

## Análise constitucional da presunção absoluta de abandono da propriedade imóvel no Código Civil Brasileiro

### Constitutional analysis of the absolute presumption of abandonment of immovable property in the Brazilian Civil Code

Luiz Nunes Filho<sup>1</sup>, Monnizia Pereira Nóbrega<sup>2</sup> e Danielle Ramos Mendes<sup>3</sup>

v. 8/ n. 2 (2020)  
Abril/Junho

Aceito para publicação em  
07/06/2020.

<sup>1</sup>Advogado e Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, luiznunes.alipb@gmail.com;

<sup>2</sup>Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Mestra em Sistemas Agroindustriais pela UFCG, monnizia@gmail.com;

<sup>3</sup>Professora dos Cursos de Pedagogia e Educação Física do Centro Universitário Planalto do Distrito Federal – UNIPLAN (Unidade de Patos-PB), Especialista em Psicopedagogia pelas Faculdades Integradas de Patos – FIP, daniellerm.prof@gmail.com.



<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP>

#### 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 método de procedimento o comparativo, propondo uma abordagem hipotético-dedutiva do tema, através da técnica de pesquisa indireta, investigando-se a 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, função social da propriedade, 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 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. A method of procedure the 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, social function of property, principle of reasonableness

## **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 conjuntura 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 (CF), 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 (CC) 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 do CC, 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. Desse 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 CC, 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.

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 CC 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?

Para que seja alcançado o objetivo relatado 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 método de procedimento far-se-á uso do método 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*.

Ante o exposto, e tendo em 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. Abandono presumido 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 CC, 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 do CC 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 negocio 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 (FARAIAS; ROSENVALD, 2010).

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 CC 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 arrecadado 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 asseveram Farias e Rosenvald (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 do CC, o faz a luz do Estado Democrático de Direito e, portanto, em respeito à ordem constitucional vigente.

### **3. Violação ao princípio do devido processo legal**

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, Augusto e Aquaroli (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, o 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”.

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 CC, 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.

Nessa 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 CC 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 (CONTINENTINO, 2010).

Conforme tratado anteriormente, 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 (STF) 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 [...]

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 CC, 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. 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.

Desse 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 CC 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 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 [...]

Por tudo isso, vê-se que o CC 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 da CF.

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 CC, 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.

## **5. 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 dessa 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 justa [...] 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 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 CC, 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 do CC 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.

Dessa maneira, 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 CC, 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.

## **6. Considerações Finais**

O estudo 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 CC 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.

Contudo, este estudo não exaure a necessidade por outros trabalhos que sigam este mesmo direcionamento, sugerindo-se que sejam realizadas pesquisas futuras que abordem outras possibilidades, diversas da razoabilidade, para sanar o conflito entre direitos fundamentais, ou entre estes e demais princípios constitucionais.

## **Referências**

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

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 20 de mai. 2020.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)> Acesso em 20 de mai. 2020.

\_\_\_\_\_. 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 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2010-2/DF – Distrito Federal. Realator: Ministro Celso de Melo. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdãos, 30 setembro 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 26 de mai. 2020.

CALCINI, Fábio Pallaretti. A Perda da Propriedade Imóvel por Débitos Fiscais no Novo Código Civil – Inconstitucionalidade. **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-inconstitucionalidade-do-artigo-1-276-2-do-codigo-civil-de-2002/32238/>> acesso em: 12 de mai. 2020.

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

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. **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.

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.