

INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 4º E 5º DO ART. 1228 DO CÓDIGO CIVIL

Alúcio Augusto Ribeiro¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo o estudo da constitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil brasileiro, em confronto aos comandos constitucionais do direito à propriedade e à indenização quando for a propriedade desapropriada por força de ato legal emanado do Poder Público, nos termos de desapropriação por interesse público.

Palavras-chave: Direito à propriedade. Aquisição originária. Usucapião. Desapropriação por utilidade pública. Inconstitucionalidade. Art. 1228 do Código Civil.

¹ Graduado em Engenharia Química pela Universidade Federal do Ceará – UFC

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC

Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Entre Rios do Piauí – FAERPI

e-mail: aluisioaugustoribeiro@ibest.com.br

1. Objetivo

O presente trabalho tem por objetivo fomentar a discussão sobre a inconstitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil brasileiro à luz dos preceitos constitucionais da garantia da propriedade, bem como dos comandos constitucionais que tratam da possibilidade da perda da propriedade pela aquisição originária – usucapião, em suas diferentes formas.

Para alcançá-lo, inicialmente, faz-se necessária uma análise conceitual dos institutos da usucapião e da desapropriação, para, ao final, concluirmos sobre o que persegue os dispositivos ora questionados da Lei Civil.

2. Introdução

O direito à propriedade é garantido pela Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 5º, *caput* e inciso XXII, ressalvando-se o atendimento de sua função social, podendo o proprietário ser dela privado nos casos expressamente previstos, mormente por meio da desapropriação e da usucapião.

Existem também diversas formas de aquisição e perda de propriedade, como exemplo a expropriação de glebas nas quais se localizam culturas ilegais de plantas psicotrópicas, porém, limitaremos o nosso estudo aos comandos da CF/88 e às leis especiais que também tratam da desapropriação e da usucapião.

De uma forma geral, os dispositivos constitucionais relativos à propriedade são:

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

[...]

XXII – **é garantido o direito de propriedade**;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, **mediante justa e prévia indenização em dinheiro**, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

II – Desapropriação;

[...]

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[...]

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

[...]

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, **mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária**, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

[...]

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

[...]

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

Para melhor entendimento da questão sobre a usucapião, necessária a conceituação de propriedade e de domínio: A propriedade pode ser compreendida como uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas, e o domínio como sendo a relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder de seu titular, através do exercício das faculdades de uso, gozo e disposição.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenvald²:

“A propriedade é um direito *complexo*, que se instrumentaliza pelo domínio. Este, como substância econômica de propriedade, possibilita ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de *usar, gozar, dispor e reivindicar* a coisa que lhe serve de objeto (art. 1.228 do CC).” (p. 262/263).

E, ainda, outro importante conceito é o da posse, que, segundo a teoria objetiva de Ihering, adotada pelo ordenamento brasileiro, é o mero exercício da propriedade. A posse seria o poder de fato e a propriedade o poder de direito sobre a coisa. Segundo o art. 1.196 do CC, considerar-se-á possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

O atual Código Civil enumera a usucapião como modo originário de aquisição de propriedade imóvel, em seus arts. 1238 a 1244, e a desapropriação como uma das formas de perda, em seu art. 1275, inciso V, esta devidamente regulamenta por lei, conforme art. 22, II, da CF/88, a seguir detalhadas.

3. Aquisição da propriedade imóvel por usucapião

A usucapião é um modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa com a observância dos requisitos

² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 5. 9ª Ed. Editora JusPODIVM. 2013. pp. 262/263.

legais³, a depender de cada situação. Advém do termo em latim *usu capio*, ou seja, tomar a coisa pelo uso.

Dentre os requisitos legais da usucapião estão os pessoais, os reais e os formais.

Os requisitos pessoais se **referem às motivações subjetivas que digam respeito exclusivamente às pessoas do possuidor e proprietário**, por isso se faz necessário rigoroso exame para averiguar se a usucapião está tramitando entre cônjuges, companheiros, pais e filhos na constância do poder familiar, ou contra os absolutamente incapazes, conforme adverte o art. 1.244 do CC: “Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião”, fazendo alusão aos arts. 197/201 do mesmo diploma legal.

Quanto aos requisitos reais, **somente os direitos reais que recaiam em coisas usucapíveis** poderão ser obtidos por este modo de aquisição. Certos bens são inusucapíveis, como os que estão fora do comércio.

Os requisitos formais para obtenção da usucapião são três: **o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini***.

A posse mansa e pacífica se traduz no exercício sem contestação de quem tenha legítimo interesse.

A aquisição da propriedade imóvel por usucapião, então, depende de requisitos legais, ora dispostos no próprio texto constitucional ora em leis federais.

Diversas são as modalidades de usucapião, conforme doutrina abalizada de Cristiano Chaves e Rosenvald⁴, pelo qual elencamos somente as que interessam ao presente estudo:

3.1. Usucapião Extraordinária

É definida no art. 1.238 do CC, como sendo aquela que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possui como seu um imóvel, independente de título e boa-fé. Este prazo pode ser reduzido para dez anos quando o possuidor

³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 4º volume – Direito das Coisas. São Paulo: Editora Saraiva. 1997. P. 141.

⁴ Idem, p.414/468.

houver estabelecido a sua moradia habitual ou tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Verifica-se nesta modalidade a necessidade dos requisitos essenciais: o tempo, o *animus domini* e a posse mansa e pacífica.

3.2. Usucapião Ordinária

É definida no art. 1.242 do CC, enfatizando que se exige a posse contínua e incontestada durante lapso de tempo de dez anos, com justo título e boa-fé, podendo o prazo ser de cinco anos se o possuidor o adquiriu onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico, conforme parágrafo único deste mesmo artigo.

Verifica-se nesta modalidade, como fator primordial, a aquisição de justo título (oneroso), o qual pode ser definido como todo aquele instrumento que conduz o possuidor a iludir-se, por acreditar que este lhe outorga a condição de proprietário, ou seja, o justo título padece de vício de natureza formal ou substancial, incapaz de servir como documento hábil para transferir a propriedade.

3.3. Usucapião Especial Urbana

Esta modalidade se insere nos casos de posse de área urbana de até 250 metros quadrados e ocupação por cinco anos ininterruptos, com *animus domini* e utilização do imóvel para fins de sua moradia ou de sua família, desde que não seja o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Está regulamentado no próprio texto constitucional, em seu art. 183, e transcrito, literalmente, no Código Civil em seu art. 1.240.

Esta modalidade não reclama justo título ou boa-fé, contentando-se apenas com a posse com *animus domini*, mansa e pacífica, e é uma das mais claras demonstrações do princípio da função social da posse no texto constitucional.

3.4. Usucapião Urbana Coletiva

Esta modalidade está regulamentada no art. 10 do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, que segue transcrito:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Segundo Cristiano Chaves e Rosenvald⁵, “Esta modalidade de usucapião se destina a inserir a população carente – ocupante de assentamentos informais – na cidade legal, regularizando áreas de ocupação coletiva já consolidada pela via de transformações urbanísticas estruturais”.

3.5. Usucapião Rural

Compreende a posse de imóvel em zona rural, não superior a 50 hectares, com *animus domini* e sem oposição, com tempo de ocupação mínimo de 5 anos, ininterruptos, sendo o imóvel produtivo pelo trabalho e local de moradia da família, vedada a propriedade sobre outro imóvel. Está disposta no art. 191 da CF/88, reproduzido integralmente no art. 1.239 do CC, e regulamentada pela Lei nº 6.969/81.

4. Desapropriação

Em princípio, a propriedade é irrevogável, transmitindo-se aos sucessores por força da *saisine* (art. 1784 CC): “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Conforme regulamentado na Lei Civil, perde-se a propriedade, voluntariamente, por alienação, abandono e renúncia (art. 1.275, I, II e III do CC). Involuntariamente, perde-se pelo perecimento e pela **desapropriação** (art. 1.275, IV e V do CC), sendo este modo o que interessa no presente estudo.

A desapropriação é um modo de perda da propriedade **por força de ato administrativo formal resultante da intervenção do Estado**.

Em qualquer situação imposta pelo Poder Público para desapropriação de propriedade privada, conforme se infere da interpretação literal do art. 5º, XXIV,

⁵ Idem, p. 446.

da Constituição Federal de 1988, deve ser precedida mediante **prévia e justa indenização em dinheiro**, ressalvados somente os casos previstos na própria Carta Magna, como a expropriação de terras que utilizam o cultivo de plantas psicotrópicas ou desapropriações de propriedades que não se coadunam com o plano diretor da cidade.

A norma legal que trata da matéria é o Decreto-Lei nº 3.365/41, estando o Poder Público adstrito às exigências legais, sob pena de se tratar de **esbulho ou ilícito administrativo**, possibilitando ao expropriado a legitimidade para ajuizar a pretensão de reintegração de posse, ou receber justa indenização se já em andamento obra pública, prevalecendo aí o interesse público sobre o particular.

A doutrina divide a Desapropriação em três modalidades, conforme lição de Cristiano Chaves e Rosenvald⁶:

4.1 Desapropriação por utilidade pública

Nesta modalidade deve haver uma satisfação de interesses coletivos, conforme art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41, no qual estão elencadas, taxativamente, as situações que se caracterizam como de utilidade pública, como exemplos: segurança nacional e defesa do Estado, dentre outras.

Outro requisito importante é a decretação da utilidade pública, cuja competência pertence ao chefe do executivo.

E como vedação expressa, dispõe o art. 9º, *verbis*: “Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.”.

Observação importante também é a de que, intentada a ação judicial, a petição inicial deverá **conter a oferta do preço**, conforme dispõe o art. 13 deste Decreto-Lei, sendo que a imissão provisória poderá ser realizada mediante o depósito deste valor (art. 15, § 1º), e ainda, no caso de acordo, o pagamento do preço será prévio e em dinheiro (art. 32).

4.2 Desapropriação por necessidade pública

⁶ Idem, p. 506/509.

Esta modalidade se refere especificamente a questões urgentes de segurança e de insalubridade, condicionada aos requisitos legais para decretação pelo Poder Público.

4.3 Desapropriação por interesse social

Este último tipo tem por finalidade promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, conforme dispositivo constitucional (art. 147), bem como para promover a reforma agrária (art. 184, CF/88), estando regulamentado pela Lei nº 4.132/62, que define os casos de interesse social.

5. Interpretando o art. 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil

Inserido no Título III do Livro III do Código Civil, o art. 1.228, caput, praticamente define os atributos do direito à propriedade, sendo que os §§ 4º e 5º tratam de uma situação em que o proprietário poderá ser privado desse bem, inobstante ter ainda o direito de ser indenizado, *verbis*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar, e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que a injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Em que pese uma interpretação literal desse comando legal, infere-se de antemão que o mesmo contém vários conceitos jurídicos indeterminados, senão vejamos:

5.1. Extensa área

Verifica-se de logo o problema em se determinar o que seria extensa área, vez que o nosso país tem uma grande diversidade de áreas em seu território, podendo uma área ser considerada extensa em um Estado da Federação e não em outro, como exemplo: o Estado de Sergipe comparado com o Estado do Amazonas, ou mesmo uma área no Distrito Federal.

Outra questão é qual a área do imóvel a ser privada do proprietário?

5.2. Considerável número de pessoas

Este considerável número seria outro ponto de conceito indeterminado, vez que caberia única e livremente ao convencimento do órgão julgador.

5.3. Interesse social e econômico

Idem ao número de pessoas. Aliás, este requisito estaria mais próximo para se promover uma desapropriação pelo Estado, nos termos do que se considera interesse social, amparado na Lei nº 4.132/62.

5.4. A inconstitucionalidade dos §§ 4º e 5º

Em resumo, vê-se que esse novo instituto jurídico criado não pode ser considerado como uma modalidade de usucapião, pois os requisitos são distintos. Primeiro, porque este **não tem como requisito a posse mansa e pacífica, e tampouco o animus domini**; Segundo, porque **prevê a indenização ao legítimo proprietário, descaracterizando, por completo, a aquisição da propriedade por qualquer modalidade de usucapião.**

Os possuidores poderiam, ainda, ser donos de outros imóveis?

No mesmo sentido de tentar dar um novo nome a este instituto jurídico, também não se trata de desapropriação, por faltarem diversas exigências legais, tais como: A desapropriação é ato da Administração Pública, por meio de decreto, de competência do chefe do Poder Executivo, **com prévia e justa indenização pelo Estado**; Há ainda um prévio acordo antes da imissão na posse, mesmo que o valor pago seja inferior ao que pretende receber o legítimo proprietário, restando-lhe, tão somente, a entrega do imóvel e posterior ajuizamento de ação para tentar reaver o valor real de venda; Caso o litígio permaneça, ou o Estado propõe ação de imissão de posse ou o proprietário intente ação de manutenção de posse c/c pedido liminar para garantir uma melhor reavaliação do seu valor.

Por fim, vence o Estado no sentido de obter a propriedade, estando devidamente calcado na legislação, exarado o competente ato desapropriatório e paga/depositada previamente o valor 'justo'.

Ademais, a quem caberia o pagamento da indenização fixada pelo juiz referente ao § 5º deste artigo, vez que quem a está utilizando, esse '**considerável número de pessoas**', presumidamente, não tem condições de arcar com a compra da terra?

6. Conclusão

Do exposto, conclui-se que está consagrada a propriedade como um dos direitos fundamentais do cidadão, vez que assim quis o constituinte originário, para garantir a todos a proteção de sua propriedade, elencando, porém, todas as hipóteses em que aquele, o cidadão, poderia ser alijado de sua propriedade, quer por meio de usucapião quer pela desapropriação.

As hipóteses de perda da propriedade imóvel pela usucapião são taxativas e este novo meio de perda não se enquadra em nenhuma delas, e sequer foi assim tratada pelo legislador civilista, vez que impôs a indenização ao legítimo proprietário, deixando, ainda, de fazer qualquer referência ao texto constitucional.

Igualmente, não há como se inferir em desapropriação privada, vez que também não está prevista na Carta Magna ou até mesmo em leis extravagantes, restando a interpretação de ser um verdadeiro esbulho a que estaria submetido o proprietário, sendo, posteriormente, ratificada a legalidade dessa privação de sua propriedade e indenizado por esta situação a que não deu causa, tudo a mando do Poder Judiciário.

Portanto, a medida a ser adotada é a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro.

6. Bibliografia

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 4º volume – Direito das Coisas. São Paulo: Editora Saraiva. 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Vol. 5. 9ª Ed. Editora JusPODIVM. 2013.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

www.planalto.gov.br/

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8864460/recurso-especial-resp-971215-rj-2006-0248205-4/inteiro-teor-13958363>