

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ANA PAULA REZENDE DOS SANTOS

**ASPECTOS RELEVANTES DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA:
ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SUA LEGALIDADE À LUZ DA
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Florianópolis, 2013

ANA PAULA REZENDE DOS SANTOS

**ASPECTOS RELEVANTES DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA:
ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SUA LEGALIDADE À LUZ DA
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Monografia submetida ao Departamento de
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

Florianópolis, 2013

Aos meus avós Zélia e Pedro.

In memoriam

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiro, aos meus pais, Maria Helena e Oséias, que por dedicarem tanto tempo e amor de suas vidas a outra vida, tornaram possível a transformação das minhas aspirações e sonhos em realidade.

Aos meus irmãos, Renata e Guilherme, que me conhecem bem como ninguém e que, mesmo com a distância imposta entre nós nesses anos de universidade, desvelam seu apoio, carinho e admiração incondicional.

Ao meu namorado, Gabriel, que trouxe apenas coisas boas à minha vida, bem como plena felicidade pelo amor que temos um pelo outro.

Agradeço, também, a todos os meus amigos que tornaram a minha vida mais agradável e divertida. Deixo meus especiais sentimentos a Melissa, Rafael, Amanda, Emmy e Thiago, que me acolheram em Florianópolis quando eu me sentia perdida e me ajudaram a chegar até aqui.

Ao meu orientador, José Isaac Pilati, que com suas críticas pertinentes tornou possível a conclusão desse trabalho.

Aos meus familiares e a todas pessoas que deixaram alguma marca em minha vida, que colaboraram, de alguma forma, com o meu crescimento pessoal e amadurecimento emocional.

Mais uma etapa concluída!

RESUMO

Levando em consideração que a propriedade é direito fundamental e complexo, direito este devidamente resguardado pela Constituição Federal, a perda da propriedade ou intervenção do Estado na propriedade particular, ocorre em casos específicos e previstos em lei. Assim, a desapropriação, como forma de perda da propriedade, é prescrita na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXIV, onde também pode ser observado os requisitos para que a expropriação seja viável, quais sejam, utilidade pública ou interesse social e justa e prévia indenização. Destarte, o Decreto-Lei 3.365/41 regula o procedimento expropriatório, elencando todas as possibilidades e prevendo seus requisitos. Contudo, inobstante tantas previsões legais quanto aos requisitos para proceder-se a desapropriação, esta também ocorre na forma indireta. A desapropriação indireta é, em verdade, o apossamento administrativo definitivo, que impede o proprietário de desfrutar total ou parcialmente de seu bem. Assim, uma das principais características da desapropriação indireta é a ausência de obediência aos ditames legais atinentes ao caso. Nesse sentir, a presente monografia procura, através de análise doutrinária e jurisprudencial, analisar criticamente a legalidade de tal procedimento. Para tanto, no primeiro capítulo ressalta-se as peculiaridades do instituto da propriedade, como sua evolução histórica, conceito, característica, elementos constitutivos e formas de intervenção do Estado na propriedade. No segundo capítulo, serão tecidas considerações relevantes do instituto da desapropriação, mormente quanto ao seu conceito, pressupostos e requisitos procedimentais para sua adequação quanto ao previsto em lei. Já no terceiro capítulo se adentrará no âmbito da desapropriação indireta, atentando-se ao seu conceito, formas e ação competente para obter a indenização não paga. Ao final, será analisada a hipótese de apossamento administrativo de fato, chegando à conclusão da sua ilegalidade, e para tal conclusão, serão trazidos à baila doutrinas atinentes ao caso e decisões judiciais sobre o tema.

Palavras-chave: Propriedade. Desapropriação. Desapropriação Indireta. Apossamento administrativo. Decreto-Lei 3.365/41.

SANTOS, Ana Paula Rezende. **Aspectos relevantes da desapropriação indireta: Análise crítica sobre a sua legalidade à luz da doutrina e jurisprudência.** Florianópolis, UFSC:2013. Monografia (graduada em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Orientador: PILATI, José Isaac.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ASPECTOS GERAIS DA PROPRIEDADE	10
1.1 Considerações históricas	10
1.2 Conceito de propriedade.....	13
1.3 Função social da propriedade	15
1.4 Características da propriedade	17
1.5 Elementos constitutivos da propriedade.....	18
1.6 . Intervenção do Estado na propriedade	20
1.6.1 <i>Modalidades de intervenção da propriedade</i>	22
1.6.2 <i>Intervenções Restritivas</i>	22
1.6.3 <i>Intervenções supressivas</i>	22
2. CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO	23
2.1 Conceito de desapropriação	23
2.2 Pressupostos necessários para a desapropriação	25
2.3 Principais características da desapropriação	28
2.3.1 Forma originária de aquisição da propriedade	28
2.3.2 Procedimento Administrativo	30
2.4 . Objeto da desapropriação.....	31
2.5 Competência para desapropriar	33
2.5.1 Competência Legislativa.....	33
2.5.2 Competência declaratória	34
2.5.3 Competência executória	34
2.6 Indenização do bem na desapropriação.....	35
2.6.1 Juros moratórios	38
2.6.2 Juros compensatórios	39
3. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA	40
3.1 Evolução histórica da desapropriação indireta.....	40
3.2 Conceito	41
3.3 Ação de desapropriação indireta	44
3.3.1 Natureza jurídica da ação de desapropriação indireta	45
3.3.2 Prescrição	46

4. Análise da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a legalidade da desapropriação de fato.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57

INTRODUÇÃO

A propriedade é direito fundamental resguardado pela Constituição Federal, entretanto, em casos específicos e previstos em lei, cede passagem ao interesse da Administração, sob argumentos favorecedores da coletividade.

Por a propriedade ser instituto fundamental e complexo, a perda da propriedade se dá em casos precisos. Destarte, quando a perda da propriedade dá-se por desapropriação, tal processo expropriatório segue a rigoroso e, igualmente complexo processo administrativo, e apenas nas oportunidades em que houver necessidade ou utilidade pública, interesse social, requisição ou, ainda, perigo público iminente.

A desapropriação ordinária e seu procedimento, em linhas gerais, são regulados pelo Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941, possuindo, também, respaldo constitucional, insculpido em seu no art. 5º, XXIV.

Além da desapropriação ordinária supra citada, é possível catalogar ao menos mais três espécies de desapropriação, quais sejam, **(i)** desapropriação urbanística sancionatória, atinente ao proprietário de solo urbano que não atender às exigências do plano diretor municipal; **(ii)** desapropriação rural, que incide sobre imóveis rurais que não cumprem a função social da propriedade e que, mediante declaração de interesse social, terá fins de reforma agrária e, por fim, **(iii)** desapropriação confiscatória, que ocorre quando encontrado cultivo de substâncias psicotrópicas em sua abrangência, procedimento este disciplinado pela Lei 8.227/91.

Contudo, é objeto desse trabalho a desapropriação em sua forma indireta, analisando sua legalidade à luz da doutrina e jurisprudência.

A desapropriação indireta nada mais é que o apossamento de propriedade particular pelo Poder Público, sem obediência aos ditames legais, causando total privação do bem ou grave limitação do mesmo. Dessa forma, nos casos de desapropriação indireta, incorre prévia e justa indenização, bem muitas outras etapas legalmente prescritas.

Aqui trataremos, especificamente, dos casos de apossamento administrativo, também chamado de desapropriação de fato. A desapropriação de fato é a afetação física da

propriedade particular pelo Poder Público sem a observância do processo expropriatório adequado.

Assim, por desobedecer ao processo legalmente previsto, a doutrina e jurisprudência vêm contestando sua legalidade e constitucionalidade.

Nesse sentido, a presente monografia se propõe a analisar, pelo método dedutivo, o processo expropriatório ordinário em comparação com o verificado na desapropriação indireta, mormente quanto a legalidade desta última, calcada em subsídios doutrinários e jurisprudenciais.

No primeiro capítulo, tem-se a necessidade de pormenorizar o instituto da propriedade, de forma a entender sua complexidade e importância frente a organização política e econômica do Estado. E isso porque, é adequado entende-la para, após, ainda no primeiro capítulo, especificar os tipos e formas de intervenção na propriedade privada, uma vez que a desapropriação nada mais é que forma de intervenção por parte do Poder Público na propriedade privada.

No segundo capítulo, será abordada a desapropriação e seus aspectos convenientes ao caso, como seus pressupostos, objetos, legislação atinente, competência e composição da indenização por expropriação.

Por fim, adentramos no âmbito da desapropriação indireta, conceituando-a e relembrando sua origem histórica, para, após, analisar sua legalidade com fundamento em doutrinas gerais e especializadas no quarto e último capítulo, bem como apresentando decisões selecionadas do STJ e STF.

1. ASPECTOS GERAIS DA PROPRIEDADE

Nesse capítulo serão abordados os aspectos gerais do instituto da propriedade, como suas principais características, evolução histórica, elementos constitutivos e perda da propriedade.

1.1 Considerações históricas

Ao princípio das civilizações, a propriedade que hoje conhecemos, tinha uma feição comunitária, onde tudo se partilhava, individualizando-se, vias de regra, os bens móveis, como armas e eventuais utensílios.

Todavia, para encontrar as raízes históricas do instituto da propriedade, tem-se como indispensável iniciar a busca de subsídios pelo direito romano.

Embora na Roma antiga pudesse se verificar duas formas de propriedade coletiva – a da *gens* e família – a individualidade dos bens prevalecia. A base produtiva era a fundiária e apenas as pessoas que reunissem todos os requisitos que as qualificassem como cidadãos poderiam ser donos de terras.¹

A propriedade era direito exclusivo e perpétuo. Entretanto, o direito romano passou por longas mudanças pelo período em que vigorou, passando do “*poder ilimitado e soberano, profundamente individualista, até a concepção justinianéia, arejada por um novo e altruísta social*”².

Após a decadência do império romano, temos o feudalismo na Idade Média, este fundado, principalmente, no uso da terra do senhor pelos rendeiros, com forte no brocado “*nulle terre sans seigneur*”.

Jefferson Carús Guedes, atentando à história do feudalismo, leciona que:

¹ De acordo com Alves, os romanistas afirmaram que a plena personalidade jurídica em Roma ocorria apenas com a reunião de três requisitos: (i) *status familiae*; (ii) *status civitatis* e (iii) *status libertatis*. ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense 1996. P. 98.

² CRETELLA, José Junior. Curso de Direito Romano. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, pág.153.

O direito de propriedade imobiliário evoluiu para uma complexa pirâmide de “direitos” superpondo-se os poderes do “senhor feudal” aos direitos dos “servos”. Concebiam-se variadas formas de propriedade: a comunal, a lordial, a beneficiária, a censual e a servil.³

Destarte, tem-se que a propriedade na época feudal ia muito além do simples uso da terra pelo rendeiro, pois influenciou toda organização social e política daquele tempo.

Nesse sentir, após o sistema feudal derruir, a Revolução Francesa marca, ideologicamente, o início do direito moderno. Temos em que a revolução traz à baila modificações sociais, políticas e jurídicas, ressaltando-se que a exaltação às liberdades individuais trouxe consigo a concepção individualista da propriedade.

Nos dias de hoje, temos que a configuração da propriedade depende, nitidamente, do regime político de cada local, sendo, pois, influência dos regimes jurídicos onde é concebida.

Arrematando o raciocínio da evolução de tal instituto num lógico apanhado histórico, salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Superada a fase que se seguiu à Revolução Francesa, na qual, como repúdio ao sistema feudal, reviveu, de forma exacerbada, a concepção puramente individualista do período romano, a propriedade foi sendo afetada, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, por crescente número de restrições impostas pelo Estado.

Note-se que, enquanto a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, proclamava ser a propriedade “direito inviolável e sagrado”, o Código de Napoleão, de 1804, pretendendo ser individualista, consagrou, como princípio, a legitimidade da limitação do Estado sobre a propriedade, ao definir esse instituto, no art. 544, como “o direito de gozar e de dispor das coisas de modo absoluto, **contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou regulamentos**”.

Apenas, enquanto naquela época essas leis e regulamentos se limitavam, quase exclusivamente, aos direitos de vizinhança, aos poucos o seu campo foi se ampliando, com a tendência para condicionar, cada vez mais, o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. O princípio permanece, mas seu alcance alterou-se profundamente, dando à propriedade sentido social então desconhecido. **Hoje, prevalece o princípio da função social da propriedade**, que autoriza não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as de deixar de fazer e, hoje, pela constituição, a obrigação de fazer, expressa no art. 182, § 4º, consistente no **adequado aproveitamento do solo urbano**.⁴

³ GUEDES, Jefferson Carús. “Função Social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social”, artigo publicado *in* “Aspectos controvertidos do Novo Código Civil”, RT, 2003, pág. 345.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 118.

Já quanto a natureza jurídica da propriedade não há uniformidade entre os doutrinadores. Na maioria das vezes, a dificuldade em defini-la, perfaz-se na discordância quanto à sua derivação legal. E por ser de extrema importância para o entendimento e delimitação do conceito de propriedade, tal discussão ganha espaço no seio da obra de Maria Helena Diniz, que sintetiza o assunto asseverando que:

Há grande divergência entre os autores sobre a questão da legitimidade da propriedade. Alguns, como Grócio, pretendem encontrar fundamento da propriedade na ocupação de bens ainda não apropriados por ninguém, e que alargaria o domínio do homem sobre a natureza, convertendo os objetos da natureza em valores econômicos ou culturais, enriquecendo o patrimônio da nação. Contudo, a ocupação não justifica o domínio, porque este só pode surgir ante uma lei que o organize e que inclua a ocupação entre os modos aquisitivos da propriedade. Além do mais, muitas das propriedades atuais são originárias da violência, quer na esfera interna quer na internacional, e não da ocupação. Outros lhe deram a lei por fundamento, como Montesquieu, Hobbes, Benjamin Constant, Mirabeau, Bentham. Entretanto, insuficiente é essa teoria porque não se pode fundar a propriedade na vontade do legislador que a cria, pois a mesma poderia ser levada a suprimi-la. Para a teoria da especificação preconizada pelos economistas, Locke, Guyot, Mac Culloch, o trabalho seria o único criador de bens, consistindo no título legítimo da propriedade, que não seria uma mera apropriação do bem da natureza, mas a transformação desse objeto por meio da forma do homem, com seu trabalho, daria à matéria bruta. Planiol critica essa concepção dizendo que o trabalho deve ser recompensado com o salário e não com o objeto por ele produzido. Há ainda o inconveniente apresentado pela divisão do trabalho, pois o trabalho de várias pessoas concentrado na produção de uma coisa daria origem a múltiplas propriedades sobre o mesmo bem, acarretando dificuldades. Radbruch aponta o fato de que essa doutrina da propriedade coletiva dos trabalhadores leva à espoliação do proprietário dos meios de produção, de que não participou com seu trabalho. **Ante todas essas críticas não hesitamos em afirmar que a corrente doutrinária mais sólida a esse respeito é a teoria da natureza humana, segundo a qual a propriedade é inerente à natureza do homem**, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade. É o instinto da conservação que leva o homem a se apropriar de bens seja para saciar sua fome, seja para satisfazer suas variadas necessidades de ordem física e moral. A natureza humana é de tal ordem que ela chegará a obter, mediante o domínio privado, um melhor desenvolvimento de suas faculdades e de sua atividade. O homem, como ser racional e eminentemente social, transforma seus atos de apropriação em direitos que, como autênticos interesses, são assegurados pela sociedade, mediante normas jurídicas, que garantem e promovem a defesa individual para que a sociedade possa sobreviver.

[...]

Assim, a propriedade foi concebida ao ser humano pela própria natureza para que possa atender às suas necessidades e às de sua família. Por todas as razões e pelo serviço que presta às sociedades civilizadas, justifica-se, plenamente, a existência jurídica da propriedade.⁵

Dessa forma, diante do esclarecimento supra, tem-se a ausência de uniformidade nos conceitos acerca da natureza jurídica da propriedade adotado pelos pesquisadores de tal

⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – 4º Volume – Direito das Coisas. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 101/102.

instituto, motivo pelo qual apenas aponta-se os diversos entendimentos já esclarecidos e salientados anteriormente.

1.2 Conceito de propriedade

O Código Civil não dispõe uma definição de propriedade ou proprietário, limitando-se a afirmar, em seu art. 1.228, que este “[...] *tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*”.

O direito de propriedade é, em verdade, aquilo que dá as possibilidades inerentes do domínio, materializando-se, fundamentalmente, nos elementos constituintes da propriedade, quais sejam, as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa que se é senhor.

Nas palavras do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, lecionando acerca das características em geral da propriedade:

Trata-se do mais complexo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas. Na dicção de Washington de Barros Monteiro, constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas.⁶

Também atentando-se ao conceito de propriedade, se manifesta José Cretella Júnior:

Propriedade é o direito ou faculdade que liga o homem a uma coisa, direito que possibilita a seu titular extrair da coisa toda utilidade que esta lhe possa proporcionar. [...] Propriedade é o poder jurídico, geral e potencialmente absoluto, de uma pessoa sobre uma coisa corpórea.⁷

Já nas palavras de Pontes de Miranda:

Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desdobra o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo o direito irradiado em virtude de ter incidido regra de

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil – Direito das Coisas. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 205.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. Rio de Janeiro: Forensi, 1967. P. 146.

direito das coisas. (...)Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio. O primeiro sentido é o de propriedade, no art. 5º, XXII, da Constituição de 1988. O segundo é o que corresponde aos arts. 524-530 [atuais arts. 1.228, 1.229, 1.231, 1.232, 1.281 e 1.245] do Código Civil. O terceiro é o menos usado nas leis, e mais em ciência. O quarto é mesclado aos outros e quase sempre é o que se emprega quando se fala de proprietário, em relação a outro titular de direito real (e.g., arts. 713 e 730) [atuais arts. 1.390 e 1.401]. Costuma-se distinguir o domínio, que é o mais amplo direito sobre a coisa, e os direitos reais limitados. Isso não significa que o domínio não tenha limites; apenas significa que seus contornos não cabem dentro dos contornos de outro direito. O próprio domínio tem o seu conteúdo normal, que as leis determinam. Não há conteúdo a priori, jusnaturalístico, de propriedade, senso lato, nem conceito a priori, jusnaturalístico, de domínio.⁸

Como podemos perceber, não há maneira de simplificar tão subjetivo instituto. Temos, pois, desde a amplíssima ideia de simples direito patrimonial, até o restrito direito de domínio.

E nesse sentir, embora a propriedade não seja um conceito aberto, tem-se que há de ser, ao menos, dinâmico, a fim de acompanhar o universo de que faz parte. Trata-se, portanto, de direito complexo, também, porque intrinsecamente ligado à expressão jurídica e política do Estado a que pertence.

Aliás, tão certo que seu instituto depende do regime político do Estado, que:

Na extinta URSS, no âmbito da economia privada, admitia-se a propriedade exclusiva sobre os bens de consumo pessoal e a propriedade usufrutuária de bens de utilização direta (o indivíduo tem propriedade sobre sua casa, móveis, dinheiro ou valores mobiliários), ao passo que na seara da economia pública, os bens de produção são socializados (minas, águas, meios de transporte, indústrias, etc.). Nos países do Ocidente subsiste a propriedade individual, embora sem o conteúdo idêntico de suas origens históricas, pois a despeito de seu caráter absoluto vem sofrendo certas restrições.⁹

Assim, pode-se perceber que a análise da propriedade, bem como de seu exercício, não deve dissociar-se do estudo do Estado e de seu regime político.

Cabe frisar, também, que além das limitações que podem ser impostas pelo regime político e/ou ideológico de um estado, são amplamente arraigadas as práticas de

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XI, Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller: 2001. P. 37

⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. P. 102.

restrições voluntárias da propriedade, elencando-se, dentre elas, as servidões ou mesmo cláusulas de inalienabilidade.

Entretanto, é oportuno lembrar as hipóteses de limitações impostas pelo próprio instituto da propriedade, ou mesmo por imposição legal. Nesses casos, a intenção é, em muitas das vezes, impedir abusos do indivíduo possuidor sobre sua própria coisa, derivados do princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII da Constituição Federal).

1.3 Função social da propriedade

Dar função social à propriedade é, em verdade, conceder uma finalidade em razão da qual o instituto existe. Assim, a ordem jurídica e o Estado devem garantir o direito de propriedade individual, mas impor-lhe limites no seu uso.

Destarte, “*a propriedade de um bem, especialmente quando instrumental, só é legítima se cumprir uma função social*”¹⁰. E isso porque, traduz uma relação entre o indivíduo e o bem que é senhor em prol da sociedade.

Nesse sentir, vale ressaltar a constitucionalização da função social da propriedade, que teve como percussoras a Constituição do México de 1917 e da Alemanha, em 1919 (Weimar), esta, inclusive, frisando em seu art. 153, que “*a propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social*”.

Já no Brasil, a constitucionalização de tal princípio ocorreu em 1967 (Constituição de 1967), termos em que tornou-se verdadeiro princípio de ordem econômica. E refletindo sobre a inclusão da função social da propriedade na citada constituição, asseverou Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Isto significa que a propriedade não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto do art. 160, III, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual este é o direito de usar, gozar e tirar proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que seu uso seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da

¹⁰ BOBBIO, NICOLA E GIANFRANCO. Dicionário de Política. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 132.

comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só.¹¹

Entretanto, inobstante seja oportuno citar a função social da propriedade na Constituição de 1967, é importante frisar que nesta, a função social teve sua aplicação restrita à desapropriação para reforma agrária.

A função social da propriedade, tida como media para o “bem-estar social”, é o bem comum e geral do povo, para a saciedade de suas necessidades materiais, ou mesmo espirituais, da comunidade. Segundo HELY LOPES MEIRELLES, “o bem-estar social é o escopo da justiça social a que se refere nossa constituição (art. 170) e só pode ser alcançado pelo desenvolvimento nacional”.¹²

E isso porque a propriedade “há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário para se transformar na função social do detentor da riqueza, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual direcionado ao bem-estar da comunidade¹³.”. Daí admitir restrições ao seu uso, porque reverte seu conteúdo em prol da comunidade.

Partilha do mesmo entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, salientando e sintetizando que:

A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, **evoluiu do sentido individual para o social.** (*Grifou-se*).

Vale, ainda, inegavelmente, destacar que, em icônica obra, Léon Duguit, tido como o percussor da função social da propriedade, assevera que:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de emprega-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito

¹¹ DI PIETRO, apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. P. 119.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. Pág. 121.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. P. 121

em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.¹⁵

A lição de Duguit, trata-se, pois, de inovação de elevado alcance, excluindo o caráter individualista e egoísta da propriedade, e trazendo à baila novo entendimento para o bem estar social. Louvável entendimento que auferiu a necessidade de se pensar coletivamente em ambiente coletivos (sociedade).

Contudo, é importante salientar que inobstante as inovações quanto à função social da propriedade sejam válidas, tem-se que devemos trabalhar no sentido de conferir real eficácia a essa norma.

De efeito, a função social da propriedade deve pautar todas as discussões acerca dos benefícios que a sociedade requer, revolucionando, assim, a esteira do direito civil.

1.4 Características da propriedade

Reza o Código Civil, em seu art. 1.231, que “*a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário*”.

Tem-se como plena a propriedade exercida por seu dono que é capaz de usar, gozar e dispor. Facultando-lhe qualquer das características, temos um direito real limitado. Assim, o direito de propriedade pleno, sofre apenas as limitações impostas pelo Poder Público.

Aliás, seu caráter absoluto não é devido, apenas, por sua oponibilidade erga omnes:

Mas também por ser o mais completo de todos os direitos reais, que dele se desmembram, e pelo fato de que o seu titular pode desfrutar e dispor do bem como quiser, sujeitando-se apenas às limitações do poder público ou da coexistência do direito de propriedade de outros titulares.¹⁶

¹⁵ DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho público y privado. P. 236

¹⁶ DINIZ, Maria Helena *apud* Washington de Barros Monteiro, Op cit. P. 107.

O direito de propriedade é, ainda, exclusivo, pois *duorum vel plurium dominium insolidum esse non potest*. Ou seja, o direito de alguém sobre determinada coisa, exclui o de outro sobre a mesma coisa.

É, também, direito irrevogável ou perpétuo, conquanto não se extingue pelo desuso. Enquanto não houver alienação, desapropriação, usucapição, perecimento, ou outra causa, o direito não estará perdido.

E isso não quer dizer que a propriedade deve pertencer sempre à mesma pessoa, já que os homens duram, via de regra, menos que a propriedade, mas exsurge, aqui, a possibilidade de transmissão da propriedade.

1.5 Elementos constitutivos da propriedade

Considerando o disposto pelo Código Civil, em seu art. 1.228, temos os principais elementos constitutivos da propriedade, quais sejam, as faculdades de usar, gozar e dispor dos bens, assim como reivindicá-los de quem injustamente os possua. São os atributos outrora da propriedade romana, o *jus utendi, fruendi e rei vindicatio*

Aliás, ressalta José Carlos Moreira Alves que essas faculdades eram a forma de “definição” de propriedade para os romanos:

A partir da Idade Média é que os juristas, de textos que não se referiam à propriedade, procuraram extrair-lhe o conceito. Assim, com base num rescrito de Constantino (C. IV, 35, 21), relativo à gestão de negócios, definiram o proprietário como *suae rei moderatur et arbiter* (regente e árbitro de sua coisa); de fragmento do Digesto (V, 3, 25, 11), sobre o possuidor de boa-fé, deduziram que a propriedade seria o *ius utendi* re sua (direito de usar e de abusar da sua coisa); e de outra lei do Digesto (I, 5, pr.), em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a *naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi se quid aut iure prohibetur* (faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito)”.(ALVES, 1995: 281)¹⁷

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano *apud* Fernando J. Armando Ribeiro em “O Princípio da Função Social da Propriedade e a Compreensão Constitucionalmente Adequada do Conceito de Propriedade”.

Entretanto, é oportuno frisar, que a propriedade não é a simples soma de tais atributos. E isso porque, é “*direito que compreende o poder de agir diversamente em relação ao bem, usando, gozando ou dispondo dele*”¹⁸.

Destarte, nos casos em que uma só pessoa reunir todos os elementos constitutivos da propriedade, será aquela titular plena desta. Todavia, ainda poderá haver titularidade limitada quando ocorrer o desmembramento dessas faculdades, isto é, quando algum dos elementos passa a ser exercido por outra pessoa. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de usufruto, onde o nu-proprietário detém os direitos de dispor e reivindicar, enquanto o usufrutuário permanece com as faculdades de usar e gozar.

O direito de usar é o primeiro elemento constitutivo da propriedade. Consiste, pois, em servir-se da coisa da forma que mais convier, sem, contudo, alterar-lhe a substância.

Entretanto, não é demais ressaltar que a utilização (gozar) deve ocorrer em conformidade com o direito real de propriedade, pois este “*deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais [...]*” (art. 1.228, §1º).

Aliás, a faculdade de usar concede tanto o direito de fazê-lo, como o de quedar-se inerte frente à coisa, em condições de servi-lo quando for conveniente.

Já o elemento de gozar, é o poder de perceber frutos, naturais e civis, da coisa. É, portanto, o direito de explorar a coisa economicamente. Conforme ressaltado por Maria Helena Diniz, o direito de gozar ganha respaldo, também, no Código Civil em seus artigos 59 (o acessório segue o principal) e 528 (o dono do principal se-lo-à também do acessório).

O *jus abutendi* é o poder de alienar a coisa, seja a título oneroso ou gratuito, incluindo, também, a possibilidade de gravar a propriedade com ônus real.

E nesse sentir, exemplificando as hipóteses dos elementos constitutivos, assevera Mourlon:

Usar de uma casa é habitá-la, dela gozar, alugá-la e dela dispor: demoli-la ou vendê-la; usar de um quadro é utilizá-lo na decoração de uma casa, dele gozar é exibi-lo numa exposição a troco de dinheiro e dele dispor é destruí-lo ou aliená-lo ou, ainda, doá-lo.¹⁹

18Caio Mário da Silva Pereira, Instruções de direito civil. Forense: 1978, p. 81.

19 Mourlon. Répétitions écrites sur le Code Civil, v.1, p. 737 *apud* W. Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Saraiva: São Paulo, 1978, *apud* Maria Helena Diniz. Op cit. P. 107

Destarte, podemos extrair do apanhado anteriormente esclarecido, a complexidade do direito de propriedade, pois, abrange todas as categorias dos direitos reais. É o mais amplo direito de senhorio sobre a coisa, aliás, nas lições de Maria Helena Diniz, tem-se uma *“unidade de poderes que podem ser exercidos sobre uma coisa e não como uma soma ou um feixe de faculdades distintas”*.²⁰

Desse modo, ressalta-se a necessidade de compreender cada elemento constitutivo da propriedade, mas, ao mesmo tempo, entende-la como uma, como a plenitude de direitos sobre a coisa. Nesse sentir, os elementos individualizados supra, são apenas manifestações da plenitude do direito de propriedade.

1.6. Intervenção do Estado na propriedade

A intervenção do Estado na propriedade, conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho, é resultado da evolução do perfil de estado no mundo moderno. E isso porque, continua, *“o Estado moderno não limita sua ação à manutenção da segurança externa e da paz interna, como que suprindo as ações individuais. Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social”*.²¹

Em nosso ordenamento jurídico, a função social da propriedade está expressamente citada no art. 170, III da Constituição Federal, sendo, assim, o primeiro argumento constitucional da intervenção do estado na propriedade. Trazida no rol dos princípios de ordem econômica, a Carta Magna deixa clara, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, a antítese do neoliberalismo, haja vista que não entrega a organização econômica e social à “eficiência do mercado”.

Discorrendo sobre a intervenção do Estado na propriedade, ressalta Edmir Netto de Araújo:

Sabendo-se que o direito público também se ocupa da propriedade privada, que pode se apresentar como meio indireto da ação administrativa, a propriedade ‘pura’ foi

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. P. 106

²¹ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, citado por José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. P. 711

sendo afetada por crescentes restrições impostas pelo Estado, fundamentadas na supremacia do interesse público (muitas vezes nos próprios interesses privados) perdendo traço de individualidade e cedendo campo ao conteúdo social: para que a propriedade atenda sua função social deve o Estado regulá-la de maneira que produza melhores benefícios para todos e não apenas para seu proprietário.²²

Destarte, a intervenção do Estado na propriedade tem escopo na proteção da sociedade vista como um todo, e não apenas individualidades. Nesse sentir, o dilema acontece entre a sociedade e o interesse público, sendo que para captar as exigências do interesse coletivo, tem-se a limitação de alguns direitos individuais.

A intervenção é, pois, um resultado da própria soberania do estado. E nesse sentido, assevera Carvalho Filho:

A intervenção, como é óbvio, revela um poder jurídico do Estado, calcado em sua própria soberania. É verdadeiro poder de império (*ius imperii*), a ele devendo sujeição os particulares. Sem dúvida, as necessidades individuais e gerais, como bem afirma GABINO FRAGA, se satisfazem pela ação do Estado e dos particulares, e, sempre que se amplia a ação relativa a uma dessas necessidades, o efeito recai necessariamente sobre a outra.²³

Assim, temos que a intervenção do estado na propriedade tem forte na função social desta, bem como no poder de polícia do Estado. Lecionando sobre o tema, José Cretella Júnior afirma:

Ao passo que o direito civil de propriedade confere ao titular cem por cento, vamos dizer, dos *jus utendi, fruendi et abutendi*, o direito público da propriedade, que considera o bem dentro de um conjunto maior, vai reduzindo o *quantum* daquela fruição, porque observa a totalidade dos direitos de propriedade bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social²⁴.

Em verdade, o conteúdo do direito de propriedade tem sofrido inúmeras limitações, e daí as intervenções por parte do Estado. E isso porque, há que se garantir que o interesse privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade.²⁵

²² ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de direito administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 1009.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op cit. P. 713

²⁴ Cretella Júnior, José, *apud* Maria Sylvia Zanella di Pietro. Op. cit. P. 130

²⁵ PONTES DE MIRANDA faz referência à limitação positiva e negativa. (Comentários à Constituição de 1967. Tomo V. P. 393)

É, pois, instrumento de harmonização entre o bem comum da sociedade e as individualidades nela constante, instrumento este que apenas poderá ser utilizado quando atender especificamente ao princípio da legalidade.

1.6.1 Modalidades de intervenção da propriedade

Os fins do Poder Público são muito diversificados, dessa forma, diversas, também, serão as formas de intervenção. Podemos, pois, admitir dois tipos de intervenção do estado na propriedade, levando em consideração sua natureza e os efeitos frente a coisa.

1.6.2 Intervenções Restritivas

A intervenção restritiva é a que o Estado impõe condições, sem, contudo, toma-la para si. Destarte, o senhor da coisa não poderá utilizá-la exclusivamente pautado em seus padrões e critérios, tendo de se subordinar às imposições e vontades convenientes do Poder Público, conservando, assim, sua condição de dono.

Como intervenção restritiva, temos as seguintes modalidades: **(i)** servidão administrativa; **(ii)** requisição; **(iii)** ocupação temporária; **(iv)** limitações administrativas; e **(v)** tombamento.

1.6.3 Intervenções supressivas

Nas intervenções supressivas, o Estado vale-se de sua supremacia em relação aos indivíduos para obter para si, coercitivamente, a propriedade alheia (indivíduo) em decorrência de interesse ou utilidade pública prevista em lei.

Dessa forma, a modalidade supressiva retira a coisa do poder de seu outrora titular e transfere-a ao poder do estado. Nessa esteira de intervenção, **temos da desapropriação**, que é o tema central deste trabalho.

2. CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO

2.1 Conceito de desapropriação

Desapropriação é procedimento, através do qual, o Poder Público transfere para si, compulsoriamente, propriedade, adquirindo-a mediante indenização, tudo fundado em necessidade/utilidade pública ou interesse social. É, portanto, limitação que afeta diretamente o caráter perpétuo da propriedade.

Tem sido abordada na doutrina pátria sob dois pontos de vista principais, quais sejam, (i) forma de aquisição de um bem do particular e (ii) imposição de sacrifício, e isso porque é uma restrição de propriedade ao particular.

A desapropriação é, em verdade, segundo maior parte da doutrina, sequência lógica e coordenada de atos, sejam esses judiciais ou administrativos, fundado em finalidade pública, onde o desapropriante adquire bem do expropriado, mediante justa indenização. Logo, muito mais que ato administrativo, é um procedimento.

A Administração adquire a propriedade para si em caráter originário, mediante prévia e justa indenização, aliás, essa que, via de regra, deve ser paga em dinheiro. Vale ressaltar que, o único caso em que a indenização não se dará em dinheiro, é quando o imóvel, por estar em desacordo com a função social da propriedade, é desapropriado. Nesses casos, a indenização ocorrerá em títulos da dívida pública, valor que será resgatado em parcelas anuais e sucessivas, resguardado, contudo, seu valor real.

Temos desapropriação como procedimento de direito público, pois, se dá após sequência de atos do Estado e do proprietário, que podem ser desenvolvidos tanto na esfera administrativa como na judicial.

Conceituando objetivamente a desapropriação, prossegue Carvalho Filho:

O objetivo da desapropriação é a transferência do bem desapropriado para o acervo do expropriante, sendo que esse fim só pode ser alcançado se houver os motivos mencionados no conceito, isto é, a utilidade pública ou interesse social. E a indenização pela transferência constitui a regra geral para as desapropriações, só por exceção se admitindo, como adiante se verá, a ausência dessa pagamento indenizatório.

Aliás, com toda certeza vale ressaltar o raciocínio exarado por Pontes de Miranda acerca do instituto da desapropriação:

Aliás, desapropriação não é só atingir o poder de dispor. Desapropria-se mesmo se deixa a propriedade ao titular do direito, como, por exemplo, se só lhe tira o uso. (...) Desapropriação há, mesmo se não resulta aquisição por alguém, posto que a transdesapropriação seja a espécie mais frequente. Tornar extracomércio o que está no patrimônio de outrem é desapropriar. O que veda a produção por alguma empresa, ou a restringe, desapropria. Também desapropria quem cerceia direito patrimonial, seja de origem privatística, seja de origem publicística.²⁶

A desapropriação é procedimento administrativo, cabendo salientar que, na maioria das vezes, torna-se, também, judicial. Na fase administrativa, o Poder Público declara seu interesse no bem, esgotando-se essa fase no acordo entre proprietário e Administração. Entretanto, poucas são as vezes em que o processo expropriatório encerra-se na fase administrativa, prosseguindo, em boa parte das vezes, para a via judicial. Na via judicial, contudo, o proprietário poderá insurgir-se apenas quanto a legalidade do processo administrativo e ao preço oferecido pelo Poder Público ser, ou não, o justo.

Destarte, muito mais que mero ato administrativo ou decisão judicial, é um procedimento estritamente regulado pela legislação em vigor.

Vale ressaltar, ainda, que a desapropriação não é, e não deve ser, procedimento com fim em si mesmo. E isto porque, sua validade sempre estará condicionada à finalidade pública motivadora da instauração.²⁷

Aliás, é o que sustenta Diógenes Gasparini, que “a desapropriação, portanto, só pode acontecer em razão dessa finalidade pública, e a utilização do bem para outro fim (locação ou venda a particular) destituído de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, caracteriza desvio de finalidade”²⁸.

Dessa forma, pois, tem-se que o conceito da desapropriação é o que vincula sua finalidade, haja vista que é intervenção na propriedade privada com finalidade de necessidade, utilidade ou interesse social.

²⁶ PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967. 2ª Edição. Volume V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. P. 401.

²⁷ SILVA GOMES, Wilson Luis da Silva. Dissertação. Inovação no Regime Jurídico da Desapropriação. 2010.

²⁸ GASPARINI, DIÓGENES. Direito Administrativo. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 634.

2.2 Pressupostos necessários para a desapropriação

A legitimidade da desapropriação depende da presença de certos pressupostos, quais sejam, utilidade pública, necessidade pública e interesse social. Com efeito, tais pressupostos são, em verdade, requisitos constitucionais para a expropriação (art. 5º, XXIV).

A necessidade pública ocorre quando a Administração Pública defronta com situações de emergência, que, para serem correta e satisfatoriamente estancadas, necessitam da propriedade de bens, imediatamente, para uso imediato.

A utilidade pública ocorre quando a transferência da coisa for conveniente para a Administração.

Acerca dos dois pressupostos citados, assevera Celso Antônio Bandeira de Melo:

Os casos de necessidade e utilidade pública capitulados no art. 590, §§ 1º e 2º, do Código Civil de 1916 – e que aliás, não têm correspondentes no novo Código, isto é, na Lei 10.406, de 10.1.2002 – **foram absorvidos todos, sob a designação de utilidade pública**, pelo art. 5º do Decreto-Lei 3.365.²⁹

Esclarecendo sobre a unicidade de tais conceitos – necessidade e utilidade – afirma José Santos Carvalho Filho:

Embora o texto constitucional se refira a ambas expressões, o certo é que a noção de necessidade pública já está inserida na de utilidade pública. Esta é mais abrangente que aquela, de modo que se pode dizer que tudo que for necessário será fatalmente útil. A recíproca é que não é verdadeira: haverá desapropriação somente úteis, embora não necessárias. Quando nos referimos, pois, à utilidade pública, devemos entender que os casos de necessidade pública estarão incluídos naquele conceito mais abrangente. Exemplo de utilidade pública: a construção de uma escola pública ou de um centro de assistência social do Estado.³⁰

Nesse sentir, tem-se a necessidade pública como conceito maior e mais amplo, capaz, pois, de abranger a utilidade pública em si. Todavia, inobstante a diferenciação

²⁹ Bandeira de Melo, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 796. Op cit. *Grifou-se*.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. P. 751. Op cit. P. 715.

vocabular, é certo que são pressupostos constitucionais para uma expropriação válida. Destarte já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO. PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. ARGÜIÇÃO QUE ESCAPA À INCIDÊNCIA ART. 20, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41. NULIDADE DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO.

A juntada da lei ou do decreto declaratório de utilidade pública para fins de desapropriação, com a comprovação de ter sido publicado (art. 13, LD), representa pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, podendo ser argüido ou conhecido, de ofício, em qualquer tempo.

A falta de publicação do decreto de desapropriação no Boletim Oficial do município expropriante, expressamente exigida por lei local, nulifica o procedimento expropriatório.

[...]

Certamente, não basta que o ato declaratório exista. Para, além de existir, produzir efeitos juridicamente válidos em relação a terceiros e, sobretudo, frente ao expropriado, o ato pede publicação.

Não será equívoco, então, dizer que a juntada do decreto de desapropriação com a comprovação de sua publicação representa pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, matéria que o juiz pode conhecer de ofício, segundo o § 3º do art. 267, do Código de Processo Civil.

[...]

Assentada esta premissa, não parece ocioso repetir que a validade do ato expropriatório, como de qualquer ato administrativo, pressupõe a sua regular publicidade, em obséquio à diretriz estabelecido no art. 37, **caput**, da Constituição Federal.

(TJSC. AC 2003.013962-1. Des. Rel. Newton Janke. Julgado em 30/03/2006)

E nesse sentir, cabe colocar que, de acordo com o Decreto-Lei 3.665, são situações de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;

- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

Com efeito, extrai-se do texto supra colacionado que o referido rol é, sim, taxativo. E isso porque, a alínea “p” prevê que “*os demais casos previstos por leis especiais*”. Assim, qualquer outro possível caso de utilidade pública deve ser previsto por lei, vedada, pois, a interpretação extensiva do art. 5º do Decreto-Lei.

Já o interesse social, pode ser traduzido como as hipóteses em que houver intenção de dar função social à propriedade. O caso mais marcante é a reforma agrária.

As principais diferenças entre a desapropriação por necessidade/utilidade pública e por interesse social versam sobre o tempo de caducidade, esta em apenas dois anos e aquela em cinco, e sobre a competência para desapropriar, haja vista que alguns doutrinadores acreditam que a desapropriação por interesse social é privativa da União. E nessa válida discussão, assevera Bandeira de Melo:

Finalmente, se é pacífico que União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios podem desapropriar por necessidade pública (e utilidade), discute-se se a desapropriação por interesse social é privativa da União ou repartida com as demais pessoas citadas. Há divergência na matéria. O correto, todavia, é entender que quaisquer das pessoas referidas podem desapropriar sob os três fundamentos. Com efeito, a Lei 4.132, que disciplina a desapropriação por interesse social, é omissa quanto a isto, mas ela mesma estabelece, em seu art. 5º, que, no que for omissa, aplica-se o Decreto-Lei 3.665, o qual confere tal poder indistintamente à União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. É certo, contudo, que na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, com base no art. 184, unicamente a União é competente, consoante estabelece o artigo citado na Carta Magna.³¹

³¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit. P. 867.

De efeito, é certo que são requisitos constitucionais expressos e inegáveis no processo de desapropriação.

2.3 Principais características da desapropriação

2.3.1 Forma originária de aquisição da propriedade

É sabido que a aquisição de um bem pode ocorrer na forma originária ou derivada. Temos, pois, que a aquisição é originária quando o liame causal (fato jurídico) em si mesmo enseja a transferência da propriedade. Já a aquisição derivada, é aquela que depende da participação de outra pessoa, sendo obrigatória a figura do transmitente e adquirente, seja a título oneroso ou gratuito.

A desapropriação, é, destarte, forma de aquisição originária da propriedade. E isso porque, *“a só vontade do Estado é idônea a consumir o suporte fático gerador da transferência da propriedade sem qualquer relevância atribuída à vontade do proprietário ou ao título que possui”*.³²

Contudo, existem discussões acerca da forma de aquisição quando a desapropriação ocorre de forma amigável. Nesse sentido, Kiyoshi Harada esclarece:

Nessa modalidade de desapropriação não cabe, em nosso entender, invocar a teoria do modo originário de aquisição, segundo o qual o Poder Público receberia o bem expropriado livre dos vícios e expurgado dos ônus que o gravam, os quais se subrogariam no preço da indenização.³³

Com efeito, na forma originária, o título que se obtém não tem qualquer vinculação com o ao anterior. Ou seja, não depende de título antecedente, é, pois, *“causa autônoma, o bastante, para gerar, por força própria, o título constitutivo de propriedade”*.³⁴

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. P. 759.

³³ HARADA, Kiyoshi. Desapropriação doutrina e prática. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006. P. 64

³⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit. P. 864.

Sobre a natureza originária da aquisição da propriedade por desapropriação, Maria Sylvia identifica consequências de tal fato:

a) A ação de desapropriação pode prosseguir independentemente do sujeito passivo ser conhecido, ou ser encontrado; b) caso a indenização seja paga a terceiro, isto não invalidará a desapropriação (o proprietário fará jus a perdas e danos, mas não à restituição do bem); c) todos os ônus ou direitos que recaiam sobre o objeto da desapropriação ficam sub-rogados no preço e d) a transcrição da desapropriação no registro de imóveis independe da verificação da continuidade em relação às transcrições anteriores.³⁵

Destarte, ao poder público basta o processo de desapropriação para obter, para si, a propriedade.

Aspecto interessante da aquisição originária é que, após adquirido, se ônus reais incidem sobre o bem, estes extinguem-se desde logo. Dessa forma, o Poder Público sempre adquire o bem de forma livre e desembaraçada.

Destarte, todo e qualquer ônus incidente, tem como contraprestação o preço, não cabendo, podendo satisfazer suas intenções apenas mediante ação direta e adequada, mas nunca na própria ação expropriatória.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. P. 171.

2.3.2 Procedimento Administrativo

A desapropriação é procedimento administrativo, sendo realizado em duas fases: declaratória e executória.

Na fase declaratória, a Administração indica a necessidade/utilidade ou interesse social na propriedade, publicando a declaração na forma da lei para surtir seus efeitos jurídicos (declaração de utilidade pública da propriedade).

Já a fase executória, é quando analisa-se a justa indenização pelo bem, com a respectiva transferência

Ademais, é procedimento administrativo, e não um ato, porque se sucede, ordenadamente, de vários atos intermediários, com a finalidade de obter para si o objeto do processo.

Por fim, frisa-se a indispensabilidade da regular declaração expropriatória, onde o expropriante deve, pormenorizadamente, indicar o bem que se pretende para si, bem como os respectivos dispositivos legais que permitem tal ato, especificando, expressamente, sua finalidade pública, quais sejam, interesse social, utilidade ou necessidade pública.

2.4. Objeto da desapropriação

Com efeito, a regra geral é que qualquer bem, móvel ou imóvel, com valor patrimonial, pode ser expropriado. Ou seja, tudo que é objeto de propriedade, seja móvel, imóvel, corpóreo ou incorpóreo.

E isso porque, o art. 2º do Decreto-Lei 3.665, prevê que *“mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”*.

Destarte, devido à generalidade constante ao art. 2º, podemos incluir também ações, cotas ou direitos relativos ao capital de pessoa jurídica. Assim, o espaço aéreo e o subsolo também podem ser expropriados quando sua utilização causar algum dano ou prejuízo.

Todavia, não são expropriáveis direitos fundamentais ou mesmo dinheiro, sociedades, empresas, mas tão somente seus bens.

Acerca dos bens públicos, estes podem ser desapropriados, mas com certas condições:

Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.
§ 1º A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo.
§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito , ou Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

Nesse sentir, é grande a discussão entre os doutrinadores, pois feriria, de certa forma a autonomia estadual e municipal. Lecionando sobre o tema, Maria Sylvia assevera:

Esse artigo do Decreto-Lei 3.665/41 tem sido objeto de crítica pelos doutrinadores, segundo os quais a desapropriação de bens estaduais, pela União ou de bens municipais, pela União e pelos Estados, fere a autonomia estadual e municipal. Esse entendimento, no entanto, não pode ser aceito, tendo em vista o próprio fundamento político em que baseia o instituto da desapropriação, a saber, a ideia de domínio eminente do Estado, entendido como o poder que o Estado exerce sobre todas as coisas que estão em seu território; trata-se de poder inerente à própria ideia de soberania e não poderia ser obstado por um poder de igual natureza exercido pelos Estados e Municípios dentro de suas respectivas áreas geográficas, mesmo porque

tais entidades não detém soberania., mas apenas autonomia nos temas defendidos pela Constituição. Os interesses definidos pela União são de abrangência muito maior, dizendo respeito a toda nação, tendo que prevalecer sobre os interesses regionais.³⁶

No mesmo sentido entende Carvalho Filho:

A despeito de não ser reconhecido qualquer nível de hierarquia entre os estados federativos, dotados todos de competências próprias alinhadas no texto constitucional, a doutrina admite a possibilidade de desapropriação pelos entes maiores ante o fundamento da preponderância do interesse, no qual está no grau mais elevado o interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos Estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos municípios. Aliás, esse fundamento foi reconhecido expressamente em decisão proferida³⁷ pelo Supremo Tribunal Federal em litígio que envolvia a União e o Estado-membro.³⁸

Destarte, tem-se que a regra é a desapropriação de qualquer bem, ressalvados os direitos fundamentais e impossibilidades jurídicas. Já acerca da desapropriação de bem público por um ente maior, grande parte da doutrina entende pela possibilidade, haja vista que a desapropriação é calcada na soberania do estado e que qualquer desapropriação legal deverá ser fundada nos devidos pressupostos constitucionais, não lesando, de qualquer forma, pois, a coletividade. Temos, logo, que não ressurgem qualquer prejuízo, já que a União sempre abrangerá uma temática maior que os poderes políticos locais.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. P. 165.

³⁷ Ação Cautelar Inominada nº 1.255/RR, Rel. Min. Celso de Mello, em 16/06/2006.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. P. 755.

2.5 Competência para desapropriar

2.5.1 Competência Legislativa

A competência, privativa, para legislar sobre desapropriação é da União, conforme previsto no art. 22, II da Constituição Federal. Isto é, a competência para produção de normas que versem sobre desapropriação é exclusivo da União.

A Constituição de 1967, também já previa que era exclusivamente da União a competência para legislar sobre desapropriação, excluída, contudo, a legislação complementar ou supletiva dos Estados.

Sobre referida norma constitucional, Pontes de Miranda, citado por José Carlos de Moraes Salles, esclarecia que:

A legislação complementar sobre desapropriação passou, de novo, a pertencer à União, em regra explícita. Assim, a Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “d”. Cf. Constituição de 1891, art. 72, § 17. *Não há legislação supletiva ou complementar dos Estados-membros*³⁹.

Lecionando acerca dos porquês da competência privativa da União para legislar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho asseverava que:

O instituto da desapropriação concerne ao Direito Constitucional (na medida em que toca profundamente um dos direitos fundamentais, o de propriedade), ao Direito Administrativo (na medida em que diz respeito aos meios da ação do Estado), ao Direito Civil (como forma que é de perda da propriedade) e ao Processual (visto que é processo também). Para espantar toda e qualquer dúvida e dada a sua relevância para o regime, só a União é competente para regular a desapropriação. Igualmente, só ela estabelece o poder expropriante dos Estados federados e seus Municípios (v., infra, os comentários ao art. 153, § 22)⁴⁰

³⁹ MORAES SALLES, José Carlos. A desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência. 5ª Ed. Editora São Paulo: Revista dos Tribunais:, 2006. P. 98.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Comentários à Constituição Brasileira, v. 1º/96, 1972.

Atualmente, devido à inclusão do parágrafo único ao art. 22 da Constituição Federal, é admitido que os Estados-membros venham a legislar sobre a desapropriação, que até então era matéria específica e de competência da União.

Entretanto, conforme dito, frise-se, apenas haverá tal competência se prevista em Lei Complementar.

2.5.2 Competência declaratória

A competência declaratória, nada mais é, que a competência para declarar utilidade pública ou interesse social da propriedade.

A declaração da utilidade ou interesse público é a manifestação do Estado asseverando seu interesse na transferência coercitiva do bem em questão. Mas é importante frisar que após a declaração, a desapropriação não existe ainda, pois a declaração é apenas uma etapa desta.

A competência para declarar é concorrente da União, Estados, Municípios e Territórios, *ex vi* art. 2º do Decreto-Lei 3.365. Entretanto, em se tratando de declaração por interesse social para fins de reforma agrária competência declaratória é exclusiva da União, conforme o art. 184 da Constituição Federal.

2.5.3 Competência executória

A competência executória é a atribuição para proceder a desapropriação, segundo Carvalho Filho, a competência para “*providenciar todas as medidas e exercer todas as atividades que venham a conduzir à efetiva transferência da propriedade*”⁴¹.

Conforme o art. 3º do Decreto-Lei 3.665, as concessionárias de serviços públicos também estão autorizadas a proceder as medidas necessárias para promover desapropriação, mas, claro, mediante expressa autorização da Administração.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit.. P. 761.

Logo, além das pessoas federativas, também tem competência executiva a Administração Indireta, ou seja, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas da Administração Indireta.

2.6 Indenização do bem na desapropriação

A indenização justa é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem desapropriado. E *“para que haja justiça e justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponde, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da desapropriação”*⁴².

Além de a indenização ser justa, há de ser, também, prévia e em dinheiro. Tem-se prévia como a anterior à transferência do bem. Em princípio, portanto, não ocorrerá desapropriação se não houver pagamento prévio da indenização.

Entretanto, conforme assevera Carvalho Filho, *“o advérbio antes tem o sentido de uma verdadeira fração de segundo”*, pois, *“na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem se dão, como vimos, no mesmo momento. Só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele se operou antes desta”*⁴³

Por fim, a indenização deve ser paga em dinheiro, ou seja, em espécie, com a finalidade de que o expropriado possa adquirir para si bem idêntico. Vale ressaltar, também, que pela indenização ser forma de recompensar, de maneira justa, a perda do expropriado, não caracteriza enriquecimento, não incidindo, portanto, imposto de renda.

É importante salientar também que, a existência de limitação administrativa não exime o Estado de pagar a indenização. No caso, o cálculo pericial pode utilizar um fator que desvalorize o terreno em decorrência da limitação, contudo, nunca privá-lo da indenização, sob pena de malferir garantia constitucionalmente prevista.

No cálculo do imóvel, a jurisprudência vêm entendendo que certos elementos são indispensáveis, como (i) valor do bem expropriado; (ii) lucros cessantes; (iii) juros

⁴² MORAES SALLES, José Carlos. Op. cit. P. 511.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. P. 783.

compensatórios; (iv) juros moratórios; (v) honorários advocatícios; (vi) custas e despesas judiciais; (vii) correção monetária e (viii) despesa no desmonte e transporte dos bens.

Deve incluir no preço, todo prejuízo que advir da desapropriação, assim, se o expropriando, por exemplo, realizar no local sua atividade negocial, não será apenas pelo valor do imóvel que deverá ser ressarcido. Aliás, em caso semelhante, se manifestou a 2ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Na indenização relativa ao fundo de comércio, não se conceitua este como o *fonds de boutique*, que é o que resta de um estabelecimento comercial em liquidação. Isto em nosso direito, como bem assinala Waldemar Ferreira, é fundo de negócio, é o saldo, o resíduo, os restos mortais do negócio. *Fundo de comércio, no sentido técnico-jurídico, é precisamente o estabelecimento, o organismo vivo, em plena atividade e funcionamento.* Ora, é a perda do fundo criado pelo comerciante que a doutrina e a jurisprudência têm admitido indenizável, pois a expropriação pode levar o comerciante a encerrar a sua atividade ou caracterizar um relevante prejuízo com a montagem do novo estabelecimento. Ninguém sustentaria o direito à indenização dessa unidade produtiva de riqueza, sem a perda efetiva do elemento “ponto”, por demonstrado e caracterizado efeito da desapropriação. (RDA 121/278)

No mesmo sentido entendeu o TRF4:

INCRA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. 1. Havendo o desapossamento administrativo do imóvel, em razão de assentamento realizado irregularmente pelo INCRA, caracteriza-se a ocorrência de desapropriação indireta, impondo-se o pagamento da indenização constitucionalmente garantida. 2. Em razão da destruição dos bens, da perda da produção e dos investimentos feitos no terreno, bem como frente às expectativas de safras futuras, devida também indenização pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes. 3. Consideradas as circunstâncias em que ocorreu o despejo do autor e de sua família, devida, ainda, indenização por dano moral. (TRF4, APELREEX 2005.70.05.002206-4, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 29/10/2008) (*grifou-se*).

Embora na decisão supratranscrita o e. Tribunal não tenha condenado o expropriante a indenizar o fundo de comércio, foi por o comerciante ter encontrado local próximo, “nova e melhor localização”, foi determinado, apenas, que pagasse as despesas com a mudança e perda das antigas instalações.

Com efeito, no cálculo do imóvel, o elemento mais importante para auferir-lhe preço é o interesse que o expropriando auferirá ao bem que será desapropriado. Destarte, as características da propriedade e atividades nela realizada devem ser levadas em consideração.

No valor auferido ao bem, o perito deve incluir todas as benfeitorias encontradas no bem, isso antes mesmo do decreto expropriatório. Entretanto, após a publicação do decreto, somente as benfeitorias úteis e necessárias, quando autorizadas, irão compor o cálculo da indenização, *ex vi* art. 26, § 1º do Decreto-Lei 3.365/41.

Já acerca dos lucros cessantes, “*duvida inexistente de que, na desapropriação, devendo a indenização ser justa, jamais poderia deixar de abranger os lucros cessantes*”⁴⁴. Contudo, deverão ser comprovados pelo expropriado para que sejam incluídos na indenização. Logo, não são presumidos, mas sim comprovados.

No mais, o valor a indenização, vias de regra, é dividido em duas parcelas. A primeira, o valor oferecido pelo imóvel quando da imissão na posse, que deve ser depositado em conta vinculada ao juízo, e a segunda, ao final do processo, que se comporá pela devida correção monetária e juros moratórios, bem como a referida diferença entre o preço oferecido e o encontrado, se houver.

Após proferida sentença, mesmo que o expropriado não concorde com o preço oferecido, poderá levantar 80% do depositado pelo expropriante.

Frisa-se, também, que se houve qualquer dívida que recaia sobre o bem, os valores serão abatidos da devida indenização, isto se essas dívidas já forem inscritas e ajuizadas.

Quando do levantamento total do depósito, deverá o expropriado comprovar a propriedade, quitação de dívidas fiscais e efetuar publicação de editais, com prazo de 10 dias para conhecimento de terceiros.

De efeito, conforme ensina José Carlos de Moraes Salles, o que materializará a exigência constitucional de indenização prévia, será o levantamento do preço pelo expropriado.

E nesse sentir, é importante diferenciar os conceitos de indenização prévia e de depósito prévio. Depósito significa entrega da indenização à terceiro que se encarregará de resguardá-lo (vias de regra, o depósito será judicial). Já o pagamento, conforme ressaltado, se perfectibilizará quando o credor levantar a importância.

⁴⁴ LIMONGI FRANÇA, R, Manual Prático das Desapropriações, Saraiva, 1976, p. 91.

Destarte, muito logicamente, Seabra Fagundes assevera que *“não se pode dizer, sem contrariar a natureza das coisas e o sentido das palavras, que esteja indenizando previamente o bem expropriado enquanto o preço se ache ao dispor da justiça e não em mãos do proprietário”*⁴⁵.

2.6.1 Juros moratórios

Conforme salientado, a indenização deve ser justa e prévia, e para que seja justa, há que se incluir no montante juros moratórios e compensatórios.

Os juros moratórios, são os devido pelo Poder Público em razão da demora no pagamento da indenização, e é, conforme lembra Carvalho Filho, citando Caio Mário, *“pena imposta ao devedor em atraso com o cumprimento da obrigação”*⁴⁶.

A base de cálculo do juros de mora é a prevista no art. 406 do Código Civil, que prevê que quando não convençionados, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora dos pagamentos de créditos da Fazenda Nacional. Atualmente é a taxa SELIC.

O termo inicial para aplicação do juros de mora é, de acordo com o art. 15-B do Decreto-Lei 3.665, de *“à razão de até seis por ano, e a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”*.

Tem-se que o novo critério prejudica imensamente o expropriado, haja vista que o termo inicial para contagem da mora, na maioria das vezes, será muito superior ao real. Antes da aplicação de tal regra, o entendimento dominante era muito mais favorável ao expropriado, aliás, favorável não, justo, pois previa a incidência de juros de mora a partir da sentença transitada em julgado.

Nesse sentir, em razoável entendimento, sugere Carvalho Filho:

É que o equívoco do novo critério adotado pelo legislador está na origem, ou seja, nada justificaria tamanho privilégio em favor da Fazenda Pública, na medida em que a ela mesma deveria incumbir o ônus de antecipadamente prever em seus

⁴⁵ SEABRA FAGUNDES, Da desapropriação no direito brasileiro, 1949, p. 328, apud Moraes Salles. Op. cit.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit.. P. 788.

orçamentos as indenizações a serem pagas em caso de desapropriação. Se o fizesse, o critério poderia muito bem continuar o anterior – o trânsito em julgado da sentença – critério, aliás, muito mais justo e consonante com a exigência de justa indenização prevista no art. 5º, XXIV, da CF.

Frisa-se, contudo, que o critério previsto no art. 15-B do Decreto-Lei, aplica-se, apenas, às pessoas de direito público, não estendendo-se, de forma alguma, à Administração Indireta ou às pessoas de direito privado habilitadas para desapropriar.

2.6.2 Juros compensatórios

Os juros compensatórios são aqueles devidos pela ocorrência de imissão provisória e antecipada na posse.

Anteriormente, por definição do Supremo Tribunal Federal, tal juro era submetido à base de 12% ao ano sobre o valor da indenização corrigido monetariamente, sendo o termo inicial a imissão na posse.

Contudo, a Medida Provisória n. 2.183-56, de 24/08/2001, introduziu o art. 15-A no Decreto-Lei 3.665, fixando os juros em até 6% ao ano, condicionando seu pagamento à hipótese em que deferida imissão provisória na posse, houver divergência entre o valor oferecido e o fixado em sentença, adotando, pois, entendimento contrário ao da Súmula 618 do STF⁴⁷.

Aliás, em apreciação pelo STF, consolidou-se o entendimento, também, de que o juro compensatório apenas incidiria sobre 80% do valor ofertado e do fixado em sentença. E isso porque, o expropriado só pode levantar, de imediato, 80% do preço.

Por fim, tem-se como perfeitamente possível a cumulatividade do juro compensatório e moratório, aliás, como frequentemente ocorre. Nesses casos, é lícito incidir o juro moratório sobre o compensatório, aliás, entendimento consolidado na Súmula 102 do STJ.⁴⁸

⁴⁷ Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

⁴⁸ A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.

3. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Tendo esclarecido de forma adequada os institutos que perpassam a desapropriação indireta, passa-se a conceitua-lo para, após, entrar definitivamente na temática elegida.

3.1 Evolução histórica da desapropriação indireta

Conforme salienta J. J. Canotilho, a responsabilização da Administração nem sempre foi uma tarefa simples. E isso porque, por um longo período o Estado não podia ser demandado, haja vista o *sovereign immunity*.

Destarte, a responsabilização efetiva da Administração Pública veio apenas com o surgimento dos Estados de Direito, e a subordinação da Administração às leis.

As primeiras notícias históricas da desapropriação indireta remontam ao ano de 1810, oportunidade em que questões acerca da desapropriação passaram a ser analisadas pelos Poder Judiciário.

Conforme assevera Francisco Carlos Duarte, no período que compreende entre 1850 e 1880, ocorreu a construção do instituto da desapropriação, momento em que a jurisprudência construiu a teoria da desapropriação indireta, conceituando-a como apossamento administrativo irreversível.⁴⁹

Hodiernamente, o direito administrativo francês distingue a desapropriação indireta de outras duas figuras, quais sejam, *emprise* (apropriação) e a via de fato.

Nesse sentir, o conceito de *emprise* é mais abrangente que o de desapropriação indireta, pois ocorre sempre que a Administração apossa administrativamente propriedade privada, com base jurídica, mas de modo irregular. Podendo ocorrer, por exemplo, por erro da

⁴⁹ De 1850 a 1880, que foi o período de maior elaboração conceitual do instituto, a jurisprudência construiu a teoria da desapropriação indireta, como sendo o apossamento administrativo irreversível. DUARTE, Francisco Carlos. Ação de Indenização por Desapropriação Indireta. Editora Juruá: Curitiba, 2003 P. 48

Administração ou mesmo por uma má delimitação de terras que faça a obra o Poder Público, sem querer, invadir propriedade alheia.

Por outro lado, tem-se a via de fato quando o Poder Público apossa sem base jurídica, é, pois, o esbulho ilícito.

Portanto, a via de fato é a hipótese a que diz respeito esta monografia.

Já a desapropriação indireta, acontece em todos os casos de desapossamento definitivo, sem o devido procedimento desapropriatório.

3.2 Conceito

A desapropriação indireta, conhecida também como inversa, irregular ou, ainda, de fato, não tem uma legislação que a regule. É, pois, nas palavras de Francisco Carlos Duarte, “*incorporação ao domínio público de qualquer bem de propriedade privada, sem a observância do processo legal*”⁵⁰.

A ausência de legislação que o regule, bem como o desrespeito ao devido processo legal, faz com que o instituto da desapropriação indireta crie uma situação irregular e anormal, haja vista que fere diretamente a legislação vigente e o *due process of law*.

Aliás, a desapropriação indireta nem pode ser considerada um instituto no sentido jurídico da palavra. E isso porque, na maioria das vezes, trata-se de ato ilícito pelo Poder Público.

Contudo, ainda existem alguns autores que ignoram a situação de fato da desapropriação indireta, como Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, asseverando que a desapropriação indireta “*assenta no princípio que prescreve a indispensabilidade urgente de certos serviços públicos. Princípio esse, sem dúvida, decorrente da iminência da ação estatal, e que substitui a via de fato dentro de prerrogativas que justificam o poder de supremacia de Estado*”.

⁵⁰ DUARTE, Francisco Carlos. Op. cit. P. 48.

Por outro lado, tem-se que existem outras formas de se compreender o instituto da desapropriação indireta, e nesse sentir, acertadamente, elucida Francisco Carlos Duarte, utilizando-se das lições de João Nunes Sento Sé:

Por seu turno, João Nunes Sento Sé, no nosso modo de sentir, melhor compreendeu o instituto da desapropriação indireta, pois elucidou corretamente as diferenças entre ela e a desapropriação indireta, enfatizando a necessidade urgente de se coibir os graves e sérios atentados da Administração Pública contra a propriedade privada, que a jurisprudência vem chancelando. Alerta, ainda, que essa orientação da jurisprudência vem estimulando sensivelmente o Poder Público a preterir o processo expropriatório regular, em flagrante desrespeito ao texto constitucional e às disposições legais referentes à desapropriação. Por isto, urge rever o seu conceito, a fim de que ela não sirva de escudo para tão condenável prática administrativa⁵¹.

O que ocorre na desapropriação indireta, em verdade, é que a Administração, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular. Destarte, a Administração transfere ao proprietário o ônus da desapropriação, sem ao menos indenizá-lo, obrigando-o a ir a juízo para obter a indenização que é sua de direito e por garantia legal.

De efeito, as posições processuais são invertidas. O poder público, ao necessitar da área por certo motivo, simplesmente apossa-se desta e faz com que o particular procure o judiciário para obter sua indenização justa, que deveria ser anterior à imissão na posse.

E nesse sentir, coloca coerentemente o Professor Miguel Reale:

É claro que a expropriação indireta pressupõe o desapossamento de um bem particular através de atos de ocupação que, por sua natureza e alcance, positivem a sua transferência definitiva para o patrimônio público, sem ter havido o devido processo expropriatório⁵².

É importante salientar, contudo, que não é qualquer apossamento ilegal que caracteriza a desapropriação indireta. Nesse sentir, há que existir uma grave limitação ao direito de propriedade. André Grisel, assevera que o Tribunal Federal da Suíça assentou que *“a interdição restringe a utilização de sua coisa de uma maneira extraordinariamente*

⁵¹ Idem. P. 49.

⁵² RT 419/37

elevada e sensível”⁵³. Assim, tem-se que uma das principais características da desapropriação indireta é o excesso de restrição que recai sobre o bem.

Podemos dividir a desapropriação e restrições à propriedade em dois grupos, (i) a afetação danosa do direito de propriedade e (ii) adoção de medidas legislativas, normativas, e de atos administrativos que restrinjam os poderes e as faculdades do proprietário.

Na primeira hipótese, temos o apossamento, de forma física, do bem, já no segundo, em razão de determinada norma ou ato administrativo, o particular é privado de sua propriedade.

Daí, extrai-se duas espécies de desapropriação indireta, a de fato, quando ocorrer afetação danosa física por parte da Administração ao bem, e a normativa, relacionada às medidas legais restritivas ao direito de propriedade reguladas pelo Poder Público.

Por fim, vale ressaltar que, a desapropriação indireta, em quaisquer de suas formas, causa, apenas, afetação ao bem em questão. E nesse sentir, é importante destacar que a afetação não é causa de transmissão da propriedade. Em decorrência, nas hipóteses em que o proprietário não pleitear em tempo hábil sua indenização, a única forma de o poder público obter tal bem para si, é propondo ação de usucapião.

Temos, pois, que a desapropriação indireta, aqui tratando-se da “de fato”, ocorre quando determinada autoridade administrativa pratica ato jurídico sem algum respaldo legal. É, portanto, o apossamento antijurídico e definitivo por parte da Administração Pública em detrimento da propriedade privada, privando o particular de privar, total ou parcialmente, seu direito de propriedade.

⁵³ GRISEL, André *apud* Wilton Luis da Silva Gomes. Inovações no regime jurídico das desapropriações. Dissertação de Mestrado. São Paulo: 2009.

3.3 Ação de desapropriação indireta

Longe de ocorrer apenas em casos excepcionais, a desapropriação indireta vem se transformando em procedimento corriqueiro e de emprego consciente por parte da Administração. E isso porque é muito mais fácil e cômodo invadir a propriedade particular e pagar a indenização após muitos anos.

Conforme salientado anteriormente, a desapropriação indireta é uma criação pretoriana, assim, anteriormente a essa construção jurisprudencial, os proprietários ilicitamente desapossados pela Administração recorriam aos interditos possessórios para salvaguardar e reaver seus direitos.

Ocorre que, os tribunais, verificando que já havia ocorrido a destinação pública dos terrenos desapossados, incorporando-se, pois, ao patrimônio público, passaram a determinar a conversão das ações possessórias em ações indenizatórias.

Assim surgiu, então, a ação de desapropriação indireta. Logo, a ação de desapropriação indireta, nada mais é que mera ação de indenização com procedimento ordinário.

Ademais, é de se frisar que a tolerância por parte do Judiciário com os apossamentos irregulares do Poder Público, tem fundamento, em boa parte, no princípio da intangibilidade da obra pública, assim descrevendo o Professor João Nunes Sento Sé:

O verdadeiro fundamento está na ideia de que a destruição da obra proviria de um formalismo oneroso, porquanto, após sua demolição, a Administração poderia, expropriando, recomeçar a construí-la. É então mais fácil admitir a tese da desapropriação indireta.

E acerca dos prejuízos suportados pelo apossado, afirma Clóvis Beznos:

Aos esbulhados pelo Poder Público, simplesmente resta o ínvio caminho da demanda judicial, em face das pessoas públicas, que fruem de privilégios processuais tais como os referentes aos prazos, para, depois de vencida essa íngreme escalada, se verem na via dos precatórios, com o risco de uma emenda

constitucional parcelar esses créditos em dez longos anos, como recentemente ocorreu.⁵⁴

Destarte, a ação de desapropriação indireta, nada mais é que uma ação indenizatória, que, por o desapossado não poder se utilizar de interditos possessórios, resta-lhe, apenas, ver-se ressarcido pela desapropriação irregular que sofreu.

3.3.1 Natureza jurídica da ação de desapropriação indireta

Como sabemos, as lesões que ocorrem na propriedade, podem gerar tanto ações reais, como de ressarcimento. Nesse sentir, na esfera do direito de propriedade, temos como ações específicas desta as petições e possessórias, ações essas que pretendem deixar a situação jurídica e de fato *status quo*. Já as ações de ressarcimento, busca-se o ressarcimento do prejuízo na forma de pecúnia.

Por este ângulo, não restam dúvidas de que ação de desapropriação indireta cabe, pois, na hipótese de ação de ressarcimento de danos. E isso porque, conforme já salientado, na maior parte das vezes há a impossibilidade de retornar o bem às mãos do expropriado, principalmente em decorrência do princípio da intangibilidade da obra pública, torna-se impossível reconstituir-se o bem, sendo a indenização a única forma de cessar tal lesão.

Nesse sentido, leciona Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Antes de o bem ser incorporado, mediante afetação, cabe ao titular utiliza-se de interdito proibitório (no caso de junto receio de ser direta ou indiretamente molestado na posse, a fim de impedir a turbação ou esbulho iminente), manutenção na posse (na hipótese de turbação) ou reintegração de posse (para os casos de esbulho consumado). Depois de vinculado materialmente o bem a um fim público qualquer, torna-se descabida quaisquer dos meios de proteção possessória enumerados. (...) Pode acontecer, ainda, de a proteção possessória ser requerida quando ainda não afetado o bem e, depois de ajuizada a ação, ocorrer a sua incorporação ao patrimônio público. Neste caso, transforma-se a ação possessória em ação de desapropriação indireta cujo objetivo será estritamente indenizatório.⁵⁵

⁵⁴ BEZNOS, Clóvis. Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação. Belo Horizonte: Fórum, 2006. P. 58

⁵⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Curso de Direito Administrativo: Parte Geral. Editora Podium: Salvador, 2008. P. 1140.

E sobre sua natureza jurídica, a jurisprudência entende a ação de desapropriação indireta como ação de direito real. Destarte, explicou a 2ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

I. A chamada ação de desapropriação indireta ou desapossamento administrativo, é, na verdade, uma ação reivindicatória. O proprietário injustamente desapossado, não podendo reivindicar a coisa, ocupada pelo Poder Público utilizada em obra pública, provando desde logo o seu domínio, reivindica o correspondente preço, ou seja, a justa indenização pela perda do bem. Por isso mesmo é que a jurisprudência acabou por pacificar a tese de que tal *ação tem natureza real*, sendo inatingida pela prescrição extintiva, só cedendo ante a prescrição aquisitiva⁵⁶.

Em verdade, a ação de desapropriação indireta é, pois, uma ação de caráter real, haja vista que o proprietário atingido busca o ressarcimento de prejuízos materiais decorrentes de apossamento administrativo.

3.3.2 Prescrição

A perda do direito subjetivo de propriedade, no caso, o direito do desapossado reivindicar justa indenização pela perda de seu bem, dá-se por usucapião, haja vista se tratar de ação de caráter real, incidindo, pois, prescrição aquisitiva, e não extintiva. Nesse sentir, ressalta Raquel Carvalho:

Consequentemente, somente quando for ultrapassado o período suficiente para aquisição da propriedade pelo Estado sem indenização é que poderá se considerar prescrito o direito do terceiro ajuizamento da desapropriação indireta. Enquanto o Poder Público não estiver desobrigado de ressarcir o esbulho por ter adquirido, por usucapião, o bem em questão, é lícito ao proprietário pretender recompor o seu patrimônio mediante ação de desapropriação indireta.⁵⁷

Destarte, a jurisprudência fixou entendimento de que enquanto não ocorrer a prescrição aquisitiva da propriedade, persiste o direito subjetivo do desapossado.

⁵⁶ RT 475/152

⁵⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano. Op. cit.. P. 1046

Daí o porquê dos tribunais pátrios decidirem de forma reiterada que a prescrição quinquenal, estabelecida em favor da Fazenda Pública, prevista no Decreto 20.910, não se aplica à desapropriação indireta. E sobre o tema, manifesta-se Gilberto Siqueira Lopes:

Efetivamente, se a Constituição garante a propriedade com largueza e generosidade, com vistas a ela, outra não podia ser uma interpretação razoável do texto legal. Naturalmente porque estar-se-ia substituindo um direito real por um direito de crédito, de prazo prescritível menor. O particular estaria sendo prejudicado com a diminuição de um prazo que lhe pertencia como direito. Assim, no caso específico, o Decreto 20.910 não é aplicável, em face do texto constitucional garantidor da propriedade.⁵⁸

Dito isso, é importante estabelecer, pois, o marco inicial da contagem do prazo prescricional aquisitivo.

No Código Civil de 1916, o prazo de prescrição aquisitiva para usucapião era de 20 anos, todavia, o novo Código diminuiu esse período para 15 anos. Nesse sentir, a jurisprudência entende que o prazo de prescrição da ação de desapropriação indireta é de 15 anos.

Todavia, esse entendimento não é unânime. Francisco Duarte, por exemplo, entende que não há como conceber que uma ação de natureza real prescreva em 20 anos, haja vista que existe determinação expressa que assevera que a prescrição das ações reais ocorrerá em 10 anos.

Ocorre que, inobstante os motivos e apelos do respeitável autor, não é nesse sentido que se manifesta a jurisprudência. Aliás, em caso elucidativo tal qual este, se pronunciou o 2º Tribunal de Alçada de São Paulo:

Assim, o art. 177 da lei civil deve conjugar-se ao seu art. 550, de tal sorte que não ocorrerá a prescrição extintiva do direito enquanto não se verificar a aquisitiva. É que um dos elementos do domínio é o direito do proprietário reivindicar os seus bens do poder de quem quer que injustamente os possua. Portanto, enquanto não ocorrer a aquisição por outrem, por força de usucapião, não desaparece aquele direito do proprietário. Clóvis Beviláqua ensina que “ações reais são as que se fundam em direito real. Extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente elimina a do antigo titular” (Código Civil, 11ª Edição, v. 1/368).⁵⁹

⁵⁸ LOPES, Gilberto Siqueira. A desapropriação e as limitações da propriedade privada. P. 57

⁵⁹ RT 429/91

Assim, salvo melhor juízo, temos que a prescrição na desapropriação ocorrerá no tempo da prescrição aquisitiva do bem, que na legislação civil atual, na forma extraordinária, dá-se em 15 anos.

4. Análise da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a legalidade da desapropriação de fato

Passa-se, pois, a analisar a legalidade da desapropriação indireta, mormente em sua modalidade de via de fato.

A maior parte da doutrina têm que diante da ordem constitucional em vigor, a desapropriação indireta é uma prática completamente ilegal e inconstitucional. E isso porque, além de ferir diversos preceitos e princípios constitucionais, deixa de observar o devido processo legal.

O art. 5º, XXIV, prevê que *“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”*. Nesse sentir, foi promulgado, em 1941, o Decreto-Lei 3.365, que dispõe sobre desapropriação e dá outras providências.

Desse modo, a conclusão a que se chega é de que a desapropriação indireta fere objetivamente os ditames constitucionais. E isso porque, conforme já esclarecido anteriormente, a desapropriação indireta caracteriza-se pelo apossamento de propriedade privada pelo público, salientando-se a perda total ou grave limitação ao direito de propriedade pelo desapossado.

Ora, se a desapropriação indireta é o apossamento de coisa particular pelo público, sem a observância do devido processo expropriatório previsto no Decreto-Lei 3.365, é adequado presumir-se que tal “instituto” fere a ordem constitucional.

De efeito, desobedecido o processo expropriatório, fere-se, também, o direito de propriedade, insculpido no art. 5º, XXII da Constituição Federal, direito este, aliás, dos mais complexos e fundamentais em nossa sociedade. Nesse sentido leciona Clóvis Beznos:

Com efeito, de plano se constata a vulneração de dois preceitos constitucionais pelo apossamento administrativo sem o pressuposto da prévia e justa indenização e do processo devido: o inciso XXII do art. 5º, que assegura o direito de propriedade, e o inciso XXIV do mesmo artigo, que além de condicionar a desapropriação à prévia ocorrência da necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, prescreve também a necessidade de um procedimento legal para a efetivação da desapropriação.⁶⁰

A propriedade, conforme dito, é garantia fundamental do indivíduo, devidamente protegido pela Carta Magna. Nesse sentir, prevendo a possibilidade de conflito entre a propriedade particular e o interesse público, o legislador criou o instituto da desapropriação, que institui a indenização prévia à imissão na posse por parte da Administração, e a justeza dessa contraprestação, bem como diversos outros atos administrativos. Lecionando sobre o tema, assevera Alexandre de Moraes:

Toda pessoa, física ou jurídica, tem direito à propriedade, podendo o ordenamento jurídico estabelecer suas modalidades de aquisição, perda, uso e limites. O direito de propriedade, constitucionalmente consagrado, garante que ninguém dela poderá ser privado arbitrariamente, pois somente a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social permitirão a desapropriação⁶¹.

É verdadeira afronta, pois, ao direito fundamental da propriedade a desapropriação indireta de fato, haja vista que, após apossado o imóvel e ocorrida a destinação pública deste, outro remédio não resta ao desapossado a não ser enfrentar anos frente a uma ação judicial, amargando sérios prejuízos durante todo esse período, para, ao final, receber a determinada quantia por meio de um precatório que, ainda, poderá dividir o valor que lhe é devido em dez longos anos. Ou seja, por mais que realmente exista utilidade pública ou interesse social, ao ignorar o processo administrativo da desapropriação, está-se diante de uma limitação arbitrária da propriedade.

E no sentido da ilegalidade de tal prática, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

A chamada ação de desapropriação indireta, criação pretoriana à base de reivindicação convertida em indenizatória de esbulho, funda-se, em última análise, na prática de ato ilícito dos prepostos da autoridade que deveria ter promovido desapropriação com imissão de posse e, entretanto, não o fez, ordenando a violência

⁶⁰ BEZNOS, Clóvis. Op. cit. P. 57

⁶¹ MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. P. 173.

ou fraude contra particular. (Recurso Extraordinário 75.731. Min. Relator Aliomar Baleeiro. Julgado em 15/05/73).

Cabe lembrar que o direito de propriedade é tão complexo quanto fundamental. É protegido há muito. Aliás, a Declaração Universal de Direito Humanos, datada de 26 de agosto de 1789, já previa o direito à propriedade, bem como a proteção desta:

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Claro que o direito de propriedade não é absoluto, e nem é o que se requer. Entretanto, há de se haver segurança jurídica. O devido processo legal expropriatório é direito do desapropriado e dever legal da Administração.

Outro preceito frontalmente violado na desapropriação indireta é o devido processo legal (*due process of law*) assegurado no caso de limitação ao direito de propriedade. Entende-se como devido processo legal, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, o conjunto de garantias constitucionais do processo. Claro, pois, que, ao desrespeitar o processo legal previsto no Decreto-Lei 3.365/41, está-se diante de nítida afronta ao texto constitucional, que estabeleceu o devido processo como garantia, o que ganha ainda mais inflexibilidade em se tratando de direito fundamental, tal qual o da propriedade.

E que consequência pode ocorrer após o ato do Poder Público desrespeitador à Constituição? Em verdade, quase nada. E isso porque a maciça parte da doutrina e jurisprudência entende que a única coisa que o desapossado pode fazer, é enfrentar o longo caminho da demanda judicial.

Aliás, o art. 35 do Decreto-Lei 3.365/41 prevê que:

Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

O que podemos extrair do exceto, é que, inobstante a irregularidade do ato da desapropriação indireta, não caberá ao desapossado reivindicar o bem perdido após dada

destinação pública ao bem. Nas palavras de Francisco Carlos Duarte, “*a aludida norma jurídica nega proteção processual ao direito de propriedade*”⁶².

Aliás, em clara discordância com tal dispositivo, assevera Clóvis Beznos:

Ocorre que tal dispositivo nem ao menos conflita com a Constituição Federal, pois quando estabelece a impossibilidade de reivindicação dos bens incorporados ao patrimônio da Fazenda Pública, faz expressa referência aos “bens expropriados”. Ora, para que os bens sejam considerados expropriados, evidencia-se a necessidade do pagamento prévio da justa indenização, significando isso que enquanto não efetuado o pagamento da indenização, não se pode considerar nenhum bem como expropriado, pena da vulneração da regra do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, que estabelece como requisito para a desapropriação o pagamento da prévia e justa indenização. Como se vê, a regra estatuída pelo citado artigo 35 não alcança os bens compreendidos na chamada desapropriação indireta, porque tais bens não podem ser considerados como expropriados, pela ausência do requisito indenizatório e do processo legal, exigido como pressupostos da desapropriação. Assim, não há no ordenamento jurídico respaldo normativo expresso a justificar a impossibilidade da ação de reivindicação do bem objeto de ilícito apossamento pelo Poder Público ⁶³.

Ocorre que, no conflito entre interesses público e privado, aquele prevalecerá, em especial com forte no princípio da intangibilidade da obra pública, haja vista que não existe sentido em destruir obra já estabelecida. Destarte, havendo irreversibilidade do apossamento, tem-se que o meio mais adequado, realmente, é a tradução da coisa em preço.

Em verdade, o que ocorre, é que o desapossado deve, desde tão logo quanto tiver ciência do esbulho, intentar ação de caráter possessório, para reivindicar tal bem. E isso porque, a jurisprudência e boa parte da doutrina, entende como descabida o retorno da propriedade ao particular, haja vista o princípio da intangibilidade do bem público.

Decidindo acerca de tema semelhante, se pronunciou o STJ:

ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. (DECRETO ESTADUAL 37.536/93). DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESSUPOSTOS: APOSSAMENTO, AFETAÇÃO À UTILIZAÇÃO PÚBLICA, IRREVERSIBILIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. A chamada “desapropriação indireta” é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público.

⁶² DUARTE, Francisco Carlos. Op. cit. P. 64.

⁶³ BEZNOS, Clóvis. Op. cit. P. 58.

2. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

3. No caso concreto, não está satisfeito qualquer dos requisitos acima aludidos, porque (a) a mera edição do Decreto 37.536/93 não configura tomada de posse, a qual pressupõe necessariamente a prática de atos materiais; (b) a plena reversibilidade da situação fática permite aos autores a utilização, se for o caso, dos interditos possessórios, com indubitável possibilidade de obtenção da tutela específica.

4. Não se pode, salvo em caso de fato consumado e irreversível, compelir o Estado a efetivar a desapropriação, se ele não a quer, pois se trata de ato informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 628.588/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma julgado em 02/06/2005, DJ 01/08/2005). (*grifou-se*)

Ocorre que, longe de ocorrer eventualmente, em casos de grande urgência e de erro por parte da Administração, a desapropriação na forma indireta se transformou em procedimento corriqueiro e conscientemente empregado pelo Poder Público. E nesse sentido, muitos doutrinadores já se manifestaram, como Kiyoshi Harada:

Normalmente, o apossamento administrativo é levado a efeito pelos administradores menos escrupulosos como forma de viabilizar implantação de melhoramento público, sem a correspondente dotação orçamentária e sem os recursos financeiros necessários, com grave infração dos princípios orçamentários. Porém, obedece sempre a um plano de melhoramento previamente aprovado por lei ou por órgão com essa incumbência. Na maioria das vezes, até existe o ato declaratório de desapropriação regularmente emitido pela chefia do Executivo. Só faltando os recursos orçamentários e financeiros. Daí o apossamento.⁶⁴

Aliás, entende da mesma forma José Carlos de Moraes Salles:

Torna-se mais fácil invadir a propriedade particular para só depois de muitos anos indenizar. Ademais, a sanha de construir obras públicas com propósitos eleiçoeiros tem levado muitas vezes administradores inescrupulosos a lançar mão dos bens particulares sem o devido processo legal, deixando o encargo do pagamento das indenizações para governos futuros. O expediente é lamentável, mas tem sido

⁶⁴ HARADA, Kiyoshi. Op. cit.. P. 188

empregado com largueza, violando o preceito constitucional (art. 5º, XXIV) que só admite a desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro⁶⁵.

Entendem, pois, os prestadores de serviço do Poder Público, que seria algum tipo de vantagem para a Administração a desapropriação indireta. Entretanto, mais enganados não poderiam estar. E isso porque, após ajuizada a competente Ação de desapropriação indireta, os desapossados são, geralmente, recompensados com quantias bem expressivas a título de indenização, haja vista que, mesmo na desapropriação indireta, são devidos juros compensatórios e moratórios desde a ocupação. Marçal Justen Filho, alerta para os prejuízos que podem trazer para os cofres públicos os benefícios imaginados por seus administradores:

Os cofres públicos têm arcado com o pagamento de indenizações vultuosíssimas, a propósito das chamadas ações de indenização por desapropriação indireta. A experiência demonstrou que, em vez de trazer algum benefício (imaginário) para os cofres públicos, a pura e simples invasão de terras privadas e sua apropriação para a satisfação de interesses coletivos geram efeitos extremamente nocivos. O montante das indenizações supera largamente o preço de mercado dos bens, especialmente por efeito da incidência dos juros compensatórios desde a ocupação⁶⁶.

Entretanto, o que ocorre de verdade, é a depreciação da imagem do Poder Público frente a população. E isso porque, o que se espera de uma Administração, no mínimo, é a retidão e lisura em suas atividades. E a insatisfação do particular, torna-se ainda maior quando violado o seu direito de propriedade, que, em tese, deveria ser limitado, apenas, quando instaurado devido processo administrativo. Nesse sentir, é como salienta Eurico Sodré:

Por via de regra o desapossamento administrativo raramente deverá ocorrer pois se presume do Poder Público um alto respeito pelos direitos alheios e espírito de continência ante a prática de atos violentos ou tirânicos. Por isso, o apossamento administrativo somente se justificará quando praticado sem dolo, ainda que com culpa⁶⁷.

Com efeito, é tão flagrante a ilegalidade da desapropriação indireta, que outra oportunidade, foi sancionada Lei Complementar (LC 101), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Em seu artigo 46, a referida lei prescreve pena de nulidade para o ato expropriatório irregular:

⁶⁵ MORAES SALES, José Carlos. Op. cit. P. 847

⁶⁶ Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 454/455

⁶⁷ SODRÉ, Eurico, A desapropriação. P. 94.

Art. 46. É nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização.

Ora, se a legislação complementar, em cumprimento ao disposto na Constituição Federal, comina pena de nulidade para o ato desrespeitador dos ditames processuais expropriatórios, *a fortiori*, a desapropriação indireta poderia ser punida com a nulidade.

Contudo, a nulidade da desapropriação traria sérios prejuízos para a Administração, já que, como vimos, em muitas vezes a expropriação indireta é, em verdade, artimanha política para driblar as diretrizes orçamentárias.

Desta forma, o Poder Público e o Poder Judiciário devem tomar uma consciente e pensada decisão. De um lado, ao se deixar o esbulho por parte da Administração sem punição alguma, se incentiva a desapropriação indireta e o desrespeito a inúmeras regras legais, do outro, ao reverter a propriedade apossada para o particular, desperdiçar-se-ia grande volume de dinheiro do poder público.

Em verdade, a escolha da Administração e, especialmente do Poder Judiciário, tem sido no sentido de privilegiar o princípio da intangibilidade da obra pública. Aliás, em anotação parecida se manifestou o Professor João Nunes Sento Sé:

O verdadeiro fundamento está na ideia de que a destruição da obra proviria de um formalismo oneroso, porquanto após a sua demolição, a Administração poderia, expropriando, recomeçar a construí-la. É então mais sábio admitir a tese da desapropriação indireta.⁶⁸

E entendendo, da mesma forma, pela impossibilidade de reverter-se a coisa ao particular, já se posicionou o STF, na pessoa do Ministro Relator Eloy da Rocha:

Tem ocorrido, com frequência, que o Poder Público, sem promover a ação, realiza pela ocupação da coisa, desapropriação de fato, que se passou a chamar de desapropriação indireta. Certamente, esse comportamento não serve de afastar a garantia constitucional. O direito à indenização que, na desapropriação indireta, assiste ao proprietário, embora a ilegalidade do desapossamento administrativo, tem, na essência, o mesmo fundamento daquele inscrito como garantia constitucional. O

⁶⁸ SENTO SÉ, João Nunes, RDP 15/143 *apud* SALLES, José Carlos de Moraes. Op. cit. P. 848

direito à indenização, pressuposto da desapropriação – que é exercício regular de direito – não pode desaparecer com a ilicitude de atos praticados pelo desapropriante. Se o desapropriante, por forma contrária à lei ordinária e à regra constitucional, toma a propriedade, daí decorrem, a mais, outros efeitos jurídicos. Ao direito à indenização, acrescentam-se, então, efeitos da desapropriação de fato, como juros compensatórios, devidos desde a ocupação, segundo a jurisprudência do STF. A desapropriação, por nenhuma forma, inclusive pelo desapossamento administrativo, poderá ser causa de perda da propriedade, antes da prestação do desapropriante, nos termos da Constituição. O expropriado não perde a propriedade, na desapropriação indireta, pela simples ocupação; poderá perde-la, se, decorrido o tempo previsto na lei, o desapropriante a tiver adquirido por usucapião. Os bens indiretamente expropriados, porque aproveitados para fins de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, não podem ser reavidos “in natura”. Impossível reivindicar o próprio bem, a ação, cujo fundamento é o direito de propriedade, visa, precipuamente, à prestação do equivalente da coisa desapropriada, que é a indenização assegurada na Constituição, como pressuposto do ato de retirada da propriedade. A denominada ação de desapropriação indireta tem assim, caráter real. Este é ponto pacífico na jurisprudência do STF.⁶⁹ (*grifou-se*)

Conforme já salientado nessa pesquisa, diversos são os atos administrativos em um processo expropriatório, que, frise-se, não ocorrem por mero formalismo, mas sim para resguardar os direitos do expropriado. A desapropriação indireta, não é muito ressaltar, não é pautada na legalidade, pois não existe previsão em nosso ordenamento para que tal prática ganhe *status* de instituto.

É criação pretoriana. Aliás, é importante salientar que não é o fato de ser criação jurisprudencial que despe tal prática de legalidade e constitucionalidade. E isso porque, o mais agravante dessa situação, são os direitos e princípios que fere. O direito à propriedade pode ser flexibilizado, e como realmente é, haja vista a função social da propriedade. Entretanto, essa flexibilidade não pode dar lugar à arbitrariedade pura da Administração, conforme ocorre *in casu*.

Destarte, pelo exposto, o que se pode perceber, é a ausência de norma reguladora da desapropriação indireta. Não obstante, mais do que isso, notamos o real conflito e ferimento aos ditames constitucionais.

De efeito, com a desapropriação indireta, temos, não só o descompasso com o direito de propriedade, como também o desrespeito ao devido processo legal e ao previsto na lei geral da desapropriação, Decreto-Lei 3.365/41.

⁶⁹ SALLES, José Carlos de Moraes. Op. cit. P. 848

Nesse sentir, é importante a sensibilização do Poder Público para o caráter abusivo e arbitrário que a desapropriação indireta traz consigo. E isso porque, longe de ser uma prática isolada, tem, por muitas vezes, sido a regra, substituindo a desapropriação legal com seu devidos atos administrativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciado o trabalho com considerações pertinentes sobre o instituto da propriedade, foi esclarecida a sua longa evolução histórica, bem como seu conceito e principais características. E aqui, é importante ressaltar que, embora o conceito de propriedade possa, a princípio, parecer dissociado do tema trabalhado, tem-se que sua análise é fundamental para a compreensão do porque o apossamento administrativo de fato, conforme viu-se no último capítulo, veste-se de ilegalidade.

Explica-se.

A propriedade é, de veras, instituto complexo, e de conceituação subjetiva, sem mencionar a proteção constitucional de que se reveste. Nesse sentir, por tamanha importância e complexidade, a perda da propriedade particular para o Poder Público, ocorre em casos exatos e previstos em lei.

Logo, muito interessa a contextualização do instituto de propriedade para adentrar de forma adequada nas formas de intervenção na propriedade pelo Estado.

Destarte, no procedimento desapropriatório não cabe nenhum tipo de flexibilização unilateral, sob pena de malferir diversos dispositivos, conforme restou incontestado no último capítulo.

No segundo capítulo, coube esclarecer as linhas gerais da desapropriação e do procedimento expropriatório, tecendo sobre seus pressupostos, competência e indenização devida. Destarte, perpassou-se pelas principais características da desapropriação contidas no Decreto-Lei 3.365/41.

Dessa forma, após analisados os atos e requisitos expropriatórios, evidenciou-se o quão inapropriado é o apossamento administrativo de fato. E isso porque, as diversas etapas e delongas do processo de desapropriação, por mais que pareçam ser favorecedoras do Estado, garantem a devida indenização e a possibilidade de contestá-la.

Já no capítulo terceiro, foi possível conceituar a desapropriação indireta devidamente. Concluiu-se, pois, ser a desapropriação indireta o apossamento administrativo da propriedade privada pelo Poder Público, termos em que o indivíduo proprietário perde totalmente seu bem ou sofre grave limitação no exercício de seu domínio, e sendo o particular privado da indenização devida.

No mais, foram ressaltadas as características da desapropriação indireta, bem como a ação competente para pleitear a indenização suprimida pelo apossamento por parte do Poder Público. E isso porque, no caso de já ocorrer destinação pública do bem, a única saída do desapossado é enfrentar a demanda judicial para, por ação de desapropriação indireta, e requerer o que lhe é devido.

Ação de desapropriação indireta é, pois, nada mais que uma ação indenizatória, mas de caráter real.

No capítulo derradeiro, a desapropriação indireta, no caso a via de fato, foi analisada quanto a sua legalidade calcada em subsídios doutrinários e jurisprudenciais.

Segundo as lições de diversos doutrinadores, devidamente destacados no corpo do texto do capítulo quarto, a prática do apossamento administrativo (desapropriação indireta) tem sido muito mais recorrente do que seria aceitável. Aliás, como visto, vem sendo utilizada largamente por administradores inescrupulosos para realizar obras com finalidade pública sem resguardar orçamento para tanto ou obedecer os demorados procedimentos

Vale ressaltar que, inobstante exista quem acredite nas vantagens orçamentárias da desapropriação indireta, Marçal Justen Filho assevera que os cofres públicos têm sido lesados incessantemente, e de forma muito mais brutal, do que se fosse obedecido o processo expropriatório.

Ora, extrai-se disso, e de tudo o anteriormente exposto, que o Poder Público além de desrespeitar o particular, ainda coloca a Administração em desvantagem financeira.

Nesse sentir, tem-se que nenhum benefício advém da desapropriação indireta para o desapossado ou para a desapropriação. Aquele é privado de seu bem, da respectiva indenização, e ainda é obrigado a procurar esta em juízo e, possivelmente, receber os valores determinados em sentença por meio de precatório. Já a Administração, posterga o pagamento, dá finalidade pública ao bem, mas paga valor consideravelmente maior adiante e adicionado de custas processuais.

Aliás, é importante salientar que, conforme diversas decisões colacionadas no percorrer dos capítulos, a jurisprudência também entende pela ilegalidade do apossamento administrativo de fato, contudo, aparenta-lhes mais razoável a conversão do pedido da restituição do bem em indenização, do que o desfazimento da obra pública, haja vista o princípio da intangibilidade da obra pública.

Destarte, contrapondo-se os pontos de vista da Administração e do desapossado, conclui-se que a desobediência às normas e princípios não traz vantagem a nenhum dos lados. O particular porque é exposto a grave prejuízo financeiro e à Administração, que apenas posterga e aumenta uma dívida que deveria ter sido honrada anteriormente.

Todavia, se por um lado, a o apossamento administrativo intencional deveria ser punido, por outro, muito dinheiro público seria desperdiçado na nulidade de tal “processo”. Assim, a única forma de tolher tal prática é a conscientização dos representantes da Administração. E isso porque, o adequado não é que o bem, após atender finalidade pública, seja revertido ao particular, mas sim que, na necessidade ou urgência de certa propriedade privada, se observe os ditames legais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEZNOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum:, 2006.

BOBBIO, Norberto; NICOLA, Matteucci; GIANFRANCO, Pasquino. *Dicionário de Política*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29. jan. 2013.

_____. Código Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29. jan. 2013.

_____. Decreto-Lei 3.365/1941. Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em 29. jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 628.588 de São Paulo. Estado de São Paulo contra ENGETERPA. Ministro Relator: Luiz Fux. Criação de área de preservação ambiental. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400047027&dt_publicacao=01/08/2005>. Acesso em 29.jan.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 75.731. Ministro Relator Aliomar Baleeiro. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_75731_PR%20_15.05.1973.pdf> Acesso em 29.jan.2013

_____. Tribunal Regional Federal. Reexame Necessário n. 2005.70.05.002206-4. Disponível em:
<[>. Acesso em 29. jan. 2013.](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200570050022064&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selforma=NU&todaspartes=&hdnRefId=8861f9734df763a79df8e24c5f6c3c64&txtPalavraGerada=jkvt&txtChave=)

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível 2003.013962-1. Disponível em:
<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAE5GmAAH&categoria=acordao>. Acessado em 29. Jan. 2013.

_____. Lei Complementar 101. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em 29.jan.2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo: Parte Geral*. Salvador: Podium, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – 4º Volume – Direito das Coisas*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DUARTE, Francisco Carlos. *Ação de Indenização por Desapropriação Indireta*. Curitiba: Juruá:, 2003.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Editora Comares, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1º/96, 1972.

GASPARINI, DIÓGENES. *Direito Administrativo*. 6ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HARADA, KIYOSHI. *Desapropriação doutrina e prática*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª Ed.: São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMONGI FRANÇA, R. *Manual Prático das Desapropriações*. São Paulo: Saraiva, 1976

LOPES, Gilberto Siqueira. *A desapropriação e as limitações da propriedade privada*. São Paulo: Jurid Vellenich:.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas:, 2003.

MORAES SALLES, José Carlos. *A desapropriação a luz da doutrina e da jurisprudência*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais:, 2006.

PILATI, José Isaac. *Conceito e classificação da propriedade na pós modernidade: a era das propriedades especiais*. Revista Sequência, nº 59, p. 89-119, dez. 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI, Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2001.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. *O Princípio da Função Social da Propriedade e a Compreensão Constitucionalmente Adequada do Conceito de Propriedade*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/O%20principio%20da%20%20funcao.pdf> Acesso em 30.jan.2013

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva:, 1955.

SILVA GOMES, Wilson Luis. *Inovação no Regime Jurídico da Desapropriação*. São Paulo. 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042010-093843/en.php>. Acesso em: 29 jan. 2013.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instruções de direito civil*. São Paulo: Forense, 1978.