírito da lei, que a intenção do legislador foi dar ao imóvel provavelmente abandonado, portanto sem utilidade, uma função social. Porém, ao estabelecer uma presunção absoluta de abandono, o legislador ultrapassou a linha do razoável, vindo o dispositivo em estudo colidir com outros valores constitucionais, quais sejam, o devido processo legal, o princípio do não confisco e a própria garantia de propriedade.

Levando-se em consideração que a Constituição Federal ocupa posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico pátrio, é na Lei Maior que o legislador extrai a forma e o conteúdo da norma infraconstitucional. Deste modo, a edição de leis não pode resultar em regras contrárias às disposições constitucionais, tendo em vista que tais preceitos ocasionariam a subversão do sistema jurídico. Nesta esteira o dispositivo mencionado reclama por interpretação constitucional pautada na razoabilidade, de modo que torne possível sua aplicação ao caso concreto.

Destarte, a presente pesquisa buscará como objetivo geral, analisar a constitucionalidade material da norma trazida pelo §2º do artigo 1.276 do Código Civil, procurando o esclarecimento do questionamento que se faz a respeito da adequação da presunção absoluta do abandono de propriedade imóvel com a ordem preestabelecida pela Constituição Federal. E como objetivos específicos, se verificará como se caracteriza o abandono da propriedade imóvel a luz do Código Civil, e quais os requisitos para configuração do abandono presumido; e avaliará a relação existente entre a função social da propriedade e o abandono presumido; e se constatará que, o princípio da razoabilidade se apresenta como possível meio para dirimir o conflito entre preceitos constitucionais decorrentes da temática posta.

Ante a relevância que tem a propriedade privada para o ordenamento jurídico, tanto nas relações individuais e coletivas (CF, art. 5º XXII), como na ordem econômica e financeira (CF, art. 170, II), merece esta proteção jurídica em todos os seus desdobramentos, meios de aquisição e perda. Sendo assim, torna-se imperioso assegurar que o Poder Público ao privar o titular de sua propriedade o faça a luz do Estado Democrático de Direito, de modo que se garanta o contraditório e a ampla defesa do particular, porquanto não seria justo para com o cidadão deixá-lo a margem dos interesses estatais. Não obstante, faz mister analisar se a presunção absoluta de abandono da propriedade imóvel, nos moldes do §2º do artigo 1.276 do Código Civil e sua conexão com o princípio da função social da

propriedade, estar em conformidade com outras premissas constitucionais como o direito de propriedade, o devido processo legal e a vedação ao uso de tributo com natureza confiscatória.

Portanto, a grande celeuma sobre a temática se funda na seguinte problematização: Levando em consideração a supremacia constitucional, pode o Poder Público, arbitrariamente, presumir de modo absoluto a intenção abdicativa do proprietário, com respaldo constitucional na função social da propriedade?

E como hipótese, tem-se que: não, pois a propriedade adquirida legalmente precisa estar protegida do arbítrio estatal. Portanto, deve a presunção absoluta de abandono de propriedade imobiliária, utilizando-se do princípio da razoabilidade, ser ponderada de acordo com o caso concreto, de modo que possibilite assegurar ao particular o direito de propriedade, o devido processo legal, bem como demais preceitos constitucionais, estabelecendo uma relação harmônica com princípio da função social da propriedade.

Para que sejam alcançados os objetivos relatados alhures, utilizar-se-á como método de abordagem, o hipotético-dedutivo, visto que, partindo-se de um problema de possível inconstitucionalidade no instituto do abandono presumido, se formula pelo processo de inferência dedutiva, a hipótese de aplicação da razoabilidade ao caso concreto, testando-se a eficácia da hipótese na melhor interpretação do referido instituto. E como métodos de procedimento far-se-á uso do método histórico-evolutivo e do comparativo. O histórico-evolutivo, consistirá em investigar o regramento da propriedade no passado e verificar sua influência na sociedade de hoje; e o comparativo, na medida em que se realizará comparações, entre diferentes posicionamentos legais e doutrinários, em que pese acepções antagônicas do alcance dos preceitos que tutelam o direito de propriedade. E Como técnica de pesquisa, utilizar-se-á a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de doutrina, artigos científicos, jurisprudência, e sites da internet.

O estudo será dividido em três capítulos interrelacionados. No primeiro capítulo será feita uma análise histórico-evolutiva acerca do direito de propriedade desde a Antiguidade até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, observando-se as eventuais mudanças e evoluções. Em seguida, será delimitado o conceito de propriedade no Direito Brasileiro, e posteriormente se fará um estudo sobre aquisição e perda da propriedade imobiliária, pormenorizando o abandono do bem imóvel, bem como os requisitos para a configuração do abandono presumido.

No segundo capítulo, será estudado o direito fundamental de propriedade em sua acepção de garantia de liberdade, em seguida será traçado um paradoxo entre a função social da propriedade e a presunção de abandono de imóvel, e por fim será abordado o direito de propriedade face o exercício de sua função social no que tange a presunção absoluta de abandono imobiliário.

E no terceiro capítulo, se tratará da inconstitucionalidade do §2º do artigo 1.276 do Código Civil, face a discricionariedade legislativa, expondo a violação aos princípios do devido processo legal e do não confisco, bem como, se indicará o princípio da razoabilidade como melhor maneira de se aplicar de forma justa o dispositivo mencionado ao caso concreto.

Ante o exposto, vê-se que mesmo tendo o constituinte garantido o direito de propriedade como premissa fundamental, o legislador ordinário utilizando-se de poderes imoderados edita uma presunção absoluta de perda da propriedade com fundamento no princípio da função social, deste modo põe em rota de colisão princípios constitucionais fundamentais. Haja vista o embate entre preceitos de mesma hierarquia jurídica é dever do aplicador do direito ponderá-los, motivo pelo qual faz-se necessário analisar a aplicação da norma ao caso concreto para que esta não escape a razoabilidade e alcance a arbitrariedade.

2 O ABANDONO COMO PERDA DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL

Ao longo do tempo a ideia e conceito de propriedade passaram por diversas modificações, atualmente se tem privilegiado muito mais o caráter social da propriedade do que a liberdade individual do exercício deste direito. Mesmo sabendo que a propriedade caracteriza-se por ser o mais expressivo direito que pode incidir sobre um determinado bem, hodiernamente, vê-se a necessidade de vinculá-la ao bem comum, ou seja, a uma função social. Neste diapasão, é dever do legislador moderno ao regulamentar a propriedade, fazer com que o ordenamento jurídico garanta com efetividade o cumprimento de sua finalidade social. Ao tratar do tema propriedade, o legislador civilista disciplinou as formas pelas quais pode ser esta adquirida, bem como os meios pelos quais se dá a perda da propriedade. Entre as modalidades de perda da propriedade imóvel, o legislador em notável prestígio ao interesse social, elencou uma que decorrente da ausência de atos de posse vinculado a falta de satisfação de obrigações tributárias referentes ao bem, ocasiona a perda da propriedade em favor do Poder Público, face o estabelecimento de uma figura de abandono presumido, sem que o proprietário tenha direito a indenização diante da perda do bem.

2.1 DA PROPRIEDADE: CONCEITO E HISTORICIDADE

Desde a antiguidade, o indivíduo sempre procurou satisfazer as suas necessidades vitais através da apropriação de bens. No Direito Romano a propriedade tinha caráter eminentemente individualista. Porém, o direito de propriedade passou por diversas modificações ao longo do tempo, sendo hoje a propriedade um direito, que mesmo exercido individualmente, estar sujeito ao interesse social.

Assim entende-se atualmente por direito de propriedade, o direito subjetivo pelo qual o proprietário poderá usar, gozar e dispor de seu bem da forma que melhor lhe aprouver, desde que respeitado as finalidades econômicas e sociais, tais

finalidades visam melhorar as condições para garantir uma sociedade mais justa não só para o titular do bem como para toda coletividade.

Porém, nem sempre foi assim, posto que no Direito Romano, não havia sido elaborado nenhum conceito de direito subjetivo, tampouco ofereceu uma definição exata de propriedade, os romanos não qualificaram a propriedade como sendo um direito real, apenas descreveram suas funções. No tocante a matéria Schulz (1960 *apud* NADER 2006, p. 103) afirma que no Direito Romano a propriedade se manifesta “como um direito sobre a coisa corporal que confere por principio a seu titular, um pleno poder sobre a coisa, ainda que este poder possa estar sujeito a variadas limitações”.

Malgrado a maior parte dos estudiosos em Direito Romano afirmem que a propriedade romana era absoluta, há uma parcela minoritária da doutrina que defende a submissão do direito de propriedade ao interesse social desde a antiguidade romana. A exemplo de Pezella (1998, p. 218), segundo a qual:

A submissão do exercício da propriedade à sociedade toda evidencia o privilégio do princípio da humanidade sobre os demais princípios do direito, o que permite que se afaste também o individualismo como característica da propriedade romana, pois, mesmo quando exercida individualmente a propriedade romana sempre esteve sujeita ao interesse social.

Entretanto, poucas são as semelhanças existentes entre a propriedade romana e a propriedade moderna, diferentemente do que ocorreu com o direito das obrigações, no qual a tradição romana foi fortemente recepcionada pelo direito moderno. Aduz Wieacker (1980, p. 265), “que apenas na aparência foram recebidas as formas romanas de aquisição da propriedade, pois lá se admitiam a aquisição da propriedade imobiliária por mera tradição e a transferência de hipotecas pelo simples contrato”.

Porém, vale ressaltar que o sistema funcional da propriedade romana não permaneceu em vigor na Idade Média, em virtude do feudalismo que estabelecia uma dualidade de sujeitos no domínio das terras através das relações de vassalagem. Os senhores feudais, visando à defesa de seus domínios, firmavam pactos para distribuição de terras em favor dos vassalos, mediante contraprestação militar. Como bem explica Gilissen (2001, p. 189) “a propriedade medieval assenta-

se no feudo e na concessão do senhor em favor de seu vassalo de uma porção de terra e proteção militar em troca de respeito e fidelidade”.

Portanto, os senhores conservavam o domínio eminente, direto, a propriedade em si, ao passo que os vassalos permaneciam com o domínio útil, isto é, o direito de utilizar o imóvel através de uma posse gravada por um ônus, qual seja, a submissão ao senhor feudal. Tais acordos eram realizados por tempo certo ou vitalício.

Em um salto no tempo, o Iluminismo, o Jusnaturalismo e a Revolução Francesa simbolizaram o marco da queda do Antigo Regime, neste contexto a propriedade privada liberta-se da hierarquia do feudalismo e passa a ser tratada como espaço de liberdade e privacidade da pessoa, na qual era proibida a intervenção estatal no sentido de restringir o direito de fruição e disposição do titular perante a coisa. O Estado apenas devia propiciar segurança ao cidadão no gozo de seus direitos.

Deste modo, vê-se a propriedade privada, como uma das principais modificações trazidas pela Revolução Francesa, marcada pelo fim do regime feudal e dos encargos sobre a terra e início de uma concepção individualista da propriedade. Tal concepção individualista do direito de propriedade encontrou fulcro no ideal burguês que pregava a liberdade individual como meio de proteção contra a intervenção arbitrária do Estado. Ou seja, “primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado”, conforme afirma Bobbio (1992, p. 60)

Assim, a propriedade era conquistada, não mais através de um pacto como ocorria na Idade Média, mas sim através da capacidade e esforço de cada um e a partir de então era assegurada a exclusividade dos poderes de seu titular, como asilo inviolável e sagrado do indivíduo, nos moldes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No entanto, no século XX foi consolidado o caráter social da propriedade, influenciado pelas encíclicas dos Papas Leão XIII e Pio XI, que contribuiu para a atual concepção de propriedade como bem explica Gonçalves (2011), ou seja, a propriedade perde sua postura obsoleta arraigada no individualismo e passa a ser utilizada como meio propício de atender não só os anseios do seu titular, mas também os da sociedade.

No que se refere ao Direito Brasileiro, destaca-se que diferentemente do que ocorreu com a Europa Ocidental, a propriedade não passou pelo sistema feudal. A propriedade imobiliária brasileira atravessou um processo de integração na esfera privada e saída do patrimônio público, através da apropriação por usucapião, cartas de sesmarias e posse sobre terras devolutas, pondo fim ao domínio direto da coroa portuguesa sobre a propriedade nacional e iniciando uma fase de monopolização das terras por senhores de escravos que deu origem ao chamado latifúndio (FARIAS, 2010).

Influenciado pelo absolutismo da propriedade e a liberdade de contratar, o artigo 524 do Código Civil de 1916, estabelecia que: “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, os possua”. Percebe-se que, o Código de 1916, norteado pelo liberalismo, prestigiou a estabilidade econômica da sociedade, conforme preleciona Farias (2010, p. 167):

O Código Civil de 1916, filho tardio do liberalismo – fruto de uma concepção oitocentista – conferiu prevalência às situações patrimoniais, que espelham resquícios de um sistema liberal, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Por intermédio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, seria permitido o acúmulo de riquezas e a estabilidade do cenário econômico, preservando-se ainda a tranqüila passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no contexto de uma família essencialmente patrimonializada.

Porém, vale ressaltar que o Código Civil de 2002 pouco mudou a ideia de propriedade trazida pelo diploma de 1916, a doutrina, a exemplo de Farias (2010), mais uma vez critica o fato de que apesar de ter o legislador vinculado a propriedade a sua função social, este continuou a omitir o conceito de propriedade em si, apenas enumerando as faculdades do domínio, ou seja, apenas descrevendo os poderes inerentes ao direito de propriedade, ficando a cargo da doutrina fornecer um conceito completo de propriedade, explicando em que consiste as faculdades que dispõe o titular.

Vê-se portanto que a propriedade, como instituto do Direito Privado, que regulamenta a relação de domínio entre o proprietário e a coisa, estabelecendo direitos e deveres, está inserida no Direito das Coisas e serve de referencial para os demais direitos reais, por ser, dentre os direitos patrimoniais o mais completo, haja

vista a possibilidade de seu titular exercer todas as faculdades do domínio, quais sejam, usar, gozar e dispor, diferentemente do que ocorre com o usufruto por exemplo, em que o proprietário transmite ao usufrutuário apenas o direito de usar e gozar o bem, não podendo aliená-lo.

Considerando o artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro a propriedade consiste no poder de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa com exclusão de outrem. Segundo Nader (2006, p. 105), “enquanto o direito subjetivo da propriedade abrange, em tese, a plena disponibilidade da coisa, os demais direitos reais contêm uma fração apenas ou algum tipo de poder sobre ela”.

É importante salientar, que a propriedade é um direito complexo, que apesar de possibilitar ao proprietário uma série de atributos oponíveis contra toda a coletividade de pessoas, está também condicionada aos limites impostos pela lei em favor do interesse social.

Portanto, a relação jurídica no direito de propriedade é entre o seu titular que figura no pólo ativo e a coletividade no pólo passivo, aquele possui os poderes do proprietário já descritos anteriormente e esta o dever de abstenção, isto é, de respeitar a propriedade e o seu exercício.

Acerca da matéria, aduz Farias (2010, p. 168) que:

O direito subjetivo de propriedade concerne à relação jurídica complexa que se forma entre aquele que detém a titularidade formal do bem (proprietário) e a coletividade de pessoas. Nos bens imóveis, nasce a propriedade através do ato de registro, que a torna pública e exigível perante a sociedade. O objeto da relação jurídica ora decantada é o dever geral de abstenção, que consiste na necessidade de os não proprietários respeitarem o exercício da situação de ingerência econômica do titular sobre a coisa.

Nestes termos, Farias (2010), aceita a possibilidade de se conceituar propriedade como sendo uma relação jurídica complexa entre o titular do bem e a coletividade de pessoas.

Destaca-se que o Diploma Civilista não oferta um conceito legal de propriedade em si, limitando-se apenas em elencar o conjunto de poderes do titular quando do exercício do direito de propriedade, que o faz através do *caput* do art. 1.228, que dispõe: “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”.

Pelo fato do artigo 1.228 do Estatuto Civilista apenas fazer uma descrição dos poderes dominiais, deixando de lado os diversos desdobramentos da propriedade, ficou a cargo da doutrina fornecer um conceito completo, hábil a definir o direito de propriedade de forma mais clara.

Partindo de uma análise do próprio Código Civil, Gonçalves (2011, p. 230) define direito de propriedade como sendo o “poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.

Acerca do tema em estudo Farias (2010, p.186) traz um conceito econômico de propriedade, através do qual se torna mais fácil entender o instituto na prática, assim para o referido autor:

A definição dominante de direitos de propriedade, tanto em Economia como em Direito, é de propriedade, como sendo um conjunto de direitos sobre um recurso que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra a interferência de outros agentes. Este conjunto de direitos pode, exemplificadamente, incluir o direito de vender a terra, deixá-la de herança, subdividi-la, cercá-la e impedir que outros a atravessem.

Sabe-se que a propriedade é um direito subjetivo, e que todo direito subjetivo tem em seu conteúdo faculdades jurídicas que consistem na satisfação dos interesses de seus titulares, isto é, o titular de um direito subjetivo dispõe de faculdades, as quais diferentemente das obrigações, podem ser ou não utilizadas dependendo unicamente da vontade de seu titular.

Portanto, apesar de não ter qualificado a propriedade como relação jurídica, o Código Civil cuidou de relacionar as faculdades inerentes ao domínio, quais sejam, usar, gozar e dispor de seus bens, além do direito de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Tais faculdades isoladas não configuram direitos autônomos, mas juntas constituem os poderes inerentes a situação proprietária. Pois como destaca Viana (2003 *apud* NADER 2006, p.107): “o que temos não é uma soma de faculdades, mas a unidade de todos os poderes conferidos ao proprietário; não é uma série de faculdades determinadas *‘a priori’*, mas um poder geral, integrado por todos os poderes imagináveis”.

Consistindo a propriedade na conjunção dessas três faculdades anteriormente expostas, cabe aqui particularizar cada uma delas: Usar, nada mais é que a faculdade de servir-se da coisa e de utilizá-la da maneira que entender mais conveniente, sem no entanto alterar-lhe a substância, podendo excluir de terceiros tal uso. Por sua vez, gozar, compreende o poder de perceber os frutos naturais e civis da coisa e de aproveitar economicamente seus produtos. Entendendo-se por dispor, o poder de transferir a coisa, de gravá-la de ônus e de aliená-la a outrem a qualquer título. E o direito de reaver a coisa, consiste em reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possui ou detenha, como corolário do direito de sequela, que é uma das características do direito real e que se perfaz pela ação reivindicatória (GONÇALVES, 2011).

A propriedade nos moldes aqui qualificada caracteriza-se por ser plena, partindo do pressuposto de que reúne todos os poderes previstos no artigo 1.228 do Diploma Civil. Nesta esteira caso haja qualquer restrição ao direito de propriedade cabe a quem alega o ônus da prova, já que de acordo com o art.1.231 do Código Civil “a propriedade presume-se plena e exclusiva até prova em contrário”, portanto o titular tem a seu favor presunção de plenitude e exclusividade da propriedade.

2.2 DA PROPRIEDADE IMÓVEL: AQUISIÇÃO E PERDA

Ao tratar do tema propriedade, o legislador civilista disciplinou as formas pelas quais pode ser esta adquirida, bem como os meios pelos quais se dá a perda da propriedade. Quanto às formas de aquisição da propriedade o Código Civil separou em modalidades de acordo com a natureza do objeto sobre o qual incide o direito de propriedade, fazendo assim a separação entre as formas de aquisição de propriedade móvel e imóvel. Neste capítulo serão abordados apenas os meios de aquisição da propriedade imóvel, já que esta é objeto primordial de estudo no momento.

Assim, o Código Civil elenca no capítulo referente à aquisição da propriedade imóvel, três modos de aquisição, são eles: por usucapião, por meio do registro de título e pela acessão. Destaca-se também a sucessão como outro meio para aquisição da propriedade imóvel, conforme dispõe o artigo 1.784 da Lei Civil,

segundo o qual, “aberta a sucessão a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”

Quanto à usucapião, ocorre quando alguém detém a posse, sem vícios, de um bem com ânimo de dono, por determinado lapso temporal estabelecido em lei e é obtida através de decretação de sentença judicial declaratória. Em se tratando de usucapião de imóvel, vale a sentença como título de propriedade a ser registrada no Registro de Imóveis. Ainda acerca do registro de título, cabe destacar que este também é meio de aquisição da propriedade imobiliária conforme exposto anteriormente, tendo em vista que a propriedade transmitida por atos inter vivos só terá eficácia mediante o registro do título no Cartório de Registro de Imóveis, sendo assim, o título translativo só terá eficácia perante terceiros quando registrado, como por exemplo, um contrato de compra e venda de imóvel, enquanto não registrado em cartório o alienante continua a ser havido como dono, já que proprietário é aquele que consta no livro fundiário.

No tocante a acessão, refere-se esta aos acréscimos acontecidos ao imóvel pela mão do homem como é o caso das construções e plantações ou por causas naturais como a formação de ilhas, o aluvião, avulsão e o abandono de álveo.

Por último acerca da aquisição da propriedade decorrente da sucessão, assevera Gonçalves (2011, p. 254) que:

O inventário será feito em função do princípio da continuidade do registro de imóveis, para que o herdeiro ali figure como titular do direito de propriedade. Todavia a aquisição desse direito dá-se simplesmente em razão do falecimento do *de cujos*, quando então se considera aberta a sucessão (princípio de *saisine*, segundo o próprio morto transmite ao sucessor o domínio e a posse da herança: *le mort saisit le vif*).

Salienta-se que a usucapião, o registro, avulsão, construções, plantações e sucessão assim como são meios de aquisição da propriedade imobiliária, também podem dar ensejo a sua perda (CUNHA, 2010).

O Código ao tratar de perda da propriedade, diferentemente dos meios de aquisição não separou entre perda de bens móveis e imóveis, apenas elencou um rol exemplificativo em seu artigo 1.275, o qual dispõe que além das demais hipóteses a serem consideradas, será o proprietário privado de seu direito em caso

de alienação do bem, renúncia, abandono, perecimento da coisa e por desapropriação.

Neste diapasão, aduz Farias (2010, p. 344) que:

Como informa a própria letra do *caput* do art. 1.275, do Código Civil, o aludido dispositivo é meramente exemplificativo ao indicar as 05 formas de perda da propriedade. De fato o legislador não exaure as possibilidades de perda da propriedade arroladas de modo esparso em leis civis. Neste sentido, a usucapião e a acessão não são apenas modos originários de aquisição da propriedade, mas também modos de perda da propriedade para aquele proprietário desidioso que não cuidou de resguardar a sua posse, como também para aquele que teve seu bem acessório unido e incorporado à propriedade do titular do bem principal. Além da já referida morte do proprietário, o casamento pela comunhão universal, a seu turno, é modo imediato de perda da propriedade imobiliária para aquele que antes das núpcias possuía algum patrimônio.

Ainda quanto aos meios de perda da propriedade elencados pelo artigo 1.275 da Lei Civil, é importante observar que a doutrina, a citar Gonçalves (2011), os classifica em dois tipos, os modos voluntários de perda e os modos involuntários. Sendo assim perde-se a propriedade voluntariamente através da alienação, da renúncia e do abandono, a outro modo perde-se a propriedade involuntariamente pelo perecimento da coisa e pela desapropriação.

No tocante ao abandono, como um dos meios de perda da propriedade, o Estatuto Civil em seu artigo 1.276, §2º presume de forma absoluta o abandono do imóvel no qual o proprietário tenha cessado os atos de posse durante o período de três anos e não tenha arcado com as obrigações fiscais do referido bem, nessas circunstâncias a lei determina que o imóvel passará a pertencer ao respectivo Município em que se encontre ou Distrito Federal. Tal dispositivo é alvo de críticas por parte da doutrina, a exemplo de Nader (2006) e Farias (2010) que questionam a sua constitucionalidade entre outros motivos, pelo fato de que o indivíduo só pode ser privado dos seus bens em conformidade com o devido processo legal e que qualquer limitação ao exercício da propriedade principalmente no tocante a sua perda deve estar de acordo com a norma constitucional, que estabelece que somente a Constituição pode dispor quanto a perda da propriedade sem indenização.

2.3 ABANDONO DO BEM IMÓVEL

Dentre os meios pelos quais pode se dá a perda da propriedade ganha destaque a hipótese de abandono de imóvel, em razão da figura trazida pelo §2º do artigo 1.276 do Código Civil, que taxativamente presume de modo absoluto o abandono de propriedade, tal presunção gera polêmica no universo jurídico, tendo em vista reiteradas alegações que apontam inconstitucionalidade do dispositivo citado.

Abandonar nada mais é que o ato pelo qual o proprietário desfaz-se da coisa pelo simples fato de não querer mais ser seu dono. Diferentemente da renúncia que é um ato expresso, o abandono verifica-se através de atos exteriores, pelos quais o proprietário demonstre a intenção de abandonar aquele bem, não sendo suficiente o mero desprezo físico da coisa.

Portanto pode-se concluir que o abandono se efetiva com a união de dois elementos: um objetivo ou externo, que é aquele pelo qual o titular deixa de exercer sobre a coisa qualquer ato inerente ao seu poder de proprietário; e um outro subjetivo ou interno, que é o *animus* ou vontade de desfazer-se do bem sem transmitir a outrem o domínio. Sendo assim o simples fato do titular não usar, perder ou esquecer-se da coisa sem que haja a vontade de não tê-la mais para si, não configura abandono, pois de acordo com o *caput* do art. 1.276 da Lei Civil é requisito para caracterização do abandono a intenção de não mais conservar o imóvel em seu patrimônio, deste modo, faz-se necessário que haja o *animus derelinquendi*, ou seja, a vontade de abandonar conforme afirma Nader (2006).

Como o abandono se trata de um negócio jurídico unilateral, no qual a eficácia do ato limita-se à esfera jurídica de quem o pratica, o ato de abandonar não necessita de outra manifestação de vontade que não seja a do dono da coisa, tornando difícil precisar tal intenção abdicativa quando se trata de bem imóvel, como é o caso do proprietário que mantém determinado imóvel fechado, utilizando-o apenas em período de férias. Não há aqui que se falar em abandono. Nas palavras de Viana (2003 *apud* FARIAS 2010, p. 347), “o simples fato de uma pessoa fechar a sua casa não implica abandono. Ele não se presume devendo resultar de atos que virtualmente o contenham”. Em face da dificuldade ante exposta, em encontrar meios que levem a caracterização da figura do abandono da propriedade imóvel, o

legislador na tentativa de sanar tal complexidade, dispõe no artigo 1.276 do Código Civil que:

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

[...]

§2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Surge portanto, conforme exposto no §2º, do dispositivo legal acima mencionado uma presunção absoluta de abandono do bem imóvel, quando o proprietário associar ao desuso, por determinado lapso temporal, o inadimplemento dos tributos que recaem sobre o bem. Em síntese o dispositivo em apreço dispõe que passados três anos sem que haja efetivo exercício de atos de posse, seja pelo proprietário, seja por outrem, somado ao inadimplemento de obrigações tributárias referentes ao imóvel, será este arrecado como bem vago ao Município ou ao Distrito Federal, dependendo da sua respectiva localização, em se tratando de imóvel urbano. Quanto aos imóveis rurais, estes serão arrecadados para a União, nas circunstâncias acima descritas conforme dispõe o §1º do já citado artigo 1.276, do CC, segundo o qual: “o imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que se localize”.

Assim, como o confisco é forma gratuita de perda da propriedade, distinguindo-se apenas pelas causas motivadoras, presentes os requisitos de ausência de atos de posse e falta de satisfação do ônus fiscal, o bem será arrecadado sem que a isso possa o proprietário se opor, configurando assim presunção absoluta de abandono, conforme assevera Farias (2010).

É notório os esforços do legislador em concretizar a função social da propriedade, no momento em que arrecada para o Estado um imóvel que supostamente está abandonado e conseqüentemente sem exercer nenhuma finalidade social. A celeuma em torno da norma em apreço é a alegação de que apesar do prestígio ao interesse social, o dispositivo não está em conformidade com demais garantias constitucionais.

Nishiyama (2004, p. 16) ao tratar do tema, aduz que:

Há uma discussão acerca da inconstitucionalidade do dispositivo. Primeiro afirma-se que a legislação infraconstitucional não pode criar hipóteses de perda de propriedade sem indenização; segundo haveria ofensa ao princípio do devido processo legal (art.5º, LIV, CF), pois o indivíduo seria privado do bem com presunção absoluta, pelo fato de não adimplir a carga tributária; terceiro, seria também atingido o princípio do contraditório (art.5º, LV, CF), pois o proprietário estaria proibido de provar em juízo que não teve a intenção de abandono, mas apenas passou por dificuldades econômicas; quarto, haveria afronta à norma do art.150, IV, da Constituição Federal, que veda a adoção de tributo com efeito confiscatório.

Requerendo assim, que se faça uma análise quanto à constitucionalidade da presunção absoluta de abandono de propriedade em caráter irrevogável por inadimplemento de obrigações tributárias. Pois de acordo com Bastos (1998, p. 208): “a essência da garantia ao direito de propriedade reside em impedir que o Estado por medida genérica ou abstrata evite a apropriação dos bens econômicos ou, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco”.

Deste modo, busca-se evidenciar se o Poder Público ao privar o proprietário de sua titularidade, nos moldes do §2º do art. 1.276 da Lei Civil, o faz a luz do Estado Democrático de Direito, portanto, em respeito à ordem constitucional vigente.

3 A PRESUNÇÃO DE ABANDONO DE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL E SUA CONEXÃO COM O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a propriedade deixa de ser instituto jurídico exclusivo do Direito Privado e ganha respaldo constitucional, passando a figurar no rol de direitos e garantias fundamentais ao lado do princípio da função social da propriedade, o qual, limita o direito de propriedade através de uma relação de complementaridade entre princípios. No entanto, não raramente, o legislador infraconstitucional na tentativa de dar eficácia a uma norma de direito fundamental, acaba por colocá-la em rota de colisão com outros valores constitucionais. Ocorre que ao estabelecer uma figura de presunção absoluta de abandono de imóvel, justificada na finalidade social, o legislador trouxe a tona possível colisão entre função social da propriedade e outros valores também assentados em sede de direito fundamental.

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE COMO GARANTIA DE LIBERDADE

O Constituinte de 1988 ao tratar do direito de propriedade no *caput* do art. 5º, deu a propriedade status de garantia fundamental, figurando ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança. Não fosse suficiente a tutela genérica da inviolabilidade da propriedade, o inciso XXII do art.5º reforça que é garantido o direito de propriedade. Conforme exposto, o direito fundamental à propriedade é assegurado pela Lei Maior nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

Sabe-se que o Código Civil traduz a propriedade como sendo o direito de usar, gozar e dispor da coisa, ao passo que a propriedade considerada pela Constituição como direito fundamental assume caráter econômico e patrimonial, portanto, faz-se mister entender a propriedade tanto como instituto de Direito Privado, quanto como garantia fundamental assegurada pela Carta Magna.

Os direitos fundamentais são de fato princípios constitucionais que resguardam valores norteadores do ordenamento jurídico. Portanto para que se entenda o direito de propriedade como direito fundamental que é, faz-se necessário entender alguns desdobramentos dos direitos fundamentais. Neste diapasão vale salientar que, os direitos fundamentais podem ser encarados de diversas formas dentre estas cabe destacar os direitos fundamentais de liberdade e os sociais, sendo estes os direitos pelo qual o Estado se obriga perante o cidadão, como por exemplo, o direito à saúde, tendo em vista que, atendimento médico e fornecimento de medicamentos são obrigações do Estado. Quanto aos direitos fundamentais de liberdade são estes os que limitam os poderes do Estado perante as liberdades dos cidadãos, como é o caso do direito de propriedade, que deve ser entendido como direito de liberdade, ou seja, garantia que o particular tem contra o Estado, não podendo este, por exemplo, desapropriar ou expropriar um cidadão sem que seja respeitado o devido processo legal.

Como bem explica Farias (2010, p. 180):

De qualquer forma, a propriedade será direito fundamental em todas as circunstâncias que instrumentalize a liberdade. O art. 170, II, da Constituição Federal insere a propriedade privada como princípio de ordem econômica. A propriedade que representa a economia de mercado e a livre iniciativa será resguardada pelo sistema, como demonstração de apreço do Estado de Direito pela proteção dos contratos e segurança jurídica. A preservação da propriedade se imbrica com a própria subsistência da sociedade, como instrumento de excelência da liberdade de ação de cada qual de seus membros. Qualquer intromissão não razoável no direito de propriedade representará uma violação à esfera de liberdade e privacidade de seu titular e/ou entidade familiar.

O direito de propriedade enquanto garantia constitucional, acaba assim, por adquirir tamanha relevância no ordenamento jurídico, de modo que a legislação infraconstitucional deve respeitar os parâmetros da Lei Maior evitando assim, que o Estado cometa restrições desproporcionais ao direito do titular (FARIAS, 2010).

Como já tratado no capítulo anterior a propriedade ao longo dos tempos passou por diversas modificações deixando de ser qualificada como direito absoluto e ilimitado sob a coisa, passando a assumir características de direito subjetivo através das faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação.

Ademais não se pode olvidar que com a evolução da propriedade, como instituto de Direito Privado que é, vem perdendo cada vez mais seu cunho individualista em nome da socialidade. Haja vista que assim como se garantiu a propriedade, a própria Constituição Federal exige que a mesma deverá cumprir uma função social ao dispor no inciso XXIII do art. 5º que: “a propriedade atenderá a sua função social”. Vê-se, portanto, que a função social, assim como a propriedade, é também um direito fundamental, de modo que um serve de limite ao outro. Compartilhando desse mesmo entendimento afirma Weber (2006, p. 217) que:

A propriedade, como direito fundamental, está explicitamente assegurada na Constituição Federal. É um direito individual que garante ao seu titular o poder de usar, gozar, dispor e reivindicar. A sua especificação, no entanto, reporta a sua função social. Significa que os poderes mencionados não podem ser exercidos de forma ilimitada.

Conclui-se que a propriedade assim como sua função social, são direitos fundamentais que possuem uma relação de complementaridade. Sendo assim, partindo do pressuposto de que não existe hierarquia entre preceitos constitucionais, não haverá então que se falar em conflito entre tais preceitos no mesmo plano normativo, no entanto, em determinadas situações pode ocorrer colisão entre direitos fundamentais.

É visível a colisão entre direitos fundamentais através da situação jurídica trazida pelo §2º do art. 1.276 do Código Civil que ao presumir de modo absoluto o abandono de propriedade imóvel, o legislador prestigiou a função social da propriedade em detrimento de outras garantias constitucionais.

3.2 RELAÇÃO ENTRE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O ABANDONO DE IMÓVEL

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXII garantiu a todos o direito de propriedade, e no seu inciso XXIII estabeleceu que a propriedade deverá atender a sua função social. Ademais, vale salientar que o artigo 170, II e III da Constituição Federal, inseriu a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica que visam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, valorizando o trabalho humano e a livre iniciativa. Portanto, não há como se falar em propriedade, sem lembrar que este direito deve estar em conformidade com seu caráter social.

Venosa (2007, p. 144), ao tratar da função social da propriedade faz referência a Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII, de 1961, segundo a qual, “ a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com uma função social, não só em proveito do titular, mas também em benefício da coletividade.”

O termo função social é utilizado com a finalidade de levar o indivíduo a cumprir algo ou desempenhar um dever ou atividade, com o escopo de estabelecer uma sociedade mais igualitária. Enfocando especificamente na função social da propriedade, esta preocupa-se não só com a satisfação pessoal do proprietário, mas também com o bem comum que aquela propriedade representa. Sendo assim, por exemplo, quando um proprietário de um imóvel explora nele determinada atividade econômica e ao mesmo tempo concede retorno individual através dos lucros e retorno social através dos ganhos coletivos da atividade particular, será alcançada a função social daquela propriedade. De modo que quando alguém adquire um imóvel, além de utilizá-lo em seu proveito deve torná-lo produtivo e útil, seja este urbano ou rural.

Nesta esteira, aduz Farias (2010, p. 204) que:

A locução função social traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém

detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social.

Sendo assim, mesmo que assegurado ao proprietário o livre exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade, deve este cumprir com a função social. Neste sentido o Código Civil logo após descrever os poderes inerentes ao direito de propriedade, dispõe no §1º do art. 1.228, que:

Art. 1.228 [...]

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sócias 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.

Vê-se que o legislador, buscou através da redação do citado dispositivo legal, inserir a propriedade em um contexto de utilização do bem comum, afastando o caráter arcaico do individualismo absoluto da propriedade. Ainda em consonância com a função social da propriedade tem-se o §2º do mesmo dispositivo, que proíbe os atos que não ocasionem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e que sejam praticados com o intuito de prejudicar terceiros.

Visto que a função social da propriedade está expressa tanto na Carta Magna, quanto na Lei Civil, percebe-se a necessidade de uma interpretação harmônica do instituto, de modo que ao dispor sobre função social da propriedade o Código Civil deve adequar-se aos parâmetros constitucionais.

Ocorre que, em uma tentativa de concretizar a função social da propriedade o legislador cria a figura do abandono presumido, através do já citado §2º do art. 1.276 do Código Civil, o qual, presume de modo absoluto o abandono do imóvel quando o titular associar desuso do bem ao inadimplemento de tributos referentes ao imóvel, cabendo ao Estado após três anos tomar o bem para si. Segundo Cunha (2010, p. 2):

O legislador criou uma modalidade de perda da propriedade que, decorrente da ausência de concessão de função social ao imóvel, atrelado (eventualmente) à falta de satisfação dos ônus fiscais referentes ao bem, acarretaria a perda da propriedade em favor do Poder Público, ante ao estabelecimento de uma figura de abandono,

sem que o proprietário tenha direito a qualquer sorte de indenização ante a perda do bem.

Nota-se que a regra codificada, estabelece que a recusa do titular em arcar com as obrigações tributárias ocasionará demonstração objetiva de abandono, sempre que aliada a cessação dos atos de posse. Observados tais requisitos será o bem imóvel arrecadado ao Estado com fulcro na socialidade, sem que a isso possa o proprietário se opor, em virtude da caracterização de uma figura de presunção absoluta de abandono.

Portanto, qualquer ato de uso, não uso, gozo ou disposição passará pelo crivo da finalidade social, de modo que qualquer atuação contrária aos ditames da função social será interpretada como abuso de direito de propriedade. Porém a interferência estatal, com fundamento no interesse social, deve ser feita apenas quando necessária para impedir o exercício abusivo do direito de propriedade ou atender a necessidades fundamentais da população.

Desse modo, vedam-se restrições desproporcionais à liberdade do proprietário, portanto não pode o Estado impor limites ao direito de propriedade que extrapolem o razoável, fundamentando tal imposição na distribuição de riquezas e no bem comum. Como bem explica Farias (2010, p. 209), “a função social será sempre o resultado da ponderação de valores sociais objetivamente justificáveis na Constituição Federal, criando-se a norma do caso”.

Não obstante, o Estado deve fornecer meios para que o proprietário possa dar finalidade social ao seu imóvel, em outras palavras, é papel do Estado estabelecer diretrizes que defendam e norteiem a atividade privada produtiva na geração de ganhos sociais, como por exemplo, o incentivo ao empreendedorismo. Em sintonia com o exposto, assevera Venosa (2007, p. 144):

Destarte, o Estado não pode omitir-se no ordenamento sociológico da propriedade. Deve fornecer instrumentos jurídicos eficazes para o proprietário defender o que é seu e que é utilizado em seu proveito, de sua família e de seu grupo social. Deve por outro lado, criar instrumentos legais eficazes e justos para tornar todo e qualquer bem produtivo e útil.

Como já visto anteriormente a propriedade está inserida no rol de direitos e garantias fundamentais bem como a função social a que esta deve obedecer, portanto não há que se falar em incompatibilidade entre propriedade e função social,

mas sim uma relação de complementaridade obrigatória, como princípios de mesma hierarquia, como bem explica Farias (2007).

Evidencia-se que a função social da propriedade é um axioma constitucional de grande importância, contudo, deve harmonizar-se a outros valores de cunho constitucional garantista, não podendo afirmar a existência de um direito fundamental absoluto, face o dever de ponderação com outros princípios de iguais valores.

3.3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E INEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS

A interpretação de normas jurídicas é tarefa árdua do legislador, quando da elaboração das leis e dos demais operadores do direito em aplicar tais leis. Nesta esteira a interpretação constitucional é ponto essencial na confecção e execução de normas em face do Princípio da Supremacia Constitucional, em que há uma superioridade da Carta Magna em relação a outras leis, servindo aquela de paradigma para estas. Neste sentido é a lição de Barroso (1996, p. 150) ao afirmar que: “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade da Constituição Federal sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado”.

Sendo assim, a interpretação de normas deve ter como premissa fundamental o Princípio da Supremacia Constitucional, de modo que as regras constitucionais devem estar em um patamar superior em relação às demais normas jurídicas, tornando essencial a observância daquilo que está expresso na Constituição, quando da elaboração de normas infraconstitucionais.

Inovando em relação às constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988, deixou de tratar apenas da organização política do Estado, para cuidar também dos princípios e instituições do Direito Privado, as quais eram abordadas apenas no Código Civil, com isso a Constituição aproximou-se das relações humanas mais concretas, demarcando limites no Direito Civil (FARIAS, 2007).

Tal inovação justifica-se ante o Princípio da Supremacia Constitucional, haja vista o fato de que o Diploma Civil está em uma posição hierarquicamente inferior a

Constituição, de modo que as regras contidas na Lei Civil não podem assumir um caráter autossuficiente, necessitando dos alicerces constitucionais.

Corroborando com a constitucionalização do Direito Civil, assevera Tepedino (2001, p.7) que:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de constituição do Direito Privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem constitucional. Por outro lado o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.

Em linhas gerais, a constitucionalização do Direito Civil, requer que se faça uma adequação da norma civil aos valores constitucionais, eliminando possíveis incompatibilidades com a Lei Maior, sob pena de subversão do ordenamento jurídico. Tomando como exemplo o direito de propriedade, observa-se que ao estabelecer que a propriedade privada deve atender a uma função social, o constituinte não cria apenas um limite ao exercício do direito de propriedade, mas também um fundamento pelo qual vale-se o titular na defesa de seu patrimônio.

Acontece que a colisão entre a legislação civil e o Texto Constitucional, pode ocorrer de forma indireta, como é o caso da norma contida no §2º do art. 1.276 do Código Civil, que ao presumir de forma absoluta o abandono do imóvel, quando o proprietário passar três anos sem exercer atos de posse e não cumprir com as obrigações tributárias do respectivo imóvel, conseqüentemente terá seu bem arrecadado ao Poder Público, como já falado anteriormente, é evidente o respeito do legislador ao direito fundamental de garantia da função social da propriedade. No entanto, a função social da propriedade, não pode ficar acima de demais axiomas constitucionais, sendo necessária a harmonização de tal princípio com outras garantias fundamentais, a exemplo da própria garantia de propriedade e do devido processo legal. Vê-se, portanto, notória colisão entre direitos fundamentais.

Na tentativa de resolver o problema de conflito entre direitos fundamentais, Cavalieri Filho (2002 *apud* FARIAS 2007, p. 3) em decisão proferida, posiciona-se da seguinte maneira:

Sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém [...] (TJ/RJ, ApCiv.29.708-01, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, DOERJ 29.8.02, p.352).

Sendo a Constituição um conjunto de normas e valores derivados de uma multiplicidade de concepções ideológicas, em virtude de haver sido promulgada em um Estado Democrático de Direito, torna-se comum a colisão entre preceitos constitucionais, motivo pelo qual ressalta-se a relevância do princípio interpretativo da unidade da Constituição como meio de harmonizar possíveis contradições ou antagonismos entre as normas, visando alcançar um sistema, neste caso garantista, coerente (FARIAS, 2007).

Faz-se assim necessário haver uma ponderação de valores entre direitos fundamentais em conflito, por meio de um juízo de proporcionalidade que vise relativizar a aplicação do direito fundamental ao caso concreto, através de uma limitação recíproca entre os valores ora colidentes. Nesta mesma linha de pensamento, afirma Cunha Júnior (2004 *apud* FARIAS 2007, p. 3) que:

É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível in concreto, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais. Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto.

É de se notar a inexistência de direitos fundamentais absolutos, tendo em vista a possibilidade das normas constitucionais colidirem entre si, razão pela qual são os direitos fundamentais relativizados, sempre que necessário proceder à compatibilização entre os mesmos, que se faz através do princípio da razoabilidade, reduzindo a aplicação de ambos direitos fundamentais de modo que estes se ajustem ao sistema constitucional como um todo.

No tocante a matéria focalizada, qual seja, a implementação da função social da propriedade através da regra de Direito Civil que presume de forma absoluta o

abandono de propriedade e a tensão existente entre esta norma e princípios constitucionais de cunho garantista, observa-se a necessidade de harmonização entre direitos fundamentais, não podendo a função social da propriedade se sobrepor as demais garantias constitucionais de modo que o já citado §2º do art. 1.276 do Código Civil se submeta a uma análise constitucional com o escopo de sanar suposta colisão entre direitos fundamentais

4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE ABANDONO DE IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL FACE A DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA

Sabe-se que a Constituição Federal ocupa o mais elevado grau hierárquico no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que é reconhecida como Lei Maior, ou seja, a mais alta expressão jurídica de soberania. Por conseguinte é na Constituição que o legislador encontra a forma de elaboração e o conteúdo das normas infraconstitucionais. Logicamente deduz-se que a atividade legiferante não pode resultar na publicação de leis que introduzam no sistema jurídico disposições contrárias aos preceitos constitucionais, uma vez que essas leis se reputariam nulas, inválidas e inaplicáveis perante a ordem jurídica preestabelecida pelo constituinte. Não obstante, o Código Civil em seu artigo 1.276, §2º ao presumir de modo absoluto o abandono de imóvel quando supostamente houver cessado os atos de posse, deixar o proprietário de cumprir com as obrigações tributárias do referido bem, será o imóvel arrecadado ao Estado sem que haja indenização ao proprietário. Gera uma polêmica em torno de possível inconstitucionalidade, pelo fato de se confrontar com princípios de ordem constitucional como o devido processo legal e o não confisco.

4.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ainda em sede de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 incorporou o *Due process of law*, mais conhecido no ordenamento pátrio como princípio do devido processo legal, através do inciso LIV do art. 5º, estabelecendo que, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Portanto, é inadmissível que alguém seja privado de seus bens, sejam estes materiais ou imateriais, sem que, para tanto, seja observado um processo judicial preestabelecido.

Para Costa (2007, p. 150), devido processo legal é o “termo referente ao princípio constitucional que garante ao indivíduo o direito de ser processado segundo as normas jurídicas vigentes antes do fato que ensejou o processo”.

Entretanto, devido processo legal não se limita apenas ao aspecto formal do Direito Processual, possuindo também aspecto material. Neste diapasão, preleciona Moraes (2007, p. 95), que “o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”.

Para que se torne mais fácil compreender o aspecto formal e material do devido processo legal, Grinover (2010, p. 46), faz a distinção entre direito processual e direito material:

Chama-se direito processual o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado. Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, trabalhista, tributário, etc.).

Portanto, o devido processo legal em sentido material dirige-se diretamente ao legislador, limitando sua atuação através dos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade, de modo que toda regra infraconstitucional deve adequar-se a tais critérios, sob pena de ser declarada inválida perante o ordenamento jurídico (LENZA, 2009).

Visto que o devido processo legal não está presente apenas na seara processual, mas também atua de forma direta nas relações de Direito Material, e sabendo que a propriedade compõe relação jurídica de Direito Material por ser regulada pelo Código Civil, faz-se necessário entender a afinidade existente entre propriedade e o direito fundamental do devido processo legal.

Sendo assim, Continentino (2010, p. 3) assevera:

É de clareza solar a inteligibilidade do artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988 ao condicionar a privação da liberdade ou dos bens ao Devido Processo Legal. Este dispositivo constitucional tem por destinatário o próprio Estado, enquanto Democrático de Direito, que jamais poderá despir as pessoas da propriedade dos seus bens, senão após um procedimento hígido, oxigenado pelo contraditório e ampla defesa, que legitime a intromissão na esfera privada e, assim, restrinja ou até mesmo, no caso concreto, negue a uma pessoa a propriedade de certo bem.

Nesta esteira, é importante salientar que o devido processo legal tem como corolários o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), de modo que é dever do Poder Público assegurar ao cidadão todos os meios adequados e capazes de torná-lo ciente de todos os atos processuais nos quais figure, principalmente do pedido que contra ele por ventura se faça, bem como a possibilidade de apresentar todos os argumentos e provas que possua para comprovar seu direito e de ver seu caso apreciado por pelo menos mais de um juiz (FERRAZ FILHO, 2010).

Corroborando com o exposto, extrai-se uma leitura completa do princípio do devido processo legal, qual seja, que ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o respeito ao contraditório e sem a necessária ampla defesa. E sendo, o devido processo legal, princípio de ordem constitucional, não pode o legislador infraconstitucional editar normas sem que haja a devida observância de tal preceito, sob pena da mesma ser declarada incompatível com a Lei Maior.

Ocorre que, o Código Civil ao estabelecer, no já citado §2º do art. 1.276, que haverá presunção absoluta de abandono de propriedade em decorrência do não pagamento de tributos incidentes sobre o imóvel, a Lei Civil estaria afrontando o devido processo legal por não oportunizar ao proprietário promover sua defesa, tampouco justificar sua inadimplência ou regularizar o pagamento dos referidos tributos. Ademais, o fato do proprietário não poder provar em juízo que não teve a intenção de abandonar o bem, mas que apenas passou por dificuldades financeiras, por exemplo, também fere a premissa em estudo. Compartilha deste entendimento Continentino (2010, p.3) ao aduzir que:

Ignorando o fato da forma ser inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da própria liberdade, o legislador infraconstitucional, ao cristalizar a presunção absoluta de abandono (1.276, §2º do Código Civil de 2002) ratificou uma conduta estatal repugnante e extremamente incisiva, consistente na subtração do direito de propriedade sobre um bem imóvel sem sequer lançar mão do devido processo legal, oportunizando ao proprietário a alegação de que a posse não cessou e de que, apesar de se encontrar inadimplente face às obrigações tributárias, em momento algum intencionou renunciar a propriedade de seu bem imóvel.

Conforme tratado no capítulo anterior, o legislador ao redigir a norma do §2º do art. 1.276 do CC, quis garantir o exercício da função social da propriedade. No

entanto, não atentou para colisão entre o direito fundamental ao devido processo legal e a função social da propriedade, que notoriamente colidem no caso concreto.

Farias (2007, p. 15), filiando-se ao entendimento de que a privação da propriedade depende do contraditório e da ampla defesa, cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1995) ao deliberar sobre a matéria, o qual deduz que só será aceitável privar o particular de seu bem desde que respeitado o devido processo legal, nos seguintes termos:

O postulado constitucional do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade. Ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal (cf. art. 5º, LIV). A União Federal – mesmo tratando-se de execução e implementação do programa de reforma agrária – não está dispensada da obrigação de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os princípios constitucionais que, em tema de propriedade, protegem as pessoas contra eventual expansão arbitrária do poder estatal. A cláusula de garantia dominial que emerge do sistema consagrado pela Constituição da República tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade [...] (STF, Ac.unân. Plenário, MS22.164-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.30.10.95, DJU 17.11.95, p.39.206).

Vê-se assim a impossibilidade de se admitir que o particular seja privado de seu bem, sem ao menos ter ciência da pretensão estatal para que a esta possa se opor, haja vista disposição constitucional expressa de que o titular só poderá ser privado de seus bens em observância ao devido processo legal.

Ratificando a preocupação em torno de possível inconstitucionalidade da regra contida no §2º do art. 1.276 do Código Civil, cabe aqui fazer alusão ao Enunciado 242 da III Jornada de Direito Civil que cuida da matéria em comento, segundo o qual “a aplicação do art. 1.276 depende de devido processo legal em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não cessação da posse.” Vê-se portanto, a insegurança jurídica que cerca o dispositivo em apreço, pelo fato do mesmo não possuir clara concordância com o Texto Constitucional especialmente no que concerne a garantia fundamental ao devido processo legal.

4.2 AFRONTA À REGRA DO NÃO CONFISCO

A Constituição Brasileira ao estabelecer os limites ao poder de tributar, cria no inciso IV do art. 150 o princípio do não confisco, o qual veda a utilização de tributo com finalidade confiscatória, de modo que afasta do tributo caráter de sanção patrimonial imposta pelo Estado. Para Ferreira Filho (1995 *apud* MORAES, 2007, p. 834), “há confisco sempre que o proprietário de um bem o perde, em benefício do Poder Público, sem a justa indenização”.

Deste modo, torna-se importante salientar que os tributos não têm por finalidade esgotar a riqueza dos contribuintes, mas tão somente retirar a parcela necessária para que se possa cumprir as metas traçadas pelo Estado, razão pela qual explica-se o zelo do constituinte ao impedir que tributos tenham efeito confiscatório. Não fosse assim, a tributação se tornaria um sacrifício insuportável para o contribuinte, extrapolando o limite do razoável.

No entanto, o limite entre tributação lícita e o não confisco depende do caso concreto, tendo em vista que deve-se levar em conta a relação de proporcionalidade entre a carga tributária e a situação econômica do contribuinte. Nesta esteira, aduz Farias (2007, p. 18) que:

Em concreto, a inconstitucionalidade de determinada norma por violar o não confisco, pela falta de regras objetivas, decorre da ultrapassagem da barreira do aceitável. Equivale a dizer: malgrado seja difícil estabelecer os limites ideais, sempre haverá uma certa carga tributária que, no caso concreto, se apresentará com um espírito confiscatório, a partir da incorporação do valor decorrente do art. 150, IV, da Norma Maior.

Contudo, apesar da complexa definição do alcance do princípio do não confisco, percebe-se que este visa proteger a propriedade privada, impossibilitando ao Poder Público destituir o proprietário de sua titularidade sem justa indenização, por inadimplência tributária. Pelo exposto, percebe-se que o não confisco é princípio constitucional norteador do sistema tributário, de modo que a instituição de todo e qualquer tributo deve respeitar os limites por ele impostos.

Malgrado o princípio do não confisco regulamentar diretamente o Direito Tributário, é importante observar que este é um preceito constitucional, portanto,

regula o ordenamento jurídico como um todo, de modo que todos os atos do Poder Público, inclusive a edição de normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com o não confisco, sob pena de flagrante inconstitucionalidade da norma. Neste sentido preleciona Farias (2007, p. 17) que:

A proibição de confisco apresenta-se como indubitável valor (leia-se princípio) constitucional, servindo como um limite objetivo para as normas infraconstitucionais, vinculando todo o tecido legislativo brasileiro, inclusive, por óbvio, o Código Civil que não poderá estabelecer regras atentatórias a ele.

Sendo assim, a vedação ao confisco está diretamente ligada à proteção da propriedade privada, haja vista que estabelece limites ao Estado, para que este não pratique atos que atentem contra o direito de propriedade assegurado pela Magna Carta.

Acontece que o §2º do art. 1.276 do Código Civil ao estabelecer a falta de pagamento de tributos referentes ao imóvel como um dos requisitos para que o bem seja arrecadado ao Ente Federativo, privando o titular de seu bem, o dispositivo institui uma penalização para aquele que encontra-se inadimplente com as obrigações tributárias. Extrapola assim, o limite estabelecido pelo não confisco, como bem defende Farias (2007).

Percebe-se, assim, a necessidade do legislador civilista atender a vontade do constituinte que é de assegurar efetividade a vedação de tributo com efeito confiscatório, de modo que norma infraconstitucional em hipótese alguma viole a propriedade privada para satisfação de interesses fiscais, que ocasionaria subversão do sistema econômico-social e afronta direta a Constituição Federal.

Portanto, caso alguma norma estabeleça a perda de propriedade em virtude do não pagamento de tributos, esta estaria ultrapassando o limite do razoável e assim instituindo modalidade de confisco. Neste sentido, ao analisar a ADI/MC 2010-2/DF, posicionou-se o Ministro do STF Celso de Melo (2002 *apud* FARIAS, 2007, p. 18), nos seguintes termos:

[...] A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito

a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerando o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público [...] (STF, Ac.Tribunal Pleno, ADIn/MC, rel. Min. Celso de Melo, j.30.9.99, DJU 12.4.02, p. 51).

Por tudo isso, vê-se que o Código Civil ao condicionar a perda da propriedade imóvel, em favor do Poder Público, pela interrupção no pagamento de tributos, instala em seu arcabouço jurídico modalidade de confisco ultrajando o Texto Constitucional o qual, diga-se de passagem, autoriza apenas uma hipótese de confisco, a expropriação imediata e sem indenização do proprietário quando for localizado em sua gleba culturas ilegais de plantas psicotrópicas, como bem dispõe o art. 243.

Ademais vale ressaltar que somente a Lei Magna pode dispor acerca de perda da propriedade sem indenização, visto que a perda e a restrição da propriedade privada são contempladas em sede constitucional, de forma que a Lei Civil enquanto norma infraconstitucional, deve adequar-se aos parâmetros traçados pela Constituição Federal, apenas podendo limitar a titularidade do proprietário de acordo com esta.

Com efeito, ponderando acerca do que dispõe o §2º do art. 1.276 do Código Civil, Nishiyama (2004) entende que o preceito codificado está eivado de inconstitucionalidade uma vez que a propriedade é garantia constitucional e que qualquer limitação ao exercício deste direito, deve estar em conformidade com a Constituição Federal.

4.3 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE A DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA E INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não há como se falar em princípio da razoabilidade, sem antes entender o que vem a ser discricionariedade legislativa. Hodiernamente, muito se fala em discricionariedade administrativa, no entanto, este instituto ganhou novos contornos e ultrapassou as barreiras do Direito Administrativo, vindo a enquadrar-se na Teoria Geral do Direito, passando a vigorar em todo ordenamento jurídico.

Apesar da discricionariedade legislativa se aproximar em muitos aspectos da administrativa, elas possuem diferenças bem delineadas. Enquanto a primeira tem profunda conexão com a lei, a segunda relaciona-se intimamente com a Constituição Federal. Nas palavras de Calcini (2004, p. 72), “a relação existente na discricionariedade legislativa é resultante do binômio CF-Lei”.

Em suma, a discricionariedade legislativa, consiste no grau de liberdade conferido ao legislador para elaboração de normas infraconstitucionais que visem aplicação e efetividade do Texto Constitucional. Este grau de liberdade é o ponto de encontro entre discricionariedade legislativa e o princípio da razoabilidade, uma vez que este serve de limite à discricionariedade.

Tal princípio pode ser extraído do já mencionado devido processo legal material (CF, art. 5º, LIV e LV), de modo que não é necessário aqui discutir a origem do princípio da razoabilidade, pois conforme concebe Bonavides (2008) é mais fácil compreender a razoabilidade, do que defini-la. Sendo assim, o que importa é o status constitucional que possui o referido princípio, pois diante desta situação todos os atos infraconstitucionais, devem com ele manter relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade (LENZA, 2009).

Portanto, a edição de lei ou norma irrazoável, não estará em conformidade com a Constituição, tampouco conseguirá aplicá-la sem que haja subversão do ordenamento jurídico. Neste sentido, preleciona Calcine (2004, p. 75 - 76):

O princípio da razoabilidade como já tive oportunidade de assentar, consiste numa norma constitucional a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Estado, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da CF e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo ou justiça [...] Possível concluir-se portanto, ser

o princípio da razoabilidade (art. 5º, LIV, da CF) uma norma jurídica constitucional que impõe ao legislador quando do exercício da discricionariedade legislativa, um limite negativo à sua liberdade de aplicação da CF, vedando a criação de leis irrazoáveis, arbitrárias e desproporcionais.

Depreende-se que o razoável é tudo aquilo que se molda com a ideia de equilíbrio. Conforme própria acepção do termo razoável, é o mesmo que moderado, sensato ou ponderado, nessa linha de raciocínio vê-se que o princípio da razoabilidade, enquanto condicionador da discricionariedade legislativa, contrapõe-se à possíveis arbitrariedades que venham a ser cometidas pelo legislador, de modo que tal premissa visa buscar meios adequados e necessários para manter o equilíbrio entre a lei e os valores constitucionais.

Como já visto, a discricionariedade legislativa encontra no princípio em estudo um limite de atuação do Poder Público, inclusive no que concerne à atividade legiferante. Acontece que o legislador civilista ao inserir no §2º do art. 1.276 uma presunção absoluta no tocante a perda da propriedade imóvel, por abandono, na hipótese do proprietário supostamente cessar os atos de posse sob o bem e deixar de satisfazer os ônus fiscais, ocasiona possível afronta ao preceito constitucional da razoabilidade.

Haja vista que, a recusa do proprietário em satisfazer os ônus fiscais aliado a cessação da posse implica em demonstração objetiva de abandono do bem que será arrecadado ao Estado em nome da socialidade sem que a isso possa o particular se objetar, importando em presunção absoluta de abandono e perda gratuita da propriedade.

É importante salientar que quando algo se presume de forma absoluta pelo legislador, torna-se inatacável, de modo que não existe espaço para que se comprove o contrário daquilo que está presumido por uma lei. Nestas condições, percebe-se que o dispositivo legal em análise, ao presumir sem que haja possibilidade de se provar o contrário, a intenção abdicativa do bem caso o proprietário não satisfaça as obrigações tributárias, ignora o crivo da razoabilidade, acarretando a perda da propriedade, que é garantida constitucionalmente pelo art. 5º, XXII da Carta Magna.

Corroborando com o exposto, ao tratar da temática aqui abordada, assevera Farias (2007, p. 21) que:

Com efeito, não é difícil perceber que atenta de modo direto contra a razoabilidade a edição de lei que associe em caráter irrevogável o inadimplemento de obrigações tributárias à perda da propriedade de um imóvel. Sem dúvida, a norma escoa pelo filtro da discricionariedade e alcança a arbitrariedade.

Sendo tal norma portanto, notoriamente inconstitucional, uma vez que ofende o princípio da razoabilidade destituir a propriedade de seu titular nestas circunstâncias, haja vista que o direito de propriedade é assegurado constitucionalmente, conforme mencionado.

Neste diapasão, em prestígio ao princípio da razoabilidade, Farias (2007, p. 21) cita trecho de jurisprudência do STF (2006) que apresenta o seguinte teor:

O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

Diante do exposto, percebe-se mais uma vez a insegurança jurídica que assola o ordenamento pátrio, através da figura do abandono presumido de propriedade imóvel contida no §2º do art. 1.276 do Diploma Civil, pois muito embora o legislador tenha a intenção de dar efetividade ao princípio da função social da propriedade, olvidou-se os demais princípios constitucionais, de tal maneira que o dispositivo em apreço deve se submeter a uma interpretação constitucional pautada na razoabilidade, para que este possa ser aplicado em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Neste sentido, vê-se o princípio da razoabilidade, não só como meio de controle preventivo da atividade legiferante, mas também como um instrumento de interpretação da norma, que tem por escopo adequá-la aos parâmetros da justiça através de uma ponderação de valores, de modo que a norma seja aplicada ao caso concreto de acordo a interpretação que melhor se enquadre com o sistema jurídico.

Conforme já relatado anteriormente, a presunção absoluta do abandono visa a efetivação do princípio constitucional da função social da propriedade, portanto o legislador apesar de ter se valido de meios imoderados, teve por finalidade garantir o bem comum, deste modo por mais que o §2º do art. 1.276 da Lei Civil se choque com o Texto Constitucional, este também dirige-se à garanti-lo.

Nesta esteira Bonavides (2008, p. 427), cita entendimento do Tribunal Constitucional Alemão:

Se a norma contrariar um princípio, seja qual for a interpretação, considerar-se-á inconstitucional. Mas se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra parte se compatibilizam com a Constituição, é a norma constitucional, e como tal se aplicará de acordo com a constituição.

Sendo assim, é o princípio da razoabilidade ferramenta apropriada para a busca de uma solução conciliatória sempre que ocorre antagonismos entre valores constitucionais. Destarte, a melhor maneira de salvar o malfadado dispositivo legal é dar-lhe uma interpretação constitucional de acordo com as necessidades do caso concreto.

Portanto se um imóvel aparentemente sem utilização está trazendo prejuízo para a coletividade como, o caso de determinado prédio visivelmente abandonado, que esteja em atraso com as obrigações fiscais e que, por exemplo, contenha foco do mosquito *Aedes aegypti*, transmissor de doenças como dengue e febre amarela, não extrapola o razoável a aplicação literal da regra de presunção absoluta de abandono, haja vista o intuito de proteger a comunidade, dando ao imóvel destinação diversa, que seja condizente com o bem comum. A outro modo se o Poder Público arrecada para si a propriedade privada por entender que esta não estar exercendo sua finalidade social, pelo simples fato de que em dado momento o bem não estar sendo utilizado e encontra-se inadimplente com as respectivas obrigações tributárias, neste caso a norma ultrapassa os limites do razoável, devendo portanto ser relativizada, oportunizando ao titular do bem demonstrar que está exercendo efetivamente seu direito de propriedade.

Motivo pelo qual, a luz da razoabilidade, deve a regra da presunção absoluta de abandono de imóvel ser relativizada em concreto, de modo que através de um juízo de ponderação entre os valores constitucionais ora colidentes, prevaleça aquele que de acordo com o caso específico melhor se compatibilize com a Lei Maior, dando respaldo não só ao princípio da função social, como também a outros preceitos que também tutelam o direito de propriedade.

Vê-se assim, que sendo empregado o princípio da razoabilidade como meio de interpretar a norma, surge a hipótese de uma presunção relativa ao aplicar o §2º

do art. 1.276 do Código Civil, fazendo com que se estabeleça coexistência pacífica entre os princípios constitucionais em foco, de modo a possibilitar a compatibilidade da regra civil com a ordem constitucional.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho na perspectiva de defender os contornos constitucionais que foi dado ao instituto da propriedade privada, tracejou uma evolução histórica através da qual, percebeu-se que no decorrer do tempo vem a propriedade despidendo-se do individualismo e ganhando uma roupagem social. Neste sentido, observou-se que deixou a propriedade de ser o direito pelo qual o titular utiliza-se incondicionalmente do bem, passando a ser condicionado a uma função social na conjectura atual estabelecida pela Carta Magna.

Nesta esteira, o estudo realizado pautou-se em analisar os desdobramentos do direito de propriedade tanto na Constituição, quanto no Código Civil, estudar os modos de aquisição e perda da propriedade imobiliária, direcionando o foco do trabalho para o §2º do art. 1.276 da Lei Civil, o qual é alvo de críticas ponderadas acerca de sua inconstitucionalidade, por estabelecer perda da propriedade imóvel, em favor do Poder Público, através de uma presunção absoluta de abandono. Em que se pesem as críticas, constatou-se que o legislador visou por meio do dispositivo mencionado, aplicar o princípio constitucional da função social da propriedade.

Observou-se, ainda, os motivos pelos quais a presunção absoluta de abandono é considerada inconstitucional, haja vista que ao tentar consagrar o princípio da função social da propriedade o legislador ordinário pôs em rota de colisão com esta premissa outros preceitos constitucionais, inclusive com a própria garantia de propriedade de modo a subverter o ordenamento, gerando na sociedade insegurança jurídica ante a possibilidade do Estado tomar para si a propriedade privada com respaldo em uma norma que presume arbitrariamente o abandono.

Desta feita, o estudo inclinou-se na busca de um meio para tornar a aplicação do dispositivo legal mencionado justa ao caso concreto, surge assim, a luz do Estado Democrático de Direito, o princípio da razoabilidade como forma de ponderar e adequar valores ao caso concreto, neste sentido limitando a atuação estatal na esfera da propriedade privada.

Ante o exposto, vê-se que cumpriu-se com objetivos propostos, haja vista que se analisou a constitucionalidade material do §2º do art. 1.276 do Código Civil, e percebeu-se que a presunção absoluta de abandono necessita de razoabilidade para ser aplicada ao caso concreto de modo que se adéque a ordem constitucional.

Bem como, foram alcançados os objetivos específicos, pois, verificou-se como se dá o instituto do abandono de imóvel no Código Civil; constatou-se quais os requisitos caracterizadores da presunção de abandono. Ademais, o presente trabalho esclareceu o vínculo existente entre abandono presumido e função social da propriedade; além de demonstrar o princípio da razoabilidade como um dos mecanismos capazes de resolver o conflito entre as premissas constitucionais relacionadas ao tema, quais sejam: a função social da propriedade, a garantia de propriedade, o princípio do devido processo legal e a regra do não confisco.

E que restam confirmadas a problemática e a hipótese, previamente formuladas, posto que, acerca da problemática discutida, foi esta respondida, de modo que se constatou que, ao conceber aplicação do §2º do art. 1.276 do CC (presunção absoluta de abandono) de modo literal, sem que a este seja dada uma interpretação pautada nos limites da razoabilidade enseja em notável arbitrariedade e ultrapassa as barreiras da constitucionalidade. Ainda nesta linha de raciocínio o estudo apontou que a hipótese delineada se revelou viável, visto que através de um juízo de ponderação extraído do princípio da razoabilidade é possível harmonizar, no caso concreto, os valores constitucionais ora colidentes.

Para o fundamento teórico do trabalho, utilizou-se como método de abordagem, o hipotético-dedutivo, visto que, partindo-se da percepção de uma lacuna no conhecimento se formulou uma hipótese pelo processo de inferência dedutiva, testando-se a previsão da ocorrência dos fenômenos abrangidos pela hipótese. E como métodos de procedimento foram utilizados o histórico-evolutivo, pois a pesquisa consistiu em investigar o instituto da propriedade no passado, e verificar sua influência na sociedade hodierna; e o comparativo, pois realizou-se comparações, entre posicionamentos legais e doutrinários divergentes. E como técnica de pesquisa, instrumentalizou-se a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de doutrina, artigos científicos, jurisprudência, e sites da internet.

Portanto, o trabalho realizado enfatizou a inconstitucionalidade da presunção absoluta de abandono de imóvel nos moldes estabelecidos pelo Código Civil, haja vista que a referida presunção: afronta o princípio do devido processo legal, pois ao presumir a intenção abdicativa não permite que o proprietário possa a tal fato se opor; viola a regra constitucional do não confisco, tendo em vista que a inadimplência tributária referente ao imóvel acarreta a arrecadação do bem em favor

do Estado; e restringe a garantia constitucional da propriedade, ao estabelecer a privação do exercício da titularidade.

Com respeito ao entendimento de que o dispositivo civil colacionado pretende dar efetividade ao princípio da função social da propriedade, a diverso modo, o estudo inclina-se pelo raciocínio de que não se pode acatar a arbitrariedade de um dispositivo legal, justificado em interesse social em detrimento de outros valores que também repousam no leito constitucional.

Neste diapasão, conclui-se que não pode o Poder Público no uso imoderado de suas atribuições estabelecer quais são as verdadeiras finalidades do bem para o proprietário. O simples fato do proprietário não se fazer presente no imóvel, por determinado tempo ou deixar de arcar com obrigações tributárias referentes ao seu bem, não são suficientes para constituir uma presunção absoluta de descumprimento da finalidade social.

Portanto, vê-se como um dos mecanismos para melhor aplicar a regra contida no §2º do art. 1.276 do Diploma Civil é condicioná-la à aplicação razoável de modo que se institua no caso concreto uma presunção relativa, em homenagem não só a função social, como também aos demais princípios que tutelam a propriedade privada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Acesso em 20 de jan. 2013.

_____. Lei n. 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. Institui o **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> acesso em: 20 de jan. 2013.

_____. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> acesso

em: 20 de jan. 2013.

_____. Conselho da Justiça Federal. (2004). **Enunciado 242 da III Jornada de Direito Civil**. Disponível em:

<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/iiijornada.pdf>> acesso em: 26 de out.

2012.

CALCINI, Fábio Pallaretti. A Perda da Propriedade Imóvel por Débitos Fiscais no Novo Código Civil – Inconstitucionalidade. In: **Revista de Direito Público**. v 1. nº 4. Brasília: síntese, abr/jun 2004.

CONTINENTINO, Rafael Arreio. **A inconstitucionalidade do Artigo 1.276, §2º do Código Civil de 2002**. Disponível em: <[http://www.webartigos.com/artigos/a-](http://www.webartigos.com/artigos/a-inconstitucionalidade-do-artigo-1-276-2-do-codigo-civil-de-2002/32238/)

[inconstitucionalidade-do-artigo-1-276-2-do-codigo-civil-de-2002/32238/](http://www.webartigos.com/artigos/a-inconstitucionalidade-do-artigo-1-276-2-do-codigo-civil-de-2002/32238/)> acesso em:

12 de dez. 2012.

COSTA, Wagner Venezian; AUGUSTO, Valter Roberto; AQUAROLI, Marcelo. **Dicionário Jurídico**. 9 ed. São Paulo: Madras, 2007.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. **A Perda da Propriedade Imóvel em Razão do Abandono e o Capitalismo Humanista.**

Disponível em:

< <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3523.pdf> > acesso em: 12 de fev. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. O calvário do § 2º do Art. 1.276 do Código Civil: Vida e Morte de um Malfadado Dispositivo Legal a Partir de uma Interpretação Constitucional. In: **Revista de Direito Agrário**, nº19. Brasília: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, 2007.

_____, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. *Comentário ao art. 5º, LV, CF*. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador); FERRAZ, Anna Cláudia da Cunha (coordenadora). **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2010.

FRANÇA, Assembléia Nacional. (1789). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> acesso em: 12 de jan. 2013.

GILISSEN, Jhon. **Introdução Histórica ao Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito da Coisas**. v 5. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. v 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A inconstitucionalidade do art.1.276 do novo CC e a garantia do direito de propriedade. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de

Andrade(coord.). **Revista de Direito Privado**. v 18. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr/jun 2004.

PEZELLA, Maria Cristina Creser. **Propriedade Privada no Direito Romano**. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. v 5. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WEBER, Thadeu. O Direito de propriedade em Rawls e a Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Direito e Justiça**. v 32. Porto Alegre: Edipucrs. 2006.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.