

Perda da propriedade para o estado

Edvaldo Brito*

Sumário: 1. O direito das coisas. 1.1. Posse. 1.2. Direitos reais. 1.2.1. Propriedade. 1.2.1.1. Noção. 1.2.1.2. Natureza: direito real. 1.2.1.3. Elementos. 2. Perda integrativa da propriedade e da posse

1. O direito das coisas

Pode-se definir *direito das coisas* como o regime jurídico da relação de domínio exercido pelo sujeito sobre os objetos.

A expressão exige explicação porque não é unívoca. Há quem a considere diversa da enunciação *direitos reais* e há quem as identifique; neste caso, por entender que ambas possuem “um conceito idêntico, como idênticos são os seus objetivos e a matéria de que se compõem”¹. A opinião exposta neste trabalho é pela diferença entre as expressões, até porque o direito positivo pátrio atual atina para isto.

O texto de 1916 do Código Civil brasileiro fugiu da polêmica, ainda que no bojo do *direito das coisas* tenha inserido a *posse* e os *direitos reais sobre coisas alheias*. Assim, denominou “*Do Direito das Coisas*” o Livro II de sua Parte Especial, distribuindo-o em três títulos: I – da posse; II – da propriedade; III – dos direitos reais sobre coisas alheias.

O texto de 2002 enfrenta a discussão, fazendo nítida opção pela distinção entre os dois enunciados. Eis que agasalha no Livro III da sua Parte Especial o título “*Dos Direitos Reais*” como uma espécie do gênero “*Direito das Coisas*”.

Nestes termos, não se poderá dizer que o conceito é idêntico, nem que os objetivos e a matéria de ambos são iguais, uma vez que a relação entre o sujeito

* Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor Emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo) – UPM. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia. Vice-Prefeito de Salvador-Bahia (2009-2012).

1 cf. Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, vol. VI, 2ª. ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 1962, p. 9.

e a coisa física, assim referida para designar o “direito das coisas”, não abrange todo o universo, se considerar que por “direitos reais” entende-se o regime do poder jurídico exercido pelo sujeito sobre o objeto oponível “*erga omnes*”.

A formulação legislativa brasileira mantém-se fiel ao sistema alemão. Embora se saiba que o Código Napoleão, o monumento de 1804, tem sido o que maior influência exerceu sobre a codificação surgida a partir do século XIX, aqui, prevalece o modelo alemão, também, nesse segmento da regência do domínio dos bens pelo sujeito.

O código dos franceses dedica dois Livros para a matéria: o II – “dos bens e das diferentes modificações da propriedade” e o III – “dos diferentes modos pelos quais se adquire a propriedade”. A posse está inserida nesse contexto, especialmente, quando, no Livro II, o capítulo III disciplina as relações dos bens com aqueles que os *possuem* e estabelece: “pode-se ter sobre os bens, quer um direito de propriedade, quer um simples direito de gozo, quer somente a pretensão a serviços prediais” e, desta forma, foge à discussão da posse como direito real ou não, ou àquela polêmica entre Savigny (a posse é um direito e um fato) e Ihering (a posse é um direito).

O código italiano de 1942 é outro exemplo de escapada do debate. O seu Livro Terceiro dispõe sobre a *propriedade* e inclui um título, o oitavo, para a *posse* definida como sendo o poder sobre a coisa que se manifesta em uma atividade correspondente ao exercício da *propriedade* ou de outro *direito real*; este listado como *superfície, enfiteuse, uso, habitação, servidão predial, penhor*.

A Espanha e a Bélgica seguem a França, até nas denominações das matérias. Cuba filia-se ao modelo, no seu código de 1987. O Código Civil suíço dedica o Livro Quarto aos *direitos reais*, o primeiro deles, a *propriedade*, em razão da qual outorga ao titular de uma coisa o direito de dispor livremente, nos limites da lei, reivindicando-a contra qualquer detentor sem direito e repelindo toda usurpação. Os demais *direitos reais*: as servidões e outras propriedades de bens de raiz.

A formulação legislativa portuguesa é similar da brasileira, porém, com sistematização própria. Sobretudo, ao definir a *posse*, textualmente, como o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de *propriedade* ou de outro *direito real*.

O Conselheiro Ribas² escreveu um curso de direito civil brasileiro antes da codificação de 1916 e ao ensinar sobre as “*cousas*” não toca na expressão

2 cf. Ribas, Dr. Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*, 4ª. ed. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1915, p.373 e segs.

direitos reais. Busca no Direito Romano a sua classificação e se utiliza do signo “*res*” para fazê-la baseado em Gaio e para alertar, com Paulo, que “*res*” é palavra mais ampla e compreende também as coisas que estão fora do patrimônio de alguém, concluindo com a diversidade de definições³ que não é unívoca a idéia que se liga à palavra coisa, uma das noções fundamentais do Direito.

Essa expressão lembra Serpa Lopes⁴, é do agrado de Savigny e é denominação relativamente recente, pois, o adjetivo *real* não existe na latinidade clássica, considerando-se que os antigos jamais a empregaram para designar o conjunto de direitos, modernamente chamados de *reais*.

O texto de 1916 fez opções e é bom que se dê a palavra ao seu melhor intérprete, autor do Projeto que nele se converteu, Clovis Bevilacqua⁵: “o livro II da parte especial do Código Civil ocupa-se do *direito das coisas* que é ‘o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes aos bens corpóreos’ (ENDEMANN, II, §1º) e ao direito autoral. Nele se compreendem a posse, a propriedade, os direitos reais sobre coisas alheias e a chamada propriedade literária, científica e artística”.

De então a esta parte, muitas pesquisas e reflexões acerca da realidade sócio-econômica superaram os preconceitos sobre o tema, inclusive acerca desse conteúdo. Orlando Gomes⁶, em 1976, na 5ª edição do seu livro “Direitos Reais” eliminou três capítulos intitulados direitos autorais, regime das minas e regime das águas, porque “o primeiro deles não pertence ao Direito das Coisas, se bem que estudada fosse nessa parte especial do Direito Civil porque sua disciplina legal se fazia nesse livro do Código Civil sob o título *Da propriedade literária, artística e científica*. Tende-se atualmente a classificar os direitos autorais entre os direitos de personalidade. De resto, regem-se agora por lei especial. A matéria dos capítulos seguintes emigrou para o território do Direito Público, não mais se justificando seu tratamento num compêndio de Direito Privado.”

As pesquisas e reflexões aludidas tiveram nesse ilustre civilista, ora homenageado pelo seu centenário de nascimento, o melhor arauto na sua pregação contrária à concepção da propriedade como um poder individualizado do homem sobre os bens assegurando ao titular o poder, também, sobre

3 “*cousa* é tudo quanto pode ser objeto de direitos, ou fazer parte do patrimônio de alguém, ou todo o objeto material susceptível de medida de valor” – cf. ob. cit. p. 374.

4 cf. ob. cit. p. 8.

5 cf. **Brasil**. *Leis, decretos, etc. Código Civil*. Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição histórica, 2v., Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975, p. 967.

6 cf. *Direitos reais*, 19ª. ed. – 6ª. tiragem, atualizada por Luiz Edson Fachin, prefácio da 6ª. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

outros homens. A propriedade tem uma função social, sobretudo, quando a organização dos bens ou dos serviços para finalidades econômicas passou a ser a fonte do poder econômico e, como resultado, a empresa, a nova categoria econômica, surgiu e se apresenta como o aspecto mais importante da engrenagem econômica⁷.

O ambiente, nessa evolução, promoveu a publicização do direito privado e a privatização do direito público, de modo que a ordem jurídica sofre os reflexos dessas mutações, mas, em processo de retroalimentação *conformadas*, agindo como instrumento necessário à realização delas. Certo que há uma tendência para exagerar esta função instrumental do Direito, cabendo ao jurista podá-la sem a imprudência de tentar reconduzir a realidade jurídica a modelo incompatível com os novos tempos⁸.

Por isso, até o objeto dos *direitos reais* deixou de ser apenas as coisas físicas para cogitar de outros bens, os incorpóreos; suas características absorvem, hoje, outros aspectos e se chega ao texto de 2002 com um conteúdo diverso daquele em que o legislador deixou ao livre pensamento do doutrinador a questão da natureza da *posse*, para alguns, um direito e, em sendo assim, um *direito real*, dada a sua posição no nosso Código Civil⁹.

O legislador brasileiro afinal, em 2002, assumiu uma sistematização: o *direito das coisas* é gênero. Suas espécies são: 1º a *posse*, 2º os *direitos reais*.

Consequentemente, entre nós, a *posse* não é um *direito real*, até porque não tem os caracteres desta categoria.

1.1. Posse

É conhecida a discussão entre Ihering e Savigny quanto a se a posse é somente um *direito* ou se é um *fato* e um *direito*.

Bevilaqua, com a autenticidade de autor do Projeto de que resultou o texto codificado de 1916, é peremptório na afirmação de que “o Código Civil brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de Ihering sobre a posse [...] segundo ela se manifesta nos *Fundamentos dos interditos* e no *Papel da vontade na posse*. [...] Nenhuma disposição idêntica à do art.485 se encontra, portanto, nas outras legislações, salvo no Cód.

7 cf. Gomes, Orlando. *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*. In. Revista Jurídica Interamericana, vol.5, nº 1, Enero-Junio, 1963, pp.123-136.

8 cf. Brito, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem estar social*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1982, p. 146.

9 cf. Serpa Lopes, ob. cit. p. 93.

Civ. peruano, ed. de 1936, art.824” e acrescenta que afastou, inteiramente, a construção de Savigny, por não corresponder à realidade dos fatos, nem à lógica do direito¹⁰.

O art.485 do texto de 1916 somente não é “*ipsis literis*” ao do art.1.196 do texto de 2002, por que neste suprimiu-se a palavra *domínio* que já tinha sido objeto dos reparos doutrinários quando a ela se acrescentou, no Senado, o vocábulo *propriedade*, sob os efeitos da discussão acerca da extensão da idéia de posse aos direitos pessoais. Agora, exclui-se a palavra *domínio* e se mantém, apenas, o signo *propriedade*.

Importante é dizer que se continua sob a influência de Ihering e com ele se deve afirmar que a *posse* é a exteriorização da *propriedade*, mesmo sendo a sua posição no Código antes desta, para agasalhar a discordância de Bevilacqua, com Ihering, no ponto, apenas, de sustentar que em muitos casos ela é uma transição momentânea que conduz à *propriedade*. Discordância, porém, não existe entre eles quanto aos elementos da posse: um sujeito, um objeto (a coisa) e uma relação de dominação entre esses dois elementos.

Esses elementos estão inseridos no art.1.204 do atual texto, pois, aí se configura um ato físico (*corpus*) que é um fato acompanhado de uma vontade determinada (*animus*), porque entre os poderes inerentes à propriedade está a sua exteriorização, a *posse*, isto é, o exercício legítimo de uma força sobre o objeto.

A *posse*, enfim, é uma espécie do “*Direito das Coisas*” distinguindo-se da outra, os *direitos reais*, por lhe faltarem as características essenciais destes, ainda que essas duas categorias estejam intimamente ligadas, mesmo que se encontrem *direitos reais* que não comportem *posse* como é o caso da *hipoteca*, na qual a *posse* da coisa hipotecada encontra-se com o devedor e não com o credor hipotecário titular desse *direito real de garantia*.

1.2. Direitos reais

A noção mais simples é a de que assim se entendem os direitos subjetivos cujo conteúdo é o da *faculdade* de gozo, uso, fruição e disposição do titular sobre o bem jurídico, exercida “*erga omnes*”, tal como o legislador estabelecer. Este bem pode ser um objeto corpóreo (móvel ou imóvel) ou incorpóreo.

Esta é a significação a que conduz a sistematização da matéria no texto de 2002 por tê-la mantido no campo do *direito das coisas*, ao lado da *posse*, superando, desse modo, as discussões doutrinárias.

10 cf. ob. cit. p.967 e segs.

Esse texto classifica-os como resultado da evolução a partir da raiz encontrada na *actio* do Direito Romano disposta como *personales actiones* que se projetavam sobre a pessoa do devedor e *actio in rem* que tinha como objeto as coisas físicas submetidas ao poder do titular. A idéia da classificação feita, hoje, pelo nosso Código veio, certamente, evoluindo dessas ações reais a partir da existência de um direito sobre um devedor (*obligatio*) e de um direito sobre a coisa (*jus in re*).

Mas, entre essas modalidades de ações surgiram outras situações que escapavam a elas como o *jus ad rem* e a obrigação *propter rem* que, enfim, são direitos e deveres de natureza real que saem de relações jurídicas que têm como objeto a coisa alheia.

A classificação do Código:

1. *jus in re propria*
 - 1.1. propriedade
2. *jura in re aliena*
 - 2.1. direitos reais de gozo
 - 2.1.1. superfície
 - 2.1.2. servidões
 - 2.1.3. usufruto
 - 2.1.4. uso
 - 2.1.5. habitação
 - 2.1.6. direito do promitente comprador do imóvel
 - 2.1.7. concessão de uso especial para fins de moradia
 - 2.1.8. concessão de direito real de uso
 - 2.2. direitos reais de garantia
 - 2.2.1. penhor
 - 2.2.2. hipoteca
 - 2.2.3. anticrese

Outras situações *reais* gravitam em torno do Código, como é o exemplo das limitações sobre bens reservas florestais e sobre concessão para exploração de jazidas minerais.

Por outro lado, o direito real de uso e a propriedade superficiária podem ser objeto de hipoteca e, portanto, inserem-se entre os direitos reais de garantia, limitada a duração ao período de tempo da concessão ou do direito de superfície, caso tenham sido transferidos por tempo determinado. A concessão é por ato administrativo, o objeto é somente imóvel da União e essas situações têm natureza jurídica de direito real de interesse social.

Os tipos indicados nos itens 2.1.7 e 2.1.8 foram incluídos por leis esparsas e, aqui, cabe a afirmação de que são situações “*numerus clausus*”, no sentido de que a fonte não pode ser a declaração de vontade, porque todas elas são “*ex-lege*”.

Há divergências, porém, insustentáveis, para admitir a tese do “*numerus apertus*”. Insustentáveis porque se conseguirem superar outros obstáculos, dois deles são intransponíveis: 1º - o efeito “*erga omnes*” que a autonomia da vontade não poderia estender a terceiros e 2º - a necessidade de observância de formalidades que somente a lei disciplina, como é o caso da publicidade dos atos de aquisição da propriedade imóvel¹¹. Efetivamente, só a lei pode criá-los tipificando-os e os tornando uma especialidade como coisa certa determinada.

Suas demais *características* são, além dessa *oponibilidade* “*erga omnes*”, da *tipicidade*, da *especialidade* e do “*numerus clausus*”, também: a) – o direito de *seqüela*, pois, o titular tem a faculdade de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha; b) – o direito de *preferência* consistente no vínculo real a que fica sujeito o bem dado em garantia (penhor, anticrese ou hipoteca), até o cumprimento da prestação objeto da obrigação; c) – o *abandono*, ou seja, a faculdade que tem o dono do prédio serviente de exonerar-se da prestação deixando a propriedade, total ou parcialmente, para o dono do prédio dominante; d) – a *posse* que é a forma de exteriorização do domínio.

1.2.1. Propriedade

1.2.1.1. Noção

1.2.1.2. Natureza: direito real

1.2.1.3. Elementos

A noção é a de um domínio exercido sobre a coisa, pelo seu titular, adquirido mediante cumprimento de solenidade legal, legitimando-o a usar, gozar, fruir e dispor dessa coisa, reivindicando-a de quem a detenha injustamente.

Pugliatti¹² define-a, com base no texto codificado italiano, como um direito real fundamental cujo conteúdo é a faculdade de gozo pleno e exclusivo da coisa por parte do proprietário com o limite, o ônus e a obrigação específica estabelecida pelo ordenamento jurídico.

11 cf. Serpa Lopes, ob. cit. p.34

12 cf. Pugliatti, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, p. 140.

Contudo, a propriedade não tem mais aquele caráter de *soberania* que, no Direito Romano, o dono da coisa exibia, considerando que, hoje, o sentido de uso do bem com *função social* limita muito os poderes que o “*dominus*” atribuía ao proprietário romano.

O regime jurídico que disciplina este domínio, o *direito de propriedade*, é conceituado por Orlando Gomes¹³ sob três critérios: o *sintético*, o *analítico* e o *descritivo*. “Sinteticamente, é de defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.”

Indubitavelmente, é o *direito real* por excelência. Por conseguinte, é portador de todos os *poderes* dessa categoria, ostentando-os como sendo os seus elementos constitutivos, ainda que a lei venha conformando-os, sobretudo mediante leis esparsas ou extravagantes, mas, ainda vale destacar que é um *direito complexo* porque as faculdades, de que se constitui, dão corpo a esses *poderes*, quais sejam: de gozar, usar, dispor e reivindicar a coisa sobre a qual os exerce; ou que é um *direito absoluto* porque, salvo as limitações legais, somente o titular tem o poder de deliberação sobre o destino do objeto, inclusive a de *abandoná-lo*, *perdendo* sobre ele o domínio.

Lembre-se, pelo exposto, Henri de Page, ao distinguir o *direito real* do *direito pessoal*, colocando acento no *modo de exercício* e, assim, explicitando bem esses *poderes*: enquanto o direito pessoal é exercido *com* a intervenção de outrem, o *direito real* exerce-se *sem* intervenção.

Relembre-se, por fim, que se a propriedade é um *direito real* ela tem dentre os seus caracteres a *posse*, considerando-se, sobretudo, que esta é a exteriorização daquela, tornando-se o mais exibido dos elementos discriminados linhas supra, isto quando, o domínio não estando fracionado, é o próprio titular que exerce todos os poderes inerentes à propriedade.

Mas, falou-se nas alinhas acima que o exercício do direito de propriedade sofre, hoje, restrições, o interesse coletivo. Contudo, é bom dar a palavra a Orlando Gomes para entender-se uma dessas restrições, qual seja a da *função social* a que alude a Constituição, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, o que condicionou o mestre a afastar-se das doutrinas que preconizam a *socialização* da propriedade, ao redigir o Anteprojeto de Código Civil entregue, em 31 de março de 1963, ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, João Mangabeira, cumprindo, assim, a tarefa de que foi incumbido.

13 cf. *Direitos reais*, ob. cit. p. 109

A “Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil”¹⁴, que ele redigiu, revela o seu pensamento na direção de que o *direito de propriedade* não é inviolável e sagrado porque o seu exercício condiciona-se ao bem comum, pois a detenção individual de qualquer parcela de riqueza só é legítima se é socialmente útil, mas, repita, sem *socialização* pela inconveniência da inconstitucionalidade em que incidira a adoção dessa doutrina, no Anteprojeto, preferindo seguir a *doutrina social da Igreja* plasmada nas encíclicas “*Mater et Magistra*” e “*Pacem in Terris*”, por ele consideradas como de excelente definição da significação social dada ao exercício desse direito.

Ingressando na seara, propriamente, jurídica, Orlando Gomes acentua que essa funcionalidade não deve, porém, ser levada a extremos para não implicar na negação do direito, face à sua natureza de um *direito subjetivo*, cujo lado passivo em uma relação jurídica é o *dever jurídico*.

Consequentemente, a subordinação do exercício desse direito aos interesses coletivos implica, lembra o nosso homenageado, em uma noção de *dever* e isto desnaturaria a de *direito subjetivo*. É assim que, no seu Anteprojeto, ele teve dificuldade de preparar o texto de positivação da *função social* da propriedade em termos jurídicos concretos, porque “a propriedade deixaria de ser um direito subjetivo pois o proprietário seria reduzido à condição de mero detentor da coisa para geri-la no interesse público”, por isso, o seu trabalho de codificação buscou uma significação capaz de preservar esse direito dessa contradição, dando-lhe um sentido funcional que não lhe elimina a essência, sem perder a instrumentalidade de uma cooperação social.

Essa dificuldade levou-lhe a Barassi¹⁵ em quem identificou duas formas jurídicas para a *função social* da propriedade: uma *positiva* e outra *negativa*. A primeira identificando nessa *função* uma instrumentalidade do domínio dos bens de produção e a segunda, um limite exterior à extensão dos poderes do proprietário.

A premissa de onde parte o mestre bahiano é a de que o sentido funcional que se empresta ao exercício desse direito leva à necessidade de distinguir as propriedades dos *bens de produção* daquela dos *bens de consumo* ou de *uso*, porque esse sentido somente se justifica quanto à propriedade dos primeiros, porque, quanto à dos segundo, ela permanece livre de restrições na sua aquisição e utilização, sempre admitidas para gozo individual.

14 cf. Gomes, Orlando. *Memória justificativa do anteprojeto de reforma do Código Civil*, Departamento de Imprensa Nacional, 1963, p.67 e segs.

15 cf. *La proprietà nel nuovo codice civile*, 2ª ed. p.82, cit. por Gomes, Orlando. *Memória* [...] ob. cit. p. 70 e segs.

A função, quando assume a forma *positiva*, revela a originalidade do novo conceito de propriedade, qual seja o do seu exercício sob a forma de *empresa* que é, assim, um instrumento do domínio desses *bens de produção*. O aspecto *negativo* evidencia-se mediante as limitações relativamente ao objeto e ao conteúdo do direito, fundamentando-se no interesse da segurança e da saúde públicas, da economia popular, da higiene, etc.

Essas investidas abalam, de qualquer modo, a natureza tradicional de *direito privado* de que goza o direito de propriedade, ora, sempre, sujeito à intervenção e cooperação do Estado, a ponto de sancionar o titular do domínio ocioso até com a sua perda.

2. Perda integrativa da propriedade e da posse

A perda da *posse* ocorre quando cessa o poder, inerente à propriedade, que alguém exercia sobre o bem. A *propriedade* cessa, dentre outras causas, obviamente, legais, pela alienação, renúncia, abandono, perecimento da coisa e por desapropriação.

A *alienação* e a *renúncia* são atos jurídicos que têm como fonte mediata uma declaração expressa de vontade, sempre do tipo *recepticia*. Esta é a razão de o legislador exigir a transcrição, no Registro de Imóveis, do título transmissivo ou do ato renunciativo para que possam gerar efeito.

O *perecimento da coisa* e a *desapropriação* são situações independentes de emissão de vontade seja na modalidade *declaração*, seja, na *manifestação*. Elas são exógenas porque decorrem de fatores externos.

Oertmann¹⁶, acompanhado por Orlando Gomes¹⁷ e, sempre, pelo autor¹⁸ deste estudo, classifica a emissão de vontade nas categorias *declaração de vontade* e *manifestação de vontade*. A primeira consiste na comunicação da vontade ao mundo exterior, vale dizer: dirigida a outrem com o propósito de gerar efeitos. A *manifestação* implica em uma atividade volitiva não dirigida a ninguém especificamente. Desta última, pode-se oferecer como exemplos a ocupação de

16 cf. Oertmann, Paul. *Introducción al derecho civil*. Trad. da 3ª ed. alemã por Luis Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S.A., 1933.

17 cf. *Direito privado* (novos aspectos). Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, p.143-144. Aqui, Orlando Gomes informa que esta distinção foi feita, pela primeira vez, por Manick, em 1907 e, daí por diante vem sendo acolhida como dado necessário à conceituação do negócio jurídico.

18 cf. Brito, Edvaldo. *Direito civil*. In: Ives Gandra Martins et al. (coordenadores). Manual de iniciação ao direito. São Paulo, Pioneira, 1999, p.180. Cf. Brito, Edvaldo. *A teoria do contrato e o contrato com pessoa a declarar no projeto de Código Civil*. Tese de concurso para professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2001, p.15-18

“*res nullius*” e a derrelição de uma coisa, a “*res derelicta*”. Esta, por sua vez, ainda que possa vir a exprimir uma intenção de *renúncia*, com ela não se confunde porque na derrelição há necessidade, apenas, de que fique demonstrado o propósito, pelo possuidor ou por quem tenha qualquer poder inerente à propriedade da coisa, de que não a quer mais para si. A *renúncia*, repita-se por necessário, exige não a intenção, mas, a *declaração de vontade*, em regra, *recepticia*.

O *abandono* ou derrelição, sempre foi causa de perda da propriedade e, por via de consequência, a da posse para o proprietário que consolida, em si, todos os poderes inerentes a ela.

Ribas, antes da codificação do direito civil brasileiro, no seu curso¹⁹, fala das *coisas sem dono* e ensina que, em relação ao direito de propriedade, as coisas classificam-se em duas grandes categorias: aquelas que não estão sujeitas a este direito ou não pertencem a pessoa alguma, *res nullius*, e as que lhe estão sujeitas ou pertencem a pessoa determinada, *res alicujus*.

Ele inclui na primeira categoria as coisas que, tendo sido apropriadas, foram depois voluntariamente abandonadas pelo seu dono, é a *res pro derelicto* que, somente, assim se caracteriza se o proprietário não quiser mais que ela continue a ser sua ou se ele abrir mão dela. Basta, ao nosso ver, que haja *manifestação da vontade*, que serve de prova do propósito de que não quer mais a coisa para si – *ut id in numero rerum suarum esse nolit* – mediante um comportamento puro e simples em que “o agente provoca o efeito jurídico, obtendo sua produção, sem que, para esse fim, seja necessário o conhecimento por parte de outra pessoa. Falta, como esclarece Oertmann, tanto o fator material dirigido a declarar, a dar a conhecer uma determinada vontade, como a vontade de fazer essa declaração²⁰”.

Naquele tempo, anterior à codificação, no qual, à falta de legislação pátria expressa regendo a matéria, Ribas propunha a aplicação do Direito Romano e havia quem sustentasse a necessidade de termo judicial.

Modernamente, sobretudo, a partir de quando se dá à *propriedade* uma *função social*, os tempos são outros. Os *bens vagos*, isto é, aqueles em relação aos quais não há senhorio certo, são regulados pelo legislador que lhes dá a descrição de como apropriá-los sem necessidade de formalidades, inclusive a da intervenção judicial, salvo, obviamente, para coibir ofensa a direito.

Se os bens classificam-se, quanto à propriedade em públicos e privados, conforme os donos sejam, respectivamente, as pessoas jurídicas de direito

19 cf. ob. cit., p. 416 e segs.

20 cf. Gomes, Orlando. Ob. cit. na nota de rodapé 17.

público interno ou os particulares, então, de longe já a categoria dos bens públicos abrangia os bens da coroa e os do Estado, também chamados de gerais ou de nacionais, para incluir entre estes os *bens vagos* cujos seguintes exemplos são sempre submetidos a uma lista variável no tempo, conforme as circunstâncias da vida moderna: a) – os móveis e os *de raiz* a que não é achado senhorio certo; b) – as heranças vacantes, ou sejam as que não têm sucessores, isto é, nem testamentários nem herdeiros legítimos; c) – os bens do evento achados no município como gado e quaisquer outros animais achados sem se saber quem é o dono; d) – os navios e seus carregamentos pertencentes ao inimigo ou a piratas naufragados nas costa do Brasil.

Os *bens de raiz* são os *vincta fixaque*: o solo ou aqueles que a ele se fixam de modo perpétuo porque dele não se podem mover sem que se pereçam ou deteriorem. Portanto, neles não se incluem os imóveis por efeitos legais.

A legislação pertinente, das Ordenações do Reino aos Regimentos e Alvarás, dispôs sobre esses bens, antes da codificação, atribuindo a *arrecadação*, no que coubesse, ao juiz de paz ou ao inspetor de quartirão, ao juiz de órfãos, aos provedores de resíduos.

O texto codificado de 1916 revogou todos esses atos normativos e estabeleceu no seu art.589, *caput* e §2º, que se *arrecadaria* o imóvel *abandonado*, como *bem vago*, que passaria ao domínio do Estado federado, do Território ou do Distrito Federal se achasse nas respectivas circunscrições, nessa *derrelição* por dez ou por três anos depois se fosse localizado, respectivamente, na zona urbana ou na zona rural. O Município e a União estavam excluídos.

O texto de 2002 inova, seja porque exclui o Estado federado e o Território, substituindo-os pelo o Município; seja porque estabelece uma *presunção absoluta* de *derrelição* por causa tributária; seja porque diminui o prazo para a *arrecadação*; seja porque o imóvel rural será *arrecadado* para a União, a qual estava fora do contexto.

O proprietário que *abandona* o imóvel *perde* o domínio e o *arrecadador* legítimo adquire-o.

O adquirente *arrecada*-o “*ipso jure*”, uma vez implementados os requisitos: a) – ser o bem imóvel, urbano para o Município ou para o Distrito Federal, nos seus respectivos territórios, rural para a União; b) – abandono pelo dono e inexistência de posse de outrem; c) – prazo, para a hipótese de a causa não ser tributária.

Pode-se, assim, afirmar que a situação é similar nos dois textos, porém, os elementos constitutivos não são iguais, como se verá linhas abaixo.

Além da modificação quanto ao adquirente, em razão da localização na zona rural ou na urbana, também, o prazo passou de dez e de três anos para, exclusivamente, o de três anos.

O abandono tem de ser resultado de uma *manifestação de vontade* evidenciada pelo propósito de que o dono não quer mais a coisa para si. É um comportamento puro, tácito e sua eficácia independe de *transcrição*, firmando-se, simplesmente, no fato de haver saído a coisa da posse física de seu proprietário²¹ com o propósito acima referido.

Há a novidade da *presunção*.

Primeiramente, deve definir-se cada qual das duas categorias — *presunção* e *ficção* — dado que existe quem as iguale conceitualmente; *segundo*, há de perquirir-se se o legislador infra-constitucional da norma de conteúdo civil pode, *a torto e a direito*, fazer *presunções* ou formular *ficções* diante do *tipo* de propriedade desenhado pelo direito, modelada pelo legislador da Constituição.

Aqui, entende-se distinguirem, entre si, as duas categorias. Entende-se por *presunção* a técnica utilizada na Ciência do Direito “*stricto sensu*”, pela qual, elabora-se uma situação jurídica a partir de uma premissa correspondente a um episódio, efetivamente, ocorrido e, em conseqüência, construindo uma conclusão, ainda que esta conclusão não se tenha, *realmente*, realizado, mas, considera-se como se tivesse, *realmente*, ocorrido.

É essa circunstância, a da não realização da conclusão, que aproxima a *presunção* da *ficção*. Contudo, não se confundem, porque a *ficção* consiste na adoção de um regime jurídico próprio de uma situação real, para disciplinar uma outra que se imagina ter propriedades idênticas.

A *presunção* pode ser feita pelo legislador e pelo intérprete. A *ficção* somente por aquele. Chama-se “*praesumptio hominis*” ou simples a *presunção* feita pelo intérprete. Enquanto a *legal* classifica-se em absoluta, relativa e mista. *Absoluta* é “*jure et de jure*” porque ao ser formulada o legislador não admite prova em contrário²². É “*juris tantum*” a *relativa*, porque admite a prova em contrário, qualquer que seja ela²³. A *mista* é assim chamada porque, inicial-

21 cf. Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 2.

22 Exemplo: art. 163 do Código Civil – “presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”.

23 Exemplo: art. 1.231 do Código Civil – “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Art. 204 do Código Tributário Nacional – “a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.” Parágrafo Único – “a presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite”

mente, a descrição da situação não admite prova em contrário, aproximando-a da absoluta; porém, ao desenvolver-se essa descrição indica uma espécie específica de prova que poderá ser produzida em contrário, circunstância que a assemelha à relativa. O Código Civil, antes do novo texto, o de 2002, tinha um exemplo na seqüência dos arts.338, 339 e 340.

A Constituição submete o *direito de propriedade à função social* sob a sua forma jurídica antes identificada como *negativa*, isto é, um *limite* exterior à extensão dos poderes do proprietário, porque garante esse direito, dando-lhe a qualidade de *direito subjetivo público*, mas, determina o seu conteúdo, mediante *limitações*, como: o domínio das coisas, mesmo o das móveis, tem de atender a essa *função social*; tem de submeter-se ao procedimento administrativo que a lei estabelecer para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social; o seu uso pode ser feito pela autoridade competente, no caso de iminente perigo público; libera da penhora, por dívida decorrente de sua atividade produtiva, a pequena propriedade rural trabalhada pela família; protege o direito autoral outorgando-o, exclusivamente, ao titular e aos herdeiros, mas, pelo tempo fixado em lei; determina que a organização da economia observe esta função como um dos seus *princípios*, reprimindo o abuso do poder econômico.

Consequentemente, se o legislador infraconstitucional da norma de conteúdo civil não pode, a *torto e a direito*, fazer *presunções* ou formular *ficções* diante do *tipo* de propriedade desenhado pelo direito, tal como modelada pelo legislador da Constituição, terá de, dentro desse modelo da Lei Maior do sistema jurídico, utilizar-se de todo o mecanismo da Ciência do Direito “*stricto sensu*”, inclusive das *presunções e ficções* cabíveis nessa modelagem.

Lembre-se, com Perlingieri²⁴, que as normas expressas na Constituição estão em posição de supremacia em relação às infraconstitucionais, como o são as do Direito Civil. Há, no sistema jurídico, a preeminência da Constituição. Já Orlando Gomes²⁵, afinado com a “renovação dos estudos privatísticos através da influência da Constituição sobre o “Direito Civil”²⁶, anunciou que o seu Anteprojeto de Código Civil, conservando a propriedade privada dos bens de produção, não admite que o proprietário exerça o seu direito sem lhe dar significação social e sem sofrer limitações. A redação que deu ao art.359, com um invejável poder de síntese, diz que “o proprietário não pode exercer o seu direito em desacordo com o fim econômico e social para o qual é protegido”.

24 cf. Perlingieri, Pietro. *Perfis de direito civil*, 2ª. ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002

25 cf. – Memória [...] cit. na nota de rodapé 14, p. 67.

26 cf. prefácio à obra citada de Perlingiero.

Nesse mesmo estilo sintético, ele escreveu, à guisa do *abandono*, um texto para os arts. 459 e 460 do seu Anteprojeto, e com eles se refere ao *abandono de coisa móvel* e ao da *coisa imóvel*, prevendo a perda da propriedade destas e, se se tratasse de imóvel, a sua arrecadação para o Município, definindo o abandono deste como sendo o fato de o proprietário deixar deserto esse tipo de bem, por cinco anos consecutivos, em desatenção à sua finalidade econômica ou social.

Enfim, volte-se à falada *presunção legal absoluta* do §2º do art.1.276 do texto de 2002 que, como dito, é uma inovação no sentido de que assim se entende quando há existência da intenção de o proprietário não mais conservar o imóvel em seu patrimônio, pois, cessados os atos de posse, deixa de satisfazer os ônus fiscais.

Destaquem-se na norma os seguintes elementos: a) – o imóvel urbano poderá ser arrecadado e passar à propriedade, *sempre*, do Município ou do Distrito Federal, conforme se ache nas respectivas circunscrições, porque a União somente terá o imóvel se ele for rural; b) – o imóvel passa ao novo dono porque é considerado bem *vago*; c) – o imóvel terá, portanto, de ser *abandonado* pelo titular de seu domínio, assim entendido como aquele em relação ao qual há a intenção de não mais conservar o imóvel no seu patrimônio de proprietário; d) – cessação dos atos de posse; e) – não satisfação dos ônus fiscais.

A *intenção de não mais conservar o imóvel no seu patrimônio de proprietário* – revela-se, como visto antes, por uma *manifestação de vontade* evidenciada pelo propósito de que o dono não quer mais a coisa para si. É um comportamento puro, tácito e sua eficácia independe de *transcrição*, firmando-se, simplesmente, no fato de haver saído a coisa da posse física de seu proprietário²⁷ com o propósito acima referido.

A *cessação dos atos de posse* tem várias causas que podem ser resumidas no fato de o dono perder algum dos poderes inerentes à propriedade, resultante do seu deliberado não *uso*, ou da não percepção dos respectivos *frutos*, ou do não *gozo* dos direitos de proprietário como a realização de obras de conservação do bem e como o exercício do seu direito em desacordo com o fim econômico e social para o qual é protegido. Por conseguinte, cessam os atos de posse quando o seu detentor tem o comportamento puro de quem não quer dispor fisicamente da coisa, sobretudo, deixando de exercer sobre ela o poder e fato.

A *não satisfação dos ônus fiscais* consiste no não cumprimento de qualquer prestação pecuniária compulsória correspondente a um dos tributos imobiliários: impostos, taxas ou contribuições que tenham o imóvel ou um dos

27 cf. Silva, De Plácido e. Ob. cit. na nota de rodapé 21, p. 2.

seus consecutórios como elemento material da hipótese de fato gerador, seja o proprietário o sujeito passivo direto da obrigação tributária – o *contribuinte* – seja ele o indireto – o *responsável tributário*.

A Constituição arrola esses tributos: I) – imposto sobre a propriedade territorial rural; II) – imposto sobre a transmissão *causa mortis* e sobre a doação de bem imóvel e de direitos a ele pertinentes; III) – imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física; sobre a transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; sobre a cessão de direitos à aquisição de bens imóveis; IV) – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.

A competência tributária é, aqui, diversa, pois, constitucionalmente, são diferentes os sujeitos ativos da obrigação tributária nascida dos elementos materiais descritos: a *União*, em relação à incidência sobre a propriedade territorial rural; o *Estado* federado, à incidência sobre o negócio jurídico de transmissão *causa mortis* da propriedade e sobre a transmissão por doação, portanto, entre nós, um ato *inter vivos* de natureza não-onerosa; o *Município*, à incidência sobre a transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, da propriedade; sobre direitos reais relativos a imóveis; sobre a cessão de direitos à aquisição desses bens; à incidência sobre a propriedade predial e territorial urbana.

Apesar dessa diversidade de atribuições está legitimado o Município para arrecadar o imóvel pertencente ao inadimplente sujeito passivo seja qual for, dentre esses, o sujeito ativo da respectiva obrigação tributária, uma vez que a lei civil estabelece uma regra genérica: “*deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais*”.

A generalidade dessa regra somente não legitima a *arrecadação* do imóvel se o tributo for estranho ao elemento material supra identificado, v.g. a inadimplência de seu proprietário quanto a ônus fiscais referentes a tributos sobre renda, ou sobre a produção e circulação de bens.

A inteligência desse dispositivo codificado, no sentido tomado, aqui, pode ser tirada, também, dos Anais do Congresso, quando se discutiram, no Senado Federal²⁸, as emendas nºs 142 e 143 ao critério transformado na norma jurídica, sob comento, e se colhe que de argumentos como: “*a proposta deve ser rejeitada. As razões dessa necessária rejeição já estão explicitadas em diversos momentos desse documento. Em suma, a alegada ‘garantia’ não pode estar acima do princípio constitucional da função social*”; ou “*o projeto estabelece como presunção absoluta a intenção de abandono, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. À luz do*

28 cf. *O projeto de Código Civil no senado federal*. 2v, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 317.

entender do proponente, essa disposição deve ser eliminada, porque a Fazenda Pública já tem à sua disposição todos os meios coercitivos para exigir o pagamento dos tributos, podendo inclusive, fazer incidir a execução sobre o próprio imóvel devedor”.

Assim, a inteligência do dispositivo, ora comentado, é esta, aqui, veiculada, porque seguiu vitoriosa a regra, sob a alegação de que a sua manutenção no texto do Código Civil representa “*uma sanção legítima ao proprietário ausenteísta. Além disso, confere eficácia hoje inexistente à ausência de cumprimento das obrigações fiscais*”.

Consequentemente, houve oportunidade no Congresso Nacional de rejeição da norma, por vários argumentos, mas, prevaleceu a forma *integrativa* do sistema de direito positivo, de modo a que as normas “*stricto sensu*”, pela sua própria natureza, sobre a aquisição e a perda da propriedade do imóvel urbano têm guarida no estatuto civil que, em tais termos, legitima o Município para arrecadar o imóvel urbano localizado no seu respectivo território, seja qual for a obrigação tributária, dentre as citadas acima, na qual haja a inadimplência da respectiva prestação pecuniária compulsória e, se o titular do recebimento desta prestação for, pela competência tributária, a União ou o Estado federado, caber-lhes-á, respectivamente, a sua execução coativa, mediante a ação judicial própria.

Cabe a pergunta: e se o inadimplente vier a cumprir a dita prestação poderá entrar na sua posse, novamente?

A resposta implica, também, estudar a inteligência da norma. Procedeu-se, assim, aqui, para lembrar que clássicos como Bevilacqua²⁹ e Lafayette, para os quais o abandono da coisa imóvel não se presumiria e, portanto, teria de resultar de atos que o indicassem de modo positivo, por isso, o abandono somente estaria consumado no fim do tempo estipulado, porque no período o poder público teria, apenas, uma expectativa de direito e o proprietário teria um prazo para que se pudesse arrepender.

Indubitável que, tendo o §2º do art.1.276 feito a sua integração com o *caput*, somente para definir a intenção, então, não será necessário o prazo de três anos ali estipulado para que o imóvel de *abandono presumido* seja considerado *vago* e, por isso, havendo a inadimplência definitiva, portanto, irrecuperável, por força da existência dos elementos constitutivos desse tipo *abandono*, ele entrará para o domínio do poder público, porque esse dispositivo elegeu como pressuposto da *presunção*, tomado do *caput*, apenas, a *intenção* ali referida, qual seja a *intenção* de não mais conservar o imóvel em seu patrimônio.

29 cf. ob. cit. na nota de rodapé 5, p.1062, na qual faz referência a Lafayette.

Não haverá, desta forma, como entrar, novamente, na posse do bem tornado *vago*, ainda que cumpra a dita prestação, diante do fato de aqui se tratar de uma *sanção*, assim, aplicada ao proprietário absenteísta. Esta *sanção* não se confunde com o efeito do não cumprimento da prestação pecuniária compulsória, o tributo, que não é *sanção* por ato ilícito tal como dispõe o Código Tributário Nacional.

Por fim, reitera-se que essa inovação não se compadece com a opinião dos praxistas noticiada por Ribas³⁰ de que essa deserção de um prédio, entendida como abandono, somente teria lugar por termo judicial. Esta afirmação, naquele tempo, poderia ter cabimento em face da lacuna legislativa, tanto que esse autor sugeria a colmatação mediante a utilização do Direito Romano. O abandono presumido, tal como se encontra nesse §2º, opera-se com a *auto-executoriedade* dos procedimentos administrativos e somente terá submissão à *função jurisdicional* se resultar em lesão ou em ameaça a direito subjetivo do proprietário, por inconformidade com os elementos constitutivos da categoria jurídica objeto deste estudo.

30 - cf. ob. cit. na nota de rodapé nº, p.423 e 425.