

## **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**

**Cristiano Chaves de Farias**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia  
Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal. –  
Universidade Católica do Salvador*

*Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito  
e do Curso JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas.  
Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Civil do Curso JusPODIVM  
Presidente da Seccional da Bahia do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*

Sumário:

1. Colocação do problema; 2. A necessidade de uma interpretação sistêmica da Constituição e a inexistência de direitos fundamentais absolutos; 3. A compreensão dos institutos e dispositivos do Código Civil conforme a norma constitucional; 4. Noções gerais sobre a perda da propriedade pelo abandono; 5. A presunção de abandono no Código Civil pela falta de pagamento de tributos e a sua conexão com o largo alcance da função social da propriedade; 6. A(s) inconstitucionalidade(s) do §2º do art. 1.276 do Código Civil; 6.1. Violação do devido processo legal; 6.2. Violação da regra de que somente a Constituição pode determinar a perda da propriedade sem indenização; 6.3. Violação à regra do não confisco; 6.4. Violação ao princípio da razoabilidade; 7. Notas conclusivas: a impossibilidade de salvação do §2º do art. 1.276 do Código Civil, impondo-se o reconhecimento de sua inconstitucionalidade para preservação dos valores constitucionais; Referências.

*“Não sou escravo de ninguém  
Ninguém é senhor do meu domínio  
Sei o que devo defender...  
.Minha terra é a terra que é minha  
E sempre será minha terra  
Tem a lua, tem estrelas e sempre terá”  
(LEGIÃO URBANA)*

### **1. Colocação do problema**

A mudança do vetor de compreensão do Direito Privado, que passa por um movimento de adaptação aos ventos que sopram do elevado planalto constitucional, vem causando profundos impactos na civilística brasileira, seja sob o aspecto material, seja sob o formal.

Impõe-se ao civilista contemporâneo (em atitude não vista quando da vigência do Código Civil de 1916) descortinar a estrutura endógena de institutos contidos no Código Civil de 2002, analisando (mais do que a sua finalidade e a sua *ratio essendi*) a sua compatibilidade com a tábua axiológica da Constituição da República de 1988. Enfim, é tarefa do jurista de um novo tempo promover uma *filtragem* em institutos jurídicos diversos (muitos deles remontando a priscas eras) para garantir a *concretização da norma constitucional*.

O instituto da perda da propriedade pelo não pagamento de tributos (previsto no art. 1.276, §2º, da Codificação de 2002)<sup>1</sup> não pode ser subtraído dessa operação, pena de subversão hermenêutica.

Nessa ordem de idéias, é o momento de engendrar uma acurada análise desse instituto, submetendo-o à legalidade constitucional e assegurando uma interpretação construtiva e concretista da norma constitucional.

## **2. A necessidade de uma interpretação sistêmica da Constituição e a inexistência de direitos fundamentais absolutos**

Os estudos mais recentes no âmbito do Direito Constitucional vêm percebendo que, especialmente aquelas promulgadas em espaços democráticos, as Cartas Constitucionais consubstanciam um produto dialético resultante da combinação de diferentes ideologias, interesses e crenças.

A partir dessa multiplicidade de concepções ideológicas, não se apresenta rara a possibilidade de tensão, colisão, entre diferentes normas constitucionais, impondo-se, por conseguinte, a busca de uma *unidade na interpretação constitucional*.

Esclarece LUÍS ROBERTO BARROSO não ser a Constituição “um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo

---

<sup>1</sup> Art. 1.276, CC: “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. § 1º 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 ele se localize. § 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*”.

irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes”. Por isso, exsurge, com invulgar relevância, o princípio interpretativo da unidade da Constituição, como especificação da interpretação sistemática, impondo “o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”, através da “grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior”.<sup>2</sup>

Ora, decorrendo de uma vontade unitária e geradas no mesmo momento, as normas constitucionais não podem estar em conflito ideológico no momento de sua concretização, razão pela qual sobreleva alcançar a conciliação entre eventuais tensões (proposições com aparência de antagonismo) para respeitar o espírito (no nosso caso, garantista!) da *Lex Fundamentallis*.<sup>3</sup>

É o que se extrai da sempre oportuna lição de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, eminente constitucionalista baiano: “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. Ademais, há uma ordem excepcional de limitações constitucionais dos direitos fundamentais, que podemos chamar de limitações circunstanciais, pois dizem respeito às restrições impostas circunstancialmente durante situações constitucionais de crise, por ocasião da decretação dos estados de sítio e de defesa”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 6ªed., 2004, p.196.

<sup>3</sup> Colhe-se interessante precedente na jurisprudência fluminense, prestigiando a tese aqui esposada. Veja-se: “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. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõem-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem segue-se como conseqüência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos”. (TJ/RJ, ApCív.29.708-01, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, DOERJ 29.8.02, p.352).

<sup>4</sup> CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.223-4.

A partir dessa interpretação sistêmica (almejando a unidade da Constituição), dessume-se, com clareza meridiana, a inexistência de superioridade, assim como a inexistência de caráter absoluto (não relatividade) nas normas constitucionais, vislumbrando uma natural limitabilidade.

Não há, enfim, direito fundamental absoluto, decorrendo, de modo sistemático, a sua relatividade, em razão da possibilidade de limitação recíproca a partir de um juízo de ponderação entre os valores colidentes.<sup>5</sup>

É de se rejeitar, assim, toda e qualquer tentativa de conferir primazia a um determinado valor constitucional em detrimento de outro. É certo – e isso não se põe em dúvida – que os diferentes valores magnos ganham efetividade como um todo, harmonizando-se, sem que um venha a aniquilar o outro.

No que tange à matéria focalizada, é mister destacar que a função social da propriedade, como valor constitucional que é, tem de se harmonizar com outros valores assentados na mesma sede, como o devido processo legal, a vedação ao confisco etc.

### **3. A compreensão dos institutos e dispositivos do Código Civil conforme a norma constitucional**

Afastando-se de um histórico caráter neutro e indiferente socialmente, a Carta Constitucional de 1988 deixou de cuidar, apenas, da organização política do Estado, para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais. Trata-se, sem dúvida, da afirmação de uma nova e fecunda teoria constitucional. Com isso, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios e regras atinentes às instituições privadas (historicamente tratadas exclusivamente no Código Civil) para o Texto Constitucional. Assumiu a Magna Carta um papel centralizador, passando a demarcar o território do Direito Civil.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Já se disse, não sem razão, que “*não há direitos fundamentais absolutos*. Isto porque ‘*hay un principio válido para todos los derechos reconocidos en la Constitución: ellos nunca son absolutos, sino pueden ser siempre reglamentados por las leyes por razón de bien común*’. São, em essência, direitos relativos e, conseqüentemente, limitáveis. Essa possibilidade de limitação dos direitos fundamentais é recíproca, de modo que um direito pode, *in concreto*, limitar o exercício do outro”, conforme a advertência de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, buscando inspiração em HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, cf. *Controle judicial das omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p.223-4.

<sup>6</sup> Chegam a uma idêntica conclusão, ORLANDO GOMES, cf. *Novos temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.46; GUSTAVO TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.7; LUIZ EDSON FACHIN, cf. *Teoria*

Até mesmo porque o Código Civil não pode, em face de sua posição hierarquicamente inferior, promover, através de princípios estáveis, as necessidades do homem (pós)moderno. A Constituição da República, então, apresenta novos valores, informando e fundamentando as relações privadas, fincando, por conseguinte, as vigas de sustentação do sistema de direito privado, reunificando o sistema civilista.<sup>7</sup>

Não se pense, entretanto, que institutos do Direito Civil foram deslocados para o Direito Público, em atividade migratória. Não se trata disso. Apenas mereceram regulamentação em sede constitucional, sofrendo alteração em seu conteúdo.

“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 do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública 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 as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes”, conforme a lição de GUSTAVO TEPEDINO.<sup>8</sup> Na mesma direção, PERLINGIERI expõe: “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global... O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.”<sup>9</sup>

---

*Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.21 e ss.; e PIETRO PERLINGIERI, cf. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.4.

<sup>7</sup> As idéias sobre o tema, defendendo a interpretação constitucional de todos os institutos de Direito Civil, são coligidas, especialmente, de FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON, cf. *Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ªed., 2006, especialmente p. 23 e ss.

<sup>8</sup> TEPEDINO, GUSTAVO. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.7.

<sup>9</sup> PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.6.

Importante salientar que a constitucionalização do Direito Civil não implica em (simplesmente) estabelecer limites externos à atividade privada. Não se trata apenas disso. É muito mais. A Constituição Federal de 1988 impôs uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão de tê-los reformulado internamente, em seu conteúdo, em seu âmago.

Cuida-se, pois, de uma alteração na estrutura intrínseca dos institutos e conceitos fundamentais de Direito Civil, reoxigenando-os e determinando a necessidade de uma redefinição de seus contornos, à luz da nova tábua valorativa determinada pela Constituição-cidadã.

Em linha de coerência com o que se afirma, é de se perceber que a simples interpretação das normas civis (e, por conseguinte, a busca da solução para os seus problemas atuais) reclama adequação aos princípios constitucionais e à valorização existencial da pessoa humana. Exige-se uma interpretação afinada com o toque da *dignidade humana* e da *igualdade substancial*. Do contrário, haverá verdadeira negação da norma constitucional, subvertendo o sistema.

Assim, se determinada norma civil se apresenta em rota de colisão com os valores constitucionais, impõe-se o seu imediato afastamento, expurgada do sistema pela incompatibilidade com a Lei Maior – que é condição de validade para a admissibilidade de toda e qualquer norma.

Percebe-se, pois, que o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada, conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil, revitalizando-os, à luz de valores fundamentais aclamados como *garantias e direitos fundamentais do cidadão*.<sup>10</sup> Houve uma redefinição das categorias jurídicas fundamentais do Direito Civil, inclusive da propriedade, a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, particularmente da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), da *solidariedade social* (art. 3º, III) e da *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos.

Tomando como exemplo o direito de propriedade, vê-se que ao impor uma *função social à propriedade privada* (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III), o constituinte não está apenas limitando o

---

<sup>10</sup> TEPEDINO, GUSTAVO. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”, In *Studia Iuridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra editora, n.48, 2001, p.340.

exercício da (histórica) propriedade privada, talhada no liberalismo oitocentista, porém transcendendo as velhas idéias postas, exigindo uma nova compreensão da propriedade privada, a partir dos valores sociais e humanitários apresentados pela Constituição. Enfim, está afirmado, em sede constitucional, que o conteúdo da propriedade privada é a própria função social, não merecendo proteção a propriedade que não atender ao seu fundamento de validade estabelecido constitucionalmente.

#### **4. Noções gerais sobre a perda da propriedade pelo abandono**

O abandono da propriedade é o ato material pelo qual o proprietário se desfaz da coisa porque não quer mais ser seu dono. Ato distinto da renúncia, o abandono deve resultar de atos exteriores que atestem a manifesta intenção de abandonar, sendo insuficiente o mero desprezo físico pela coisa, se não acompanhado de sinais evidentes do ânimo de abdicar da propriedade.

Em palavras mais claras: o mero desuso não importa em abandono, sendo necessária a sua conjugação ao elemento psíquico, na perquirição do real interesse do titular de se desfazer da propriedade. Por tais razões, acaba se tornando redundante a primeira parte do art. 1.276 da Codificação ao qualificar como abandonado o imóvel cujo titular tenha a “intenção de não mais o conservar em seu patrimônio”.<sup>11</sup>

Nessa medida, é certo e incontroverso que o proprietário tem a prerrogativa de usar e fruir da coisa e nesta encontra-se compreendida a liberdade de não utilizá-la, como no comum exemplo do proprietário de uma casa de praia que apenas a visita em férias, uma ou duas vezes ao ano. Não há, aqui, de se cogitar de abandono e, por conseguinte, de perda da propriedade.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Nessa esteira, BEATRIZ AREÁN leciona que o abandono é um modo unilateral de perda da propriedade que não deve ser confundido com a falta de exercício. E expõe, em tradução livre: “como não existe um dever jurídico de manter o exercício mediante uma vigília permanente, o silêncio ou a inação não podem ser interpretados como uma expressão de vontade de abandonar. Por outra parte, sendo o abandono um fato excepcional, não se presume. Exige-se uma manifestação de vontade espontânea e clara, categórica, devendo ser interpretada restritivamente”, cf. *Derechos Reales*, Buenos Aires: Hammurabi, 6ªed., 2003, vol.1, p.370.

<sup>12</sup> O exemplo foi pinçado de nossa obra sobre os Direitos Reais, para onde se remete o leitor para maior aprofundamento do tema, FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.328 e ss..

Exatamente por isso, assiste razão a MARCO AURÉLIO VIANA quando assevera ser difícil precisar a intenção quando se cuida de bem imóvel, pois “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”.<sup>13</sup>

É de grande relevo destacar que, de acordo com a dicção do art. 1.276 do Código Civil, o imóvel abandonado poderá ser arrecadado, como bem vago, passando, após três anos, para a titularidade do Poder Público<sup>14</sup> municipal, ou do Distrito Federal, (quando situado em área urbana) ou federal (se localizado em zona rural).<sup>15</sup>

Convém sublinhar que o momento em que se consubstancia a perda da propriedade imobiliária pelo abandono com a sua constatação, tornando-se o imóvel *res nullius*,<sup>16</sup> até a sua eventual apropriação pelo Poder Público, após o decurso do prazo apontado em lei. Aliás, basta perceber que o próprio Código Civil é de clareza solar ao estabelecer como perda da propriedade o *abandono*, explicitando a sua intenção. Se assim não fosse, seria intuitivo que indicaria como causa de supressão da propriedade não o abandono, mas a “arrecadação do bem”.

---

<sup>13</sup> VIANA, MARCO AURÉLIO. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XVI, p. 201.

<sup>14</sup> Também o direito argentino prevê a possibilidade de arrecadação pelo Estado dos imóveis abandonados, conforme previsão do Código Civil portenho, art. 2.342, incisos 1º e 3º. A respeito do procedimento, veja-se BEATRIZ AREÁN, cf. *Derechos Reales*, Buenos Aires: Hammurabi, 6ªed., 2003, vol.1, p.371 e ss..

<sup>15</sup> Conquanto a regra *sub oculis* não esclareça, expressamente, se o critério para a aferição da propriedade como urbana ou rural é o da destinação ou da localização, em precisa interpretação, sintonizada com os institutos do usucapião (arts. 183 e 191 da CF/88) e da tributação (IPTU ou ITR), é possível afirmar, com tranqüilidade, que é a localização do imóvel o fato distintivo para determinar a atuação da União ou do município para o procedimento da referida arrecadação. Isto é, basta verificar se pelo plano diretor (ou pela lei municipal) o imóvel localiza-se na área urbana ou urbanizável. Naturalmente, será considerado rural por exclusão, quando não se tratar de imóvel urbano, hipótese em que a arrecadação caberá à União. Defendendo esse entendimento, veja-se FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.328-9.

<sup>16</sup> Outro não é o entendimento de SÍLVIO RODRIGUES, para quem “o imóvel abandonado permanecerá como coisa de ninguém, ainda que declarado vago ou ocupado por terceiro, durante um período de três anos, período esse expressamente contemplado pelo legislador quando, no dispositivo acima transcrito, determinou que o imóvel abandonado passará, três anos depois, ao domínio do Poder Público. Por conseguinte, enquanto não ocorrer o transcurso desse prazo, o prédio não fica sob a sujeição de quem quer que seja”, cf. *Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 27ªed., 2002, vol.5, p.176.



O abandono dispensa a formalidade do registro. No entanto, a eficácia da perda da propriedade perante a coletividade só poderá ocorrer quando a titularidade no Cartório de Imóveis for alterada pela inserção do nome de um novo proprietário. Ou seja, enquanto este momento não se consuma, “o abandono da propriedade não tem eficácia completa, *erga omnes*.”<sup>17</sup> Proprietário é para terceiros, quem consta do livro fundiário”.<sup>18</sup>

Não é despiciendo o registro de que, considerando não ser o mero decurso do tempo suficiente para transferir o bem abandonado ao domínio público (sendo indispensável proceder à arrecadação judicial), nada impedirá uma eventual aquisição originária por usucapião, através de um terceiro que estabeleça posse no imóvel, pelo tempo exigido por lei, aproveitando-se da desídia conjunta do proprietário e da pessoa jurídica de direito público, que só poderá interromper a prescrição aquisitiva após dar início ao processo de arrecadação. Ou seja, sendo a coisa ainda registrada em nome do particular, contra ele e os demais litisconsortes a ação será direcionada, eis que ainda não está a propriedade submetida à regra da imprescritibilidade dos bens públicos a que alude o art. 102 do Código Civil.<sup>19</sup>

Percebe-se, então, a importância de destacar que, em conformidade com o acertado *caput* do art. 1.276 da Lei Civil, a identificação do abandono (para fins de arrecadação pelo Estado) exige que o imóvel não se *encontre na posse de outrem*, tratando-se de louvável previsão legal, significando que não basta a demonstração de que o proprietário não mais deseja a coisa para si, pois a posse de terceiros sobre o bem é fator suficiente para conceder função social à propriedade e determinar a exclusão da pretensão à titularidade pelo Poder Público.<sup>20</sup>

## **5. A presunção de abandono no Código Civil pela falta de pagamento de tributos e a sua conexão com o largo alcance da função social da propriedade**

O Código Civil de 2002 implementou, no §2º do art. 1.276, uma turbulenta regra:

---

<sup>17</sup> A respeito dos efeitos *erga omnes* dos direitos reais, seja consentido remeter-se ao parecer da lavra do Professor ARRUDA ALVIM, cf. *Direito Privado*, São Paulo: RT, 2002, p.177-9.

<sup>18</sup> Nesse sentido, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, cf. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*, São Paulo: Saraiva, 23ªed., 1989, p. 169.

<sup>19</sup> Art. 102, CC: “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.”

<sup>20</sup> Com o mesmo entendimento, analisando com esmero e cuidado o dispositivo legal, MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO assegura não ser “interesse do Estado arrecadar para si imóveis abandonados. Para isso o ordenamento prevê a desapropriação. A finalidade da lei é que os bens não fiquem vagos, pois isso desinteressa à sociedade”, cf. *Novo Código Civil Anotado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, vol. V, p. 99.

Art. 1.276, §2º, Código Civil:

“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.”

Estabelece a Lei Civil, assim, uma presunção absoluta<sup>21</sup> de abandono do imóvel quando o proprietário associar ao desuso o inadimplemento de tributos reais, como os impostos prediais e territoriais e as taxas.

Sem dúvida, é facilmente perceptível o esforço do legislador em concretizar a função social da propriedade, relativizando a noção de sua perpetuidade. Merece, assim, aplausos pela tentativa.

De acordo com a regra codificada, a recusa do proprietário em satisfazer os ônus fiscais importará em demonstração objetiva do abandono, quando aliada à cessação dos atos de posse. Detectados, então, os dois requisitos, a arrecadação do bem pelo Estado será uma imposição, em nome da socialidade, não podendo o proprietário objetar-se em face da caracterização de uma verdadeira presunção absoluta de abandono.

Não é demais lembrar que dentre as garantias individuais, logo em seu art. 5º, XXIII, a Constituição da República impõe que toda propriedade atenda a uma função social. Não fosse suficiente, mais adiante, ao regulamentar a ordem econômica (art. 170, II e III),<sup>22</sup> o constituinte consagrou, dentre os seus princípios fundamentais, a propriedade privada e a função social da propriedade, explicitando a sua fundamental preocupação com o tema.

Como já tive oportunidade de assinalar, em outra sede, em companhia de ilustre civilista comprometido com um Direito mais próximo da realidade social do Brasil, esta ordem de inserção de princípios não é acidental, e sim intencional. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementaridade, como princípios da mesma hierarquia. Não se pode mais conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da

---

<sup>21</sup> Também entendendo que a presunção é absoluta, PAULO NADER, cf. *Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.206.

titularidade em razão do registro. A visão romanística, egoística e individualizada, sucumbiu face à evolução da humanidade. A Lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante que se exiba materialmente social, demonstrando merecimento e garantindo a sua perpetuidade e exclusividade. *A propriedade que não for legitimada pela função social será sancionada pelo sistema por diversas formas e intensidades.* E mais. Percebe-se que a proposital ênfase à dimensão axiológica da propriedade, evidenciada no art. 170, II e III, da CF/88, teve o escopo de confirmar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com a imprescindível conciliação da propriedade com a sua função social.<sup>23</sup>

Aliás, já não mais é momento de controverter acerca da repercussão da Constituição Federal nas relações privadas, porém a respeito da intensidade de tal intervenção. Com esse desiderato, o Código Civil, procurando adaptar-se ao comando constitucional, também abraçou a função social da propriedade como diretriz dos Direitos Reais, como se pode extrair da simples e ainda que perfunctória leitura do seu art. 1.228, §1º.<sup>24</sup>

Pois bem, buscando compreender as latitudes da função social da propriedade é mister lembrar que as feridas produzidas na humanidade, ao longo do século passado, repercutiram nas Constituições forjadas nos últimos 50 anos. O compromisso com a tutela da dignidade da pessoa humana e a valorização da solidariedade social e erradicação da pobreza, acarretou o prestígio dos direitos da personalidade, em detrimento da antiga preocupação patrimonialista. A primazia atribuída às situações existenciais pela *Lex Legum* é traduzida em extenso rol de direitos fundamentais e, nesse sistema, o indivíduo solitário, isolado em sua atividade econômica, é convertido na pessoa solidária que convive em sociedade e encontra nas necessidades do outro um claro limite à sua liberdade de atuação.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Art. 170, CF/88: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade”.

<sup>23</sup> FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.206.

<sup>24</sup> Art. 1.228, CC: “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. §1º *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*”

<sup>25</sup> Aplicando tais idéias no âmbito da propriedade, EUSÉBIO CARVALHO chega mesmo a afirmar que a propriedade mudou o seu caráter “patrimonialista” para uma percepção “personalista”, em texto digno de nota, cf. “Direito à propriedade. Do discurso à realidade”, In FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE (org.), *Leituras complementares de Direito Civil*, Salvador: JusPODIVM, 2007, p.278.

Essa mudança de paradigma provoca uma necessária conciliação entre os poderes e os deveres do proprietário, tendo em vista que a tutela da propriedade e dos poderes econômicos e jurídicos de seu titular passa a ser condicionada ao adimplemento de deveres sociais. O direito de propriedade, até então tido como um direito subjetivo na órbita patrimonial, passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, na qual se inserem obrigações positivas do proprietário perante a comunidade. Com a mesma perspectiva, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA reconhece que “bombardeado de todos os ângulos, o absolutismo do direito de propriedade cede lugar a uma nova concepção. A ordem jurídica reconhece que os bens não são dados ao homem para que levem a sua fruição até o ponto em que o seu exercício atente contra o bem comum”.<sup>26</sup>

Assim, a *função social* traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue em dimensão ético-social, na qual não prejudique interesses coletivos. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social. Busca-se, pois, paralisar o egoísmo do proprietário, com a prevalência de valores ligados à solidariedade social, a fim de que o exercício dos poderes dominiais seja guiado por uma conduta ética, pautada no respeito aos interesses metaindividuais que sejam dignos de tutela, e o acesso de todos a bens mínimos capazes de conferir-lhes uma vida digna.<sup>27</sup>

Penetrando na própria estrutura interna e substância do direito à propriedade privada, traduz-se em uma necessidade de atuação promocional pelo proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar a justiça social. Enquanto o proprietário do Estado Liberal agia nos limites impostos pela lei, segundo a máxima “posso fazer o que quiser, desde que não prejudique terceiros”, o proprietário dos tempos modernos sofre uma

---

<sup>26</sup> PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.71-2. Arremata o saudoso civilista das Alterosas, aduzindo que “não se compraz com as idéias dominantes neste começo de milênio, que o *dominus* tenha o poder de utilização e gozo da coisa sua, numa tal extensão, que chegue a sacrificar o direito alheio, ou, mais precisamente, o bem-estar da coletividade”.

<sup>27</sup> Nas palavras apropriadas de PIETRO PERLINGIERI, a função social “deve ser entendida não como uma intervenção em ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as atividades do titular”, cf. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.226.

remodelação em sua autonomia privada, considerando que deve fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não se prejudique.<sup>28</sup>

A previsão legal em apreço (art. 1.276, §2º, CC) inspira-se, sem dúvida, na materialização da função social da propriedade, pretendendo servir de limitação a uma utilização egoística, em respeito aos direitos fundamentais.<sup>29</sup>

Resta, entretanto, averiguar se os demais valores constitucionais também foram respeitados, de modo a que o dispositivo esteja em conformidade com o espírito constitucional como um todo. Até porque, conquanto a função social da propriedade seja um valor fundamental constitucional, não existem, como visto alhures, valores absolutos no sistema arquitetado pela Lei Maior, impondo-se a sua compreensão em harmonia com as demais garantias individuais e sociais constitucionais – o que poderá implicar em relativização de um dos valores para o prestígio de outro que, no caso concreto, se apresente mais proeminente.

Sendo assim, o dispositivo legal *sub occulis* reclama uma compreensão simétrica com outros princípios constitucionais, como o devido processo legal e a vedação de uso de tributo com natureza confiscatória.

## **6. A(s) inconstitucionalidade(s) do §2º do art. 1.276 do Código Civil**

Não há dúvidas quanto à preocupação do dispositivo codificado com a implementação da função social da propriedade. É evidente. Entrementes, a função social não pode pairar acima dos demais valores e garantias constitucionais, sendo imperiosa a harmonização da multicitada regra (contemplada no §2º do art. 1.276 da Lei Civil) com as latitudes constitucionais, em especial com as garantias fundamentais traçadas no Texto Maior.

É que a função social não pode implicar em arbitrariedades em detrimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que atinge a sua própria dignidade.

---

<sup>28</sup> FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE; ROSENVALD, NELSON. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.208.

<sup>29</sup> Tecendo referências elogiosas à norma, MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO chega a asseverar: “outra aplaudida previsão legal é a presunção absoluta de abandono da posse quando, cessados os atos possessórios, o proprietário deixar de cumprir com as obrigações fiscais”, cf. *Novo Código Civil Anotado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.106.

Sobreleva, assim, analisar a adequação da presunção absoluta de abandono da propriedade pela falta de pagamento de tributos com os valores sociais e garantistas da *Lex Legum*. Pois bem, volvendo a visão para a tábua axiomática constitucional, afigura-se imperativo atentar para algumas martirizações do Texto Magno. Veja-se.

### 6.1. Violação do devido processo legal

*Primus*, é de se observar que a legislação infraconstitucional não pode ofender o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).

Com nítida inspiração na *Magna Charta* de João Sem Terra, de 1215 (que também influenciou a Constituição norte-americana de 1787), proclama, com clareza meridiana, o Texto Constitucional que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV, do art. 5º, CF/88), estabelecendo a verdadeira gênese interpretativa de todos os direitos fundamentais.

Em percepção mais ampla, o *due process of law* é marcado, fundamentalmente, pelo trinômio *vida-liberdade-propriedade*,<sup>30</sup> consagrando uma tutela avançada e privilegiada desses bens jurídicos que foram reputados de proteção fundamental pelo constituinte e pelos estados democráticos de direito.

Embora uma visão perfunctória pudesse, indevidamente, dar outra conotação, não se pode represar o devido processo legal somente na seara processual. É certo e incontroverso que a cláusula *due process of law* traz consigo um inescondível sentido material, atuando direta e eficazmente sobre as relações de direito substancial,<sup>31</sup> inclusive no que tange ao Direito Civil. Pensar diferentemente, aliás, seria mesmo desfigurar a sua própria importância.

---

<sup>30</sup> A idéia é desenvolvida, com maior amplitude, por NELSON NERY JÚNIOR, cf. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: RT, 7ªed., 2002, p.35 e ss.. Chega mesmo a afirmar o citado processualista que “o prestígio do direito constitucional norte-americano tem como sua causa maior a interpretação da cláusula *due process* pela Suprema Corte. O tribunal não só vem interpretando o princípio de modo a fazer valer o que o espírito do constituinte pretendeu quando adotou a regra, como também a fazê-lo de forma analítica, ‘declarando’ que a corte decidiria dessa ou daquela maneira, se o problema fosse equacionado de outro modo”.

<sup>31</sup> No mesmo diapasão, releva fazer referência à obra de MANOEL JORGE E SILVA NETO, ao esclarecer que “sob ângulos distintos poderá ser entendida a cláusula do *due process of law*: genérico, que se biparte em material e processual. O devido processo legal, no sentido genérico, tutela os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, devendo-se entender neste sentido a previsão do art. 5º, LIV, da Constituição. No sentido material ou substancial (*substantive due process*), a cláusula versa a respeito dos direitos materiais e à sua proteção pro meio de processo judicial ou administrativo. No

Buscando, assim, a efetivação da cláusula que garante o devido processo legal nas relações de direito material privado, tem-se que ninguém poderá ser privado de seus bens (assim como de sua liberdade ou de sua vida) sem o respeito ao contraditório e sem a necessária e ampla defesa – desdobramentos naturais do *substantive due process*.

Via de conseqüência, ao mencionar no §2º do art. 1.276 que haverá uma presunção de abandono da propriedade decorrente do não pagamento de tributos sobre ela incidentes, o Código Civil está ferindo o devido processo legal, por não conceder qualquer oportunidade para o proprietário promover a sua defesa (mínima que fosse!) e justificar a sua inadimplência fiscal ou mesmo para que viesse a regularizar o pagamento. Aliás, também afronta o devido processo legal o fato de o proprietário estar proibido de provar em juízo que não teve a intenção do abandono, mas apenas passou por dificuldades econômicas, por exemplo.

É possível afirmar, então, que a privação da propriedade somente será possível com prévia formalização da ampla defesa e do contraditório. Julgando questão com essa mesma envergadura, já deliberou o Supremo Tribunal Federal:

“O postulado constitucional do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade. Ninguém será privado de 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 a 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)

---

sentido processual (*procedural due process*), tem o sentido de atribuir-se aos litigantes diversas garantias dentro da relação jurídica processual”, cf. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.533.

Ora, nessa ordem de idéia, é fácil perceber, lembrando a lição de CELSO RIBEIRO BASTOS, que, em concreto, 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, o que materializa o *substantive due process*.<sup>32</sup>

Por tudo isso, é natural anuir ao que dispara ADOLFO MAMORU NISHIYAMA, em texto dedicado à matéria, asseverando que o §2º do art. 1.276 da Codificação Civil é *inconstitucional*, porque “conforme disposição constitucional expressa, o indivíduo só poderá ser privado de seus bens com a observância do devido processo legal”.<sup>33-34</sup>

De fato, como admitir que alguém pode ser privado de sua titularidade sem que tenha oportunidade, sequer, de ter ciência da pretensão estatal e de poder se objetar ao que é alegado? Fácil, então, perceber a violação do devido processo legal, pelo caráter autoritário e despota do dispositivo legal.

Porém, a afronta ao Texto Maior não se restringe à violação ao devido processo legal.

## **6.2. Violação da regra de que somente a Constituição pode determinar a perda da propriedade sem indenização**

*Secundus*, é de se lembrar que somente a Constituição poderá criar hipóteses de perda da propriedade sem a devida retribuição.

Enquanto norma infraconstitucional, o Código Civil está sujeito à Constituição, devendo adequar-se às hipóteses de privação da propriedade tracejadas, com pincel garantista, pela Carta Maior de 1988.

Dessa maneira, considerando que os casos de perda ou restrição à propriedade privada estarão contempladas em sede constitucional, impõe-se à norma infraconstitucional adequar-se a

---

<sup>32</sup> BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 18ªed., 1997, p.207-13

<sup>33</sup> NISHIYAMA, ADOLFO MAMORU, “A inconstitucionalidade do art. 1.276 do novo Código Civil e a garantia do direito de propriedade”, In *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, n.18, abr./jun. de 2004, p.9.

<sup>34</sup> Com essa preocupação, inclusive, foi cimentado entendimento na Jornada de Direito Civil propondo que “a aplicação do art. 1.276 depende de devido processo legal em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não cessação da posse”.



esta realidade, somente podendo estampar limitações à titularidade de direitos reais de acordo com a Magna Carta.<sup>35</sup>

Com isso, percebe-se que estabelecendo hipótese nova de perda da propriedade, fugindo das diretrizes constitucionais, o art. 1.276, notadamente em seu §2º, está eivado de absoluta incompatibilidade com o Texto Constitucional, impondo-se que seja expurgado do sistema, por afrontar garantias individuais.

### 6.3. Violação à regra do não confisco

*Tertius*, há uma evidente afronta à norma do artigo 150, IV, da Constituição Federal que estabelece em candentes palavras ser vedado “*utilizar tributo com efeito de confisco*”.

Apesar da difícil conceituação do princípio do não-confisco,<sup>36</sup> é possível destrinchar, genericamente, o espírito dessa previsão constitucional, concluindo que a norma teve na tela da imaginação o propósito de reforçar a proteção da propriedade privada,<sup>37</sup> consagrando a impossibilidade do proprietário perder a sua titularidade (ou parte substancial dela) para o Poder Público sem uma indenização justa e correlata.

O não-confisco, assim, é dogma essencial (verdade fundante) do sistema tributário, necessário à sua perfeita compatibilização do direito de propriedade, também garantido constitucionalmente.<sup>38</sup>

Aliás, a proibição de confisco apresenta-se como indubitosa *valor* (leia-se *princípio*) constitucional, servindo como um limite objetivo para as normas infraconstitucionais, vinculando todo

---

<sup>35</sup> Com o mesmo sentido, veja-se o que sustenta ADOLFO MAMORU NISHIYAMA, ponderando que o preceito codificado é inconstitucional por inteiro, uma vez que a Constituição garante o direito de propriedade e assim “qualquer limitação à propriedade, principalmente no tocante à sua perda, deve estar de acordo com a Magna Carta”, cf. “A inconstitucionalidade do art. 1.276 do novo Código Civil e a garantia do direito de propriedade”, In *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, n.18, abr./jun. de 2004, p.9.

<sup>36</sup> Destacando a dificuldade em identificar objetivamente o princípio do não-confisco, veja-se a lição de FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT, observando que “o Texto Constitucional não oferece qualquer auxílio na penosa situação dos limites da tributação com efeito de confisco e, nem os juristas, nem o Legislativo, nem o Judiciário lograram até agora fornecer qualquer subsídio objetivo na sua identificação”, cf. *O princípio do não-confisco no Direito Tributário*, São Paulo: RT, 2006, p.89.

<sup>37</sup> Com esse entendimento, GEÍLSON SALOMÃO LEITE e FÁBIO ANDRADE MEDEIROS, cf. “Os princípios constitucionais e a atividade tributária do Estado”, In LEITE, GEORGE SALOMÃO (org.), cf. *Dos princípios constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.397.

o tecido legislativo brasileiro, inclusive, por óbvio, o Código Civil, que não poderá estabelecer regras atentatórias a ele. Convém destacar que, se assim não fosse, restaria esvaziada a intenção do constituinte, pois teria se restringido a fazer menção a uma garantia genérica do direito de propriedade, sem indicar uma ferramenta idônea e consistente para a promoção concreta e efetiva de tal direito.

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.

Funciona, assim, a vedação ao confisco com um papel promocional de valorização da propriedade, estabelecendo limitações objetivas ao Estado no sentido de não praticar condutas que, de algum modo, atentem contra a propriedade privada. Essa simples digressão é suficiente, certamente, para justificar a inconstitucionalidade da regra que permite ao Poder Público adquirir uma propriedade pela simples paralisação do pagamento de tributos aliada à cessação de posse. Sem dúvida, extrapola-se o limite estabelecido pelo não-confisco.<sup>39</sup>

Nesse diapasão, FÁBIO GRUN GOLDSCHMIDT, com total razão e peculiar senso expositivo, sustenta que é obrigação de todos (inclusive ao legislador civil!) “procurar atender à vontade do constituinte para outorgar mais e mais contornos de regra (de violação facilmente identificável) ao art. 150, IV, e com isso fazer viver com mais intensidade o valor por ele protegido”.<sup>40</sup> A partir dessa compreensão, sem dúvida, é fácil assegurar que, emprestando concretização (efetividade em linguagem bem hodierna) à vedação de utilização de tributo com efeito confiscatório, impõe-se que a norma infraconstitucional (inclusive a Lei Civil, repita-se à exaustão!) não se preste a violar a propriedade privada para satisfação de interesses fiscais, o que implicaria em desajuste do sistema

---

<sup>38</sup> GOLDSCHMIDT, FÁBIO BRUN, cf. *O princípio do não-confisco no Direito Tributário*, São Paulo: RT, 2006, p.89.

<sup>39</sup> Na jurisprudência argentina já se teve oportunidade de reconhecer que viola o não-confisco qualquer instrumento utilizado pelo Estado para privar a propriedade privada, sem a devida indenização. Afirmou a Corte Superior de Justiça – CSJN portenha: “la Corte manifiesta que no se puede admitir que por la vía del impuesto el Poder Publico o el Poder Legislativo venga a privar a los ciudadanos del derecho de propiedad. Em impuesto sería una especie de instrumento usado indirectamente para lograr el mismo fin de la confiscación de bienes, y la Corte expresa que el hecho de adoptar el instrumento fiscal no puede permitir tampoco al Congreso privar a los ciudadanos de sus derechos patrimoniales”, *apud* LEITE, GEÍLSON SALOMÃO; MEDEIROS, FÁBIO ANDRADE, cf. “Os princípios constitucionais e a atividade tributária do Estado”, In LEITE, GEORGE SALOMÃO (org.), cf. *Dos princípios constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.398.

econômico-social e atentado fundamentalista contra a Constituição Federal.<sup>41</sup> Por isso, não se pode deixar de perceber que o §2º do art. 1.276 do *Codex*, ao ultrapassar os confins da aceitabilidade jurídica, está em rota de colisão com o Texto Magno, pelo que se reclama o seu afastamento do sistema.

Por tudo isso, se uma determinada norma prevê a possibilidade de perda da propriedade pelo não pagamento de tributos é fácil inferir que ultrapassa o limite da razoabilidade e estabelece confisco, por via oblíqua. Nessa esteira, já reconheceu o Pretório Excelso:

*“(...)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 - considerado 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 2010-2/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.30.9.99, DJU 12.4.02, p.51)*

Em suma-síntese, ao estabelecer a possibilidade de perda da propriedade pela paralisação de pagamento de tributos o Código Civil afronta a Constituição Federal por estabelecer modalidade confiscatória indireta (não custa lembrar que a Lei Maior somente autoriza uma única hipótese de

---

<sup>40</sup> GOLDSCHMIDT, FÁBIO BRUN, cf. *O princípio do não-confisco no Direito Tributário*, São Paulo: RT, 2006, p.93.

<sup>41</sup> Já teve oportunidade de afirmar a nossa jurisprudência, em acórdão tão oportuno ao que é sustentado neste escrito, que “a vedação do confisco, muito embora seja de difícil conceituação no direito pátrio, em face da ausência de definição objetiva que possibilite aplicá-lo concretamente, deve ser estudado em consonância com o sistema sócio-econômico

confisco, no seu art. 243, dizendo respeito às glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, autorizando uma expropriação imediata sem qualquer indenização ao proprietário).

Também por esse motivo (violação do não-confisco), destarte, o §2º do art. 1.276 da Lei Civil tem de ser afastado do sistema normativo brasileiro.

#### **6.4. Violação ao princípio da razoabilidade**

Demais de tudo isso, o §2º do art. 1.276 da Lei Civil ofende, ainda, o princípio da razoabilidade – que consagra as idéias de *adequação* e *necessidade*, afastando-se da legalidade constitucional.

Através da razoabilidade,<sup>42</sup> não basta que o ato da Administração Pública tenha uma finalidade específica, é necessário que os meios empregados por ela sejam *adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trata de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária*. Trata-se de um verdadeiro equilíbrio de valores sociais.

O razoável é aquilo que se conforma com o equilíbrio. É o que se apresenta moderável, lógico, aceitável, sensato, enfim. Promove-se o bom senso, a justiça eqüitativa e o equilíbrio, conectando no ato da Administração Pública o efeito e a causa, de modo a não perder a plausibilidade entre um e outro, contrapondo-se ao capricho e à arbitrariedade do administrador. É a busca do prestígio da prudência e a realização de valores superiores propugnados em cada comunidade.<sup>43</sup>

---

*vigente, observando-se a proteção da propriedade em sua função social” (TRF-5ªRegião, Ac.2ªT., ApMS95.05.49273/PB, rel. Juiz José Delgado, j.20.6.95, DJU 4.8.95, p.48.734).*

<sup>42</sup> Sem dúvida, é antiqüíssimo o substrato teórico da razoabilidade, remontando mesmo a priscas eras, sendo possível lembrar a máxima aristotélica, segundo a qual o meio-termo e o justo é o proporcional. O padrão do justo residiria no equilíbrio das emoções e valores, até mesmo na fé, aproximando a idéia de proporcionalidade da própria ontologia do Direito. Para maior aprofundamento, veja-se FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, cf. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.71.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, cf. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.92.

Bem percebe PAULO BONAVIDES que a razoabilidade é mais fácil de ser compreendida do que de ser definida,<sup>44</sup> em face da inexatidão de seu conceito, não sendo possível aprisioná-la em meras teorias, pena de perder o seu verdadeiro sentido e alcance (elasticidade).

Buscando conferir concretude à razoabilidade sobreleva reconhecer que a sua grande e relevante missão é condicionar a discricionariedade estatal, obstando que se transmude em arbitrariedade. Trata-se de uma condicionante de causa e efeito nas condutas estatais, buscando o senso do que se mostra proporcional, equilibrado.<sup>45</sup>

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. Importante sublinhar que a função social da propriedade é valor de grande envergadura, mas deve ser aplicado em um estado democrático de Direito, sob pena de ter o seu conteúdo reduzido a um modo autoritário de destituição de titularidades em prol da vontade estatal.

Por oportuno, vale invocar o escólio de FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, destacando que embora seja utilizada, no mais das vezes, “para aferir a congruência das medidas estatais”, nada obsta, “muito pelo contrário, na realidade tudo indica, seu emprego (da razoabilidade) no âmbito do direito privado”, servindo de anteparo para os “direitos fundamentais, não apenas proibindo restrições descabidas, mas também impondo ações em benefício dos mesmos”.<sup>46</sup>

Ora, diante de tal argumentação, não é difícil notar que escapa à mais simples razoabilidade permitir ao Estado privar o titular de sua propriedade como conseqüência (verdadeira sanção) do simples inadimplemento fiscal (causa).<sup>47</sup> Não há, em verdade, justificativa para a correlação entre causa e efeito, impondo-se o afastamento da norma.

---

<sup>44</sup> BONAVIDES, PAULO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 9ªed., 2000, p.356.

<sup>45</sup> Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal firmou a sua jurisprudência: “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.” (STF, Ac.Tribunal Pleno, Adin2551/MG, rel. Min. Celso de Mello, j.2.4.03, DJU 20.4.06, p.5).

<sup>46</sup> OLIVEIRA, FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, cf. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.92.

<sup>47</sup> Em caso análogo, já asseverou a Suprema Corte: “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a

Até mesmo porque a privação da propriedade pela inadimplência fiscal não se amolda à necessidade e à adequação – necessárias à compreensão de cada norma jurídica e materializadoras da razoabilidade.

### **7. Notas conclusivas: a impossibilidade de salvação do §2º do art. 1.276 do Código Civil, impondo-se o reconhecimento de sua inconstitucionalidade para preservação dos valores constitucionais**

A propriedade é bem jurídico tutelado em sede constitucional, dentre as garantias individuais previstas no art. 5º, não podendo a legislação infraconstitucional conspirar para subtrair-lhe a tutela jurídica dispensada pela Lei Maior.

Assim, atentando frontalmente contra diferentes garantias constitucionais (o devido processo legal, a vedação à utilização de tributo como confisco, a razoabilidade normativa e a regra de que somente a Constituição poderá estabelecer hipóteses de privação da propriedade) o §2º do art. 1.276 do Código Civil padece de indubitosa inconstitucionalidade, ao estabelecer uma presunção absoluta de abandono da propriedade em razão da cessação do pagamento de tributos sobre ela instituídos – ainda que visando prestigiar a função social da propriedade.

E, lamentavelmente, não será possível aproveitar a citada norma, sequer em interpretação conforme a Constituição, tentando harmonizá-la. É que, ainda que se tente formalizar o devido processo legal, através de procedimento administrativo no qual fosse facultada ao proprietário ampla defesa e contraditório, ainda assim restariam ofendidos outros valores constitucionais, como a vedação à utilização de tributos com natureza confiscatória, o que impõe, de qualquer sorte, o reconhecimento da imprestabilidade da norma codificada, por estar em rota de colisão com as latitudes e longitudes constitucionais.

Não fossem suficientes (embora sejam!) os argumentos da inconstitucionalidade da norma, vale, ademais, apresentar uma ponderação de cunho sociológico. Com efeito, é de se atentar, também, para a crise econômico-social que assola o país. Não é difícil notar que muitos dos

---

invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e

inadimplentes fiscais deixam de pagar as suas obrigações tributárias por falta de condições, o que implicaria, não raro, em violação da própria subsistência ou de sua família. Tais inadimplentes, todavia, muita vez estão conferindo função social à sua propriedade, sem qualquer intenção de abandoná-la – o que serve, por igual, para demonstrar a incoerência do multicitado dispositivo legal.

Sem dúvida, exige-se de todo e qualquer proprietário (inclusive do Poder Público, o que poderá, de algum modo, levar à discussão acerca da imprescritibilidade das terras devolutas, por exemplo) o atendimento da função social, de onde deriva, dentre outros consectários, o respeito ao interesse comunitário (que poderá ser visto, também, pelo prisma do regular pagamento de tributos). No entanto, é preciso que as conseqüências práticas do descumprimento da função social estejam conciliadas com as garantias constitucionais do proprietário, como pessoa humana e como titular de patrimônio.

Trata-se, pois, de verdadeiro grito de alerta para apontar que o §2º do art. 1.276 do Código Civil é arbitrário e martiriza frontalmente garantias individuais previstas na Constituição da República, ao se preocupar exacerbadamente com a ordem tributária, em detrimento da pessoa humana e do titular de bens, além de não considerar o eventual cumprimento da função social da propriedade.

É que no entrecchoque entre diferentes valores constitucionais (no caso, a função social da propriedade e o devido processo legal, o não-confisco, a razoabilidade e não privação de titularidade sem previsão constitucional), deve ser prestigiada a solução que respeite, com maior amplitude, a dignidade humana e as garantias constitucionais, devendo ser repelida toda e qualquer norma infraconstitucional que se ponha em rota de colisão com tais idéias.

Por isso, propõe-se que, em concreto, por provocação do interessado, do Ministério Público ou mesmo *ex officio*, os juízes exerçam o controle difuso de constitucionalidade do malfadado dispositivo codificado,<sup>48</sup> expurgando do sistema todo e qualquer efeito que dele poderá decorrer. Não se pode, efetivamente, tolerar o autoritarismo do Poder Público em um estado democrático de Direito

---

principalmente, o espírito do dispositivo invocado.” (STF, RE 18.331, rel. Min. Orozimbo Nonato, 1953).

<sup>48</sup> Sobre o controle de constitucionalidade, seja feita menção à obra de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, explicando que no controle difuso “a questão constitucional consistente na inconstitucionalidade dos atos ou omissões do Estado, ostenta a natureza de questão prejudicial (pré=antes; judicial=de julgar), na medida em que deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes de julgar a própria controvérsia e para poder, até mesmo, resolvê-la definitivamente. É um antecedente lógico e uma *conditio sine qua non* da resolução do conflito”, cf. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Salvador: JusPODIVM, 2006, p.99.

e a situação exposta é de uma absurda incompatibilidade com os preceitos garantistas do Pacto Social de 1988.

A propriedade adquirida legalmente precisa estar protegida contra o arbítrio estatal, como projeção da própria dignidade humana, também reconhecida ao titular. E como lembrava a fina percepção de CHICO BUARQUE DE HOLLANDA, “*sou feliz e devo a Deus o meu éden tropical, orgulho dos meus pais e dos filhos meus, ninguém me tira nem por mal*”...

### Referências

AREÁN, Beatriz. *Derechos Reales*, Buenos Aires: Hammurabi, 6ªed., 2003, vol.1

ARONNE, Ricardo. “Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro – breve ensaio sobre a posse e sua natureza”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARRUDA ALVIM. *Direito Privado*, São Paulo: RT, 2002, vol. 1 (Coleção Estudos e Pareceres).

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 6ªed., 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 18ªed., 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 9ªed., 2000.

CARVALHO, Eusébio. “Direito à propriedade: do discurso à realidade”. In FARIAS, Cristiano Chaves de. *Leituras complementares de Direito Civil: o Direito Civil-Constitucional em concreto*, Salvador: JusPODIVM, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Salvador: JusPODIVM, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. “O Estatuto Constitucional da Proteção Possessória”. In FARIAS, Cristiano Chaves de. *Leituras complementares de Direito Civil: o Direito Civil-Constitucional em concreto*, Salvador: JusPODIVM, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ªed., 2006.
- FONTES, André Ricardo Cruz. “Limitações constitucionais ao direito de propriedade”. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. *O princípio do não-confisco no Direito Tributário*, São Paulo: RT, 2004.
- GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Novos temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GONDINHO, André Osório. “Função social da propriedade”. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos. “Declínio do individualismo e propriedade”. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- KRAMER, Eduardo. “Algumas anotações sobre os direitos reais no novo Código Civil”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- LEITE, Geílson Salomão; MEDEIROS, Fábio Andrade. “Os princípios constitucionais e a atividade tributária do Estado”. In LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, vol.V.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*, São Paulo: Saraiva, 23ªed., 1989.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol.4.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: RT, 7ªed., 2002.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. “A inconstitucionalidade do art. 1.276 do novo Código Civil e a garantia do direito de propriedade”. In *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, n.18, abr.-jun. de 2004.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 3ªed., 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 27ªed., 2002, vol. 5.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

\_\_\_\_\_. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”, In *Studia Iurídica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra editora, n.48, 2001

VARELA, Laura Beck. “Das propriedades à propriedade: construção de um direito”. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*, São Paulo: RT, 2002.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. “Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito”. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*, São Paulo: RT, 2002.

VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XVI.