

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Marcela Sproesser Cascaldi

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

SÃO PAULO

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Marcela Sproesser Cascaldi

**DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Administrativo, sob a orientação da Profa., Dra. Taiane Lobato de Castro.

**SÃO PAULO
2019**

Banca Examinadora

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar a chamada Desapropriação Indireta, procedimento através do qual a Administração de forma abusiva e irregular se apossa do imóvel particular, especialmente sua constitucionalidade, tendo em vista que a desapropriação é uma das formas mais severas de intervenção do Estado na propriedade, autorizada constitucionalmente desde que observadas as garantias e formalidades exigidas. Para tanto, o presente trabalho tem por base a pesquisa qualitativa, realizada por método dedutivo, por meio análise de doutrina, legislação, jurisprudência e princípios constitucionais. Iniciamos com o estudo acerca da propriedade, sua delimitação jurídica, a evolução histórica do conceito e a subordinação ao princípio da função social da propriedade. Em seguida tratamos da relação do referido princípio com as formas de intervenção do Estado na propriedade, tratando de maneira específica da desapropriação, trazendo o tratamento legal do tema, seus fundamentos e requisitos, bem como as espécies de desapropriação previstas pela Constituição Federal. Passamos então para o estudo da desapropriação indireta, seu conceito e fundamento jurídico, suas espécies, a ação do lesado para se ver ressarcido dos prejuízos causados pelo Poder Público, bem como os efeitos decorrentes da desapropriação. Por fim, concluímos que a desapropriação indireta é inconstitucional, tendo em vista se tratar de ato manifestamente ilícito do Poder Público, que viola o direito de propriedade sem observar o devido processo legal de desapropriação, desrespeitando formalidades inerentes ao instituto, especialmente o pagamento da justa e prévia indenização em dinheiro e que deveria acarretar a punição civil, administrativa e penal dos agentes políticos e administrativos responsáveis pela ilicitude.

Palavras-chave: Direito administrativo. Desapropriação. Desapropriação Indireta.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the Indirect Expropriation, a procedure through which the Administration improperly and irregularly takes possession of the private property, especially its constitutionality, considering that expropriation is one of the most severe forms of State intervention in private property, constitutionally authorized provided that the required guarantees and formalities are observed. Therefore, the present study is based on qualitative research, carried out by deductive method, through an analysis of doctrine, legislation, jurisprudence and constitutional principles. We begin with the study of property, its legal delimitation, the historical evolution of the concept and the subordination to the principle of the "social function of property". Next, we analyze the relation between this principle with the State's forms of intervention in the private property, specially the expropriation, its concept and legal treatment, its requirements, as well as the species of expropriation provided by the Federal Constitution of Brazil. We then proceed to the study of indirect expropriation, its concept and legal basis, its species, the action of the injured party to be compensated for the damages caused by the Administration, as well as the effects resulting from expropriation. Finally, we conclude that the indirect expropriation is unconstitutional, considering that it is a manifestly unlawful act of the Public Power, which violates the property right without observing due process of expropriation, disregarding the formalities inherent to the institute, especially the payment of just and prior indemnification in cash and that should lead to civil, administrative and criminal punishment of the political and administrative agents responsible for the unlawfulness.

Keywords: Administrative law. Expropriation. Indirect Expropriation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ASPECTOS GERAIS DA DESAPROPRIAÇÃO	15
2.1	Propriedade e função social	15
2.2	Intervenção do Estado na propriedade privada	19
2.3	Tratamento legal da desapropriação no Brasil	23
2.4	Fundamentos e Requisitos da desapropriação	27
2.5	Desapropriação: forma originária de aquisição da propriedade	31
2.6	Objeto da desapropriação	32
2.7	Fases da desapropriação	33
2.8	Declaração de utilidade pública.....	34
2.9	Espécies de desapropriação	35
2.9.1	Desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública	37
2.9.2	Desapropriação por interesse social	38
2.9.3	Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.....	39
2.9.4	Desapropriação urbanística.....	41
2.9.5	Desapropriação de propriedades onde se localizam culturas ilegais de plantas psicotrópicas.....	43
2.9.6	Desapropriação de propriedade onde for localizada a exploração de trabalho escravo.....	45
3	DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA	47
3.1	Conceito de Desapropriação Indireta	48
3.2	Fundamento Jurídico.....	52
3.3	Espécies de desapropriação indireta	54
3.3.1	Desapropriação indireta “de fato”	54
3.3.2	Desapropriação indireta “normativa”	56
3.4	Ação do desapropriado	58
3.5	Efeitos	65
4	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito é dever da Administração alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, agindo sempre sob o manto da legalidade, forma de proteção do cidadão contra possíveis descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal.

Neste sentido, é esperado que existam situações nas quais os interesses individuais deverão ser flexibilizados para a realização do bem comum.

É o que se verifica quando estudamos o direito de propriedade. Ao analisarmos sua evolução histórica percebemos que é antiga a preocupação com a proteção da propriedade, e que com o passar dos tempos, especialmente durante os séculos XIX e XX, passamos de uma visão individualista e de gozo quase absoluto deste direito, para uma visão com sentido social, importando em intervenções públicas na propriedade privada de maneira a subordiná-la às exigências do bem comum.

Dentre as possíveis intervenções estatais na propriedade privada, a mais gravosa é a desapropriação, que retira compulsoriamente a propriedade do particular, transferindo-a para o Poder Público, nas hipóteses expressamente previstas na lei, e seguindo o devido processo legal, mediante o pagamento de indenização ao lesado, em respeito ao princípio da igualdade.

Porém, existem casos em que o Estado se apossa de maneira abusiva e irregular da propriedade do particular, sem respeitar o devido processo expropriatório, especialmente no que diz respeito à exigência constitucional do pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro; ou ainda, casos em que se verifica um excesso de restrição ao direito de propriedade, por decorrência de regulamentação estatal que ilegalmente priva o particular, sem o seu consentimento, da fruição total ou parcial do seu direito de propriedade.

Nas situações acima descritas temos o que se convencionou chamar de desapropriação indireta, objeto de estudo do presente trabalho, que tem por objetivo analisar a constitucionalidade do instituto.

Considerando que a desapropriação é uma das formas mais severas de intervenção do Estado na propriedade, autorizada constitucionalmente a produzir um sacrifício de direito individual em prol do bem comum, desde que observado o complexo regime jurídico pertinente, composto por regras de direito material e processual que servem como garantias reconhecidas aos particulares, seria constitucional a chamada desapropriação indireta, procedimento através do qual a Administração de forma abusiva e irregular se apossa do imóvel particular?

Tendo em vista a proteção constitucional atribuída ao direito de propriedade, elencado no rol dos direitos fundamentais por força do art. 5º, *caput* e inciso XXII da Constituição Federal, bem como o complexo regime jurídico que rege o instituto da desapropriação, necessário se faz o estudo da constitucionalidade da desapropriação indireta a fim de proteger o cidadão contra abusos dos detentores do exercício do Poder estatal, responsabilizando penal, civil e administrativamente os agentes públicos que atuam em descompasso com o ordenamento jurídico.

O presente trabalho tem por base a pesquisa qualitativa, realizada por método dedutivo, por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação, jurisprudência e princípios constitucionais.

No primeiro capítulo de desenvolvimento trataremos dos aspectos gerais da desapropriação. Iniciaremos a pesquisa com um estudo acerca da propriedade, sua delimitação jurídica, a evolução histórica do conceito e a subordinação ao princípio da função social da propriedade.

Ainda neste capítulo abordaremos as formas de intervenção do Estado na propriedade, com foco na desapropriação, trazendo o tratamento legal do tema, seus fundamentos e requisitos, bem como as espécies de desapropriação previstas pela Constituição Federal.

No segundo momento do estudo iniciaremos a análise da chamada desapropriação indireta, seu conceito e fundamento jurídico, fazendo o paralelo com a desapropriação comum, bem como a relação dos princípios da legalidade e segurança jurídica com a desapropriação indireta.

Ainda neste capítulo estudaremos as espécies de desapropriação indireta, a ação do lesado para se ver ressarcido dos prejuízos causados pelo Poder Público, a possibilidade de reivindicação do bem pelo proprietário e responsabilização dos agentes públicos.

Por fim, analisaremos os efeitos decorrentes da desapropriação, como a transferência da propriedade do bem expropriado ao patrimônio estatal, bem como a possibilidade de alienação do imóvel passando o terceiro adquirente a sub-rogar-se em todos os direitos a ele relacionados.

2 ASPECTOS GERAIS DA DESAPROPRIAÇÃO

O instituto da desapropriação está intimamente ligado à ideia de propriedade. Portanto, para que possamos iniciar nosso estudo imperioso que façamos uma análise, ainda que breve, sobre a propriedade e sua delimitação jurídica.

2.1 Propriedade e função social

Primeiramente, cabe destacar que existem dois tipos de conceitos jurídicos: os lógico-jurídicos e os jurídico-positivos.

Segundo Ricardo Marcondes Martins, os conceitos lógico-jurídicos são imanentes a todo sistema jurídico, passíveis de universalização, ferramentas indispensáveis à compreensão do direito positivo, seja ele qual for. Exemplos de conceitos lógico-jurídicos são: norma jurídica, existência e validade. Já os conceitos jurídico-positivos são identificadores de um conjunto de efeitos normativos dentro de um certo sistema normativo, podem, portanto, sofrer variações quando comparados entre ordenamentos jurídicos de diferentes origens.¹

O direito de propriedade é um exemplo de conceito jurídico-positivo. No ordenamento jurídico pátrio está elencado no rol dos direitos fundamentais por força do art. 5º da Constituição Federal que estabelece serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, determinando em seu inciso XXIII que a propriedade atenderá à sua função social.

O tema também é previsto no artigo 1.228 e seguintes do Código Civil de onde se extrai que a propriedade é o direito real pelo qual seu titular tem a faculdade de usar, gozar, dispor dos bens a que se tem domínio e reivindicá-los de quem

¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Apontamentos sobre desapropriação no Direito Brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público n. 57. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87.

injustamente os possua ou detenha, devendo ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais, e preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do meio ambiente.

De acordo com Kiyoshi Harada, para conceituarmos o direito de propriedade é necessário estudar seus elementos constitutivos. São eles: a) o direito de propriedade é absoluto, à medida que é oponível *erga omnes*, estando o titular sujeito a determinadas limitações impostas no interesse da coletividade; b) é exclusivo, conforme se depreende do art. 1.231 do Código Civil o que prevê que “a propriedade presume-se exclusiva e limitada até prova em contrário”; c) é irrevogável, uma vez adquirida não pode ser perdida senão pela vontade do proprietário.²

Apesar de revestir-se das características acima mencionadas, o direito de propriedade vem sofrendo limitações ao longo dos tempos, evoluindo do sentido individual, no qual o proprietário tinha o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, conforme prescrevia, por exemplo, o Código de Napoleão de 1804³, para o sentido social, sustentando ampliação das intervenções públicas na propriedade privada de maneira a subordiná-la às exigências do bem comum.

Durante os séculos XIX e XX o conceito de propriedade sofreu considerável evolução seja para abarcar os domínios imateriais, como marca, patentes e obras artísticas e literárias, como pela incidência da noção da função social da propriedade resultado do avanço dos ideais liberais sociais⁴.

Neste sentido, cabe destacar a influência da encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (1891), através da qual a Igreja Católica defendeu a propriedade privada, reconhecendo e destacando seu papel social e de estabilização das relações de trabalho, sob a proteção de Deus, entendimento que também foi inserido nas

² HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

³ De GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 318.

⁴ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.289.

Constituições símbolo do início do Estado Social de Direito: A Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã (Weimar) de 1919.⁵

Quanto ao tratamento do tema pela Constituição Federal de 1988, Alexandre de Moraes preleciona que foi adotada concepção moderna de direito de propriedade, e esclarece que:

a possibilidade de relativização do direito à propriedade privada em virtude de funções sociais serve de instrumento para a efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados constitucionalmente no art. 3º, entre eles: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.⁶

Diante da evolução sofrida pelo tema, novas concepções surgiram a fim de explicar-lhe a natureza. Dentre elas destaca-se o entendimento de Duguit colacionado por Hely Lopes Meirelles, segundo o qual a propriedade há muito deixou de ser exclusivamente direito subjetivo do proprietário, transformando-se em na função social do detentor da riqueza, pelo que ele deve gerir a coisa tendo em vista não só seu melhor rendimento, como também o interesse da coletividade.⁷ Acerca do direito de propriedade ensina o autor:

É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade.⁸

Também no direito argentino o direito de propriedade encontra limitações. É o que afirma Rafael Bielsa, segundo o qual “*el derecho de propiedad, como todo el*

⁵ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.289

⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 267.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 725.

⁸ Ibidem, p.725.

derecho, está limitado, aunque sea el más protegido en nuestro sistema constitucional después de la libertad personal.”⁹

Conforme vimos, a noção de função social da propriedade foi incorporada em nosso ordenamento jurídico pelo art. 5º, XXIII da Constituição Federal, mas o princípio se manifesta em inúmeros dispositivos constitucionais e em vários institutos jurídicos, moldando a própria estrutura do direito de propriedade, condicionando-o aos ditames da justiça social, sujeitando-o, inclusive, à desapropriação como aponta Odete Medauar.¹⁰

Marçal Justen Filho ensina que a função social da propriedade “é a vinculação das faculdades inerentes ao domínio à realização das necessidades coletivas, segundo o princípio da proporcionalidade.”¹¹ A propriedade exercida segundo sua função social impede que o proprietário exercite as faculdades do domínio de maneira abusiva, o que se verifica quando seu uso e fruição são inadequados, excessivos ou inúteis e produzem lesão a interesse juridicamente protegido, em consonância com a previsão do parágrafo 2º do art. 1.228 do Código Civil.

Conforme se depreende do art. 182, parágrafo 2º da Carta Política de 1988, “a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, ou seja, para efeito da execução da política de desenvolvimento urbano, compete ao Município definir a função social da propriedade urbana.

A propriedade rural, por sua vez, cumpre a função social quando preenche os requisitos dos incisos I a IV do art. 186 da Constituição Federal.

Diante do tratamento dado à função social da propriedade pela Carta Magna, é imperioso destacar a sua relevância no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que além de incidir para a propriedade em geral, ainda foi elencado como um dos princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre

⁹ BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**: El poder de policía. Limitaciones impuestas a la propiedad privada em interés público. Administración fiscal. 5. ed. Tomo IV. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 330.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Destinação dos bens expropriados**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986, p. 29.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 577.

iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o princípio da função social da propriedade autoriza a imposição tanto de abstenções como de obrigações de fazer aos proprietários.¹² É o que se depreende da própria Constituição Federal, no art. 182, § 4º, que exige o adequado aproveitamento do solo urbano e prevê sanções no caso de descumprimento.

Neste sentido também é jurisprudência do STJ, segundo a qual haveria “uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros.”¹³

Diante do exposto, é possível concluir que a função social da propriedade autoriza que a Administração Pública imponha limites ao exercício do direito de propriedade com vistas à proteção do interesse público e sempre sob o manto da legalidade e proporcionalidade, sendo um destes limites a própria desapropriação do bem nos casos expressamente previstos.

2.2 Intervenção do Estado na propriedade privada

Tendo em vista a perspectiva atual acerca da função social da propriedade, além da multiplicidade das exigências sociais e necessidades coletivas, verificamos uma ampliação das possibilidades de intervenção do Estado na propriedade que podem retirar ou restringir direitos dominiais dos proprietários, ou ainda, submeter o bem a uma destinação de interesse da sociedade.

¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Limitações Administrativas, Servidões e Ocupação temporária**. Painel nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 13 de dezembro de 2007, em São Paulo – SP, pg. 397.

¹³ STJ, AGRg no REsp 1.138.517/MG, 2ª T., j. 18.08.2011, rel. Min. Humberto Martins, DJe 01.09.2011.

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, entende-se por intervenção na propriedade privada “todo ato do Poder Público que, fundado em lei, compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público.”¹⁴

Neste sentido é a Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. DIREITO URBANÍSTICO. NGB 136/90. SIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA. POLÍTICA URBANA. DIREITO DE CONSTRUIR. INTERESSES SOCIAIS E PÚBLICOS. NORMAS URBANÍSTICAS. EDIFICAÇÃO DE MURO. PASSAGEM. 1. As alegações do agravante no sentido de tornar absoluto seu direito de construir devem ser mitigadas, tendo em vista as normas constitucionais sobre o regime da propriedade. 2. O art. 182, § 2º, da Constituição Federal, ao tratar de política urbana, condiciona a função social da propriedade urbana ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação expressas no plano diretor da cidade (...) A Lei Orgânica do Distrito Federal, ao disciplinar a política de desenvolvimento urbano do Distrito Federal, dispõe que um de seus princípios norteadores é a adequação do direito de construir aos interesses sociais e públicos, bem como às normas urbanísticas e ambientais previstas em lei” (Acórdão n.913494). 3. Faculdade se define, na lição de Paul Roubier, como “possibilidade legal de opção em vista da criação de uma situação jurídica”. Essas “prerrogativas [são] condicionadas, em princípio, isto é, prerrogativas cujo exercício é subordinado a certas condições fixadas pelo direito objetivo”. 4. As regras de direito urbanístico tentam uma conciliação “ótima do princípio da propriedade e todos os seus corolários no campo da autonomia da vontade, com os valores transindividuais que devem orientar o desenvolvimento e a vida social das cidades em benefício geral (doutrina) 5. Não se pode albergar o pretense direito alegado no sentido de restringir o direito dos agravos de construir um muro, pois há uma obrigação imposta pelo poder público para edificá-lo. 6. Negou-se provimento ao recurso. (Grifos nossos). (TJ-DF - AGI: 20160020000035, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 02.032016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 07/03/2016 . Pág.: 430).

Os fundamentos da intervenção na propriedade repousam no dever do Estado de proteger os interesses coletivos, tendo como objetivo final o bem-estar social. Segundo o autor supra citado “os interesses coletivos representam o *direito do maior número* e, por isso mesmo, quando em conflito com interesses individuais, estes

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p.728.

cedem àqueles, em atenção ao direito da *maioria*, que é a base do regime democrático e do Direito Civil moderno.”¹⁵

Com efeito, Luciano Ferraz qualifica as formas de intervenção do Estado na propriedade em: a) intervenção restritiva ou limitativa: o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem retirá-la do dono. Englobam as limitações administrativas, requisições administrativas, ocupação temporária, servidão administrativa e tombamento; e b) intervenção supressiva: Estado transfere para si, coercitivamente, a propriedade de terceiro, em virtude da supremacia do interesse público, nos casos expressamente previstos em lei. É o caso da desapropriação. Vale ressaltar que os mecanismos de intervenção não são taxativos, podendo o legislador criar novos institutos com esta finalidade.¹⁶

No presente trabalho aprofundaremos a análise do instituto da desapropriação, especialmente a chamada desapropriação indireta.

Primeiramente, importante analisar a diferença entre as limitações administrativas e os sacrifícios de direitos. Conforme assevera Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “através das limitações administrativas o Poder Público condiciona o exercício daqueles direitos, ao passo que nos sacrifícios há um verdadeiro sacrifício do direito de um indivíduo em proveito da coletividade.”¹⁷

Marçal Justen Filho conceitua a limitação administrativa à propriedade como sendo uma “alteração do regime jurídico privatístico da propriedade, produzida por ato administrativo unilateral de cunho geral, impondo restrição das faculdades de usar e fruir de bem imóvel, aplicável a todos os bens de uma mesma espécie, que usualmente não gera direito de indenização ao particular.”¹⁸

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p.723.

¹⁶ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo**: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 309.

¹⁷ Ibidem, p. 309.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 579.

Ricardo Marcondes Martins ressalta que o estabelecimento das limitações deve observar as seguintes restrições: a) não pode ser arbitrário, ou seja, os poderes da propriedade só podem ser restringidos na medida necessária à tutela de outro valor constitucional; b) não podem violar o núcleo essencial do direito à propriedade.¹⁹

Quanto ao núcleo essencial do direito à propriedade, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que este não se refere à significação patrimonial ou econômica dela, e sim à ideia de funcionalidade da coisa. Ensina que a funcionalidade é a aptidão natural do bem somada à destinação social que cumpre, segundo o contexto que esteja inserido.²⁰

Enquanto as limitações administrativas apenas delimitam o desenho legal do direito, os sacrifícios de direito afetam seu núcleo essencial que vem a sofrer uma compressão em nome do interesse público. Nestes casos é devida a indenização à parte que teve seu direito atingido em benefício da coletividade, respeitando, assim, o princípio da isonomia.

Interessante ressaltar o ensinamento de Alexandre Santos de Aragão, segundo o qual “todo direito é ontologicamente limitado, pois, do contrário, não seria direito, mas manifestação fática do arbítrio pessoal.”²¹ Sustenta o autor que a função social da propriedade pode levar à sua supressão, restrição ou mera limitação, devendo o Estado observar o princípio da proporcionalidade quando da escolha de cada um desses instrumentos, só adotando o mais gravoso se os demais não forem adequados para as finalidades visadas.

Afirma, ainda, que as limitações administrativas apenas têm o condão de conformar o direito de propriedade com a função social a ele constitucionalmente inerente, nunca podendo suprimi-lo, seja total ou parcialmente. Já as restrições

¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Apontamentos sobre desapropriação no Direito brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público n. 57, São Paulo: Malheiros, 2012, pg. 91.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apud MARTINS, Ricardo Marcondes. **Apontamentos sobre desapropriação no Direito Brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público n. 57. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, jan. 2014, p. 11.

administrativas e ablações, a que chamamos de sacrifícios de direitos, chegam a afetar parcial ou totalmente as faculdades inerentes ao próprio direito de propriedade.

Por fim, aponta o autor que as limitações administrativas se diferenciam das desapropriações e servidões administrativas pelos seguintes pontos:

geralmente são genéricas, enquanto estas incidem especificamente sobre determinados bens; b) não atingem o direito de propriedade, nem total, como faz a desapropriação, nem parcialmente, a exemplo das servidões administrativas; c) e, conseqüentemente, as limitações administrativas não geram direito a indenização. Ex.: a proibição de desmatamento de 20% de área florestada (art. 16, "a", do Código Florestal brasileiro – Lei nº 4.771/65) é limitação administrativa, mas a proibição de desmatamento em toda a propriedade, é desapropriação indireta, já que não é de se esperar que alguém adquira terras para não aproveitá-la economicamente, devendo, portanto, o proprietário ser indenizado, o que se explica também em razão do princípio da solidariedade social, pelo qual um indivíduo não deve arcar sozinho com o prejuízo que sofreu para atender ao interesse de toda a sociedade.²²

Em suma, a não observância da função social da propriedade, que conforme vimos exige uma postura ativa do proprietário no sentido de explorar sua propriedade de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social e como um instrumento para assegurar a todos uma existência digna, autoriza a intervenção do Estado na propriedade, inclusive gerando a perda compulsória da propriedade em favor do Poder Público através do procedimento da desapropriação.

2.3 Tratamento legal da desapropriação no Brasil

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que a desapropriação "é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público."²³

²²ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, jan. 2014, p.12.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 894.

Para Hely Lopes Meirelles, a desapropriação ou expropriação é:

a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em *títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal*, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, parágrafo 4º, III), e de pagamento em *títulos da dívida agrária*, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184).²⁴

Luciano Ferraz aponta a consagração do poder expropriatório no direito com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu art. 17 reconhecia o instituto como uma alternativa para que o particular pudesse ser privado de sua propriedade, desde que fosse legalmente comprovada a necessidade pública e sob condição de justa e prévia indenização.²⁵

Conforme analisamos anteriormente, a desapropriação é a modalidade mais severa de intervenção do Estado na propriedade, e dessa forma, as limitações legais a condicionar o seu exercício legítimo são igualmente rigorosas.

Neste sentido, Luciano Ferraz ensina que sempre foi da tradição do constitucionalismo brasileiro a preocupação com a disciplina constitucional-legislativa básica da desapropriação e do direito dos proprietários aos valores correspondentes à sua compensação.²⁶

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 estabelecia, em seu art. 179, XXII a possibilidade de desapropriação, mediante pagamento de indenização, nos casos em que o interesse público legalmente verificado o exigisse, cabendo à lei prever as hipóteses de cabimento, além das regras para a fixação do *quantum* indenizatório. A Constituição Republicana de 1891 estabeleceu em seu art. 72,

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 728.

²⁵ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 422.

²⁶ *Ibidem*, p. 424.

parágrafo 17 o direito de propriedade em sua plenitude, salvo nas hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.²⁷

No mesmo sentido era a disposição contida no art. 113, item 17, da CF/1934, estabelecendo, ainda, que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma da lei. A Carta de 1937 limitou-se a prever, em seu art. 122, 14 (suspenso pelo Dec. 10.358/1942), a possibilidade de o Poder Público promover a desapropriação nos casos de necessidade pública, utilidade pública ou em estado de emergência, mediante prévia indenização, competindo à lei disciplinar lhe o conteúdo, os limites e seu exercício.²⁸

Importante ressaltar que sob a égide da Constituição Federal de 1937 que foi editado o Dec.-lei 3.365/1941, que até a presente data é a principal fonte normativa infraconstitucional sobre o tema da desapropriação no Brasil.

A Constituição de 1946 inovou na disciplina da matéria ao contemplar no art. 141, parágrafo 16 a hipótese de desapropriação por interesse social, assim como a necessidade de todas as indenizações serem pagas em dinheiro. Por força da EC 10/1964, a redação do referido dispositivo foi alterada, passando a estabelecer que nas hipóteses de desapropriação de imóveis rurais, de competência exclusiva da União, para promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, a indenização seria feita mediante títulos especiais da dívida pública.

A Constituição de 1967 não trouxe inovações e estabeleceu no art. 150, parágrafo 22, a garantia do direito de propriedade, salvo no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o caso de desapropriação de propriedade rural para repressão do abuso econômico, caso em que a indenização deveria se dar por títulos da dívida pública.

A EC 1, de 1969 cuidou do tema no art. 153, parágrafo 22, que previu a desapropriação nos casos de necessidade ou utilidade pública ou interesse social,

²⁷ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade.** vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 424.

²⁸ Ibidem, p.425.

mediante prévia e justa indenização em dinheiro, inovando ao trazer a faculdade oferecida ao proprietário de aceitar o pagamento da indenização em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 trata do tema no art. 5º, XXIV, que preceitua: “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”.

O tema ainda é tratado no art. 182, parágrafo 3º da CF/88, que disciplina a desapropriação para fins de interesse social, com caráter sancionatório pelo uso inadequado do solo urbano, regendo-se no âmbito infraconstitucional pela Lei Federal 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), e no art. 184, que trata da desapropriação para fins de reforma agrária, com vistas a sancionar a inadequada exploração da propriedade rural, estando regulamentada pela Lei Federal 8.629/1993 e na LC 76/1993. Em ambos os casos a indenização é realizada por meio de títulos da dívida pública.

Ademais, o art. 243 da CF trouxe uma hipótese de desapropriação confiscatória das propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo.

Quanto à competência para legislar sobre desapropriação, assevera Hely Lopes Meirelles que é privativa da União, nos termos do art. 22, II, da CF/88, e que aos Estados e Municípios só cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social, ressaltando que a legislação civil sobre o direito de propriedade com as normas administrativas e medidas regulamentares de condicionamento de uso da propriedade são da competência concorrente dos três níveis de governo, já que decorrem do poder de polícia, inerente a todas as entidades estatais.²⁹

Em âmbito infraconstitucional, além do Dec.-lei 3.365/41, que como apontado supra constitui a lei geral de desapropriações em nosso país, merecem destaque a Lei 4.132/62, que dispõe sobre desapropriação por interesse social; a Lei 4.504/64

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 727.

(Estatuto da Terra), as Leis Complementares 76/93 e 88/96, e a Lei 8.629/93, que como mencionamos anteriormente disciplinam as expropriações de imóveis rurais para fins de reforma agrária; o Dec.-lei 1.075/70, que regula a imissão de posse *initio litis* em imóveis residenciais urbanos.³⁰

2.4 Fundamentos e Requisitos da desapropriação

Feitas as considerações acerca do tratamento legal da desapropriação no Brasil, passamos a analisar seus fundamentos e os requisitos que autorizam a sua ocorrência.

No tocante aos fundamentos, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que estes são de ordem política, jurídica e normativa. De acordo com o autor, o fundamento político que autoriza a expropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando estes forem incompatíveis.³¹

Referido pelo autor supracitado como o primeiro grande traço do regime jurídico-administrativo, a supremacia do interesse público sobre o privado é o pressuposto de uma ordem social estável, em que todos possam se sentir garantidos e resguardados.³²

Para que isto ocorra, aponta como princípios subordinados para que o Estado possa satisfazer os interesses da coletividade: a) a posição privilegiada da Administração a fim de assegurar a proteção adequada aos interesses públicos; b) a posição de supremacia do Poder Público em relação aos particulares possibilitando a criação de obrigações por meio de ato unilateral; c) a existência de restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.³³

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 739.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 900.

³² *Ibidem*, pg.70.

³³ *Ibidem*, pg.70.

O fundamento jurídico teórico consiste na tradução dentro do ordenamento dos princípios políticos acolhidos no sistema. Sustenta o autor que este fundamento corresponde à ideia do domínio eminente de que dispõe o Estado sobre todos os bens existentes em seu território.³⁴

Já o fundamento normativo, que o autor separa em constitucional e infraconstitucional reside nos diplomas legais que tratam da matéria, e que já contemplamos no tópico anterior.³⁵

Tal como vimos, a estrutura mínima da desapropriação está disciplinada no art. 5º, XXIV, da CF, que traz como requisitos mínimos para sua validade os seguintes: a) observância ao devido processo legal; b) motivação fundada em “utilidade pública”, “necessidade pública” ou interesse social”; c) indenização, que em regra deve ser justa, prévia e em dinheiro.³⁶

É certo que a desapropriação é a mais gravosa das intervenções do Estado na propriedade, e por isso, qualquer atuação do Poder Público que desrespeite os requisitos mínimos de validade da desapropriação configura uma ofensa ao direito fundamental de propriedade.

O primeiro requisito de validade da desapropriação é a observância do devido processo legal. Consagrada no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, a garantia do devido processo legal, de acordo com Marçal Justen Filho, “afasta a possibilidade de decisões arbitrárias, reflexo de escolhas subjetivas, irracionais ou inconsequentes.”³⁷

Como se sabe, a desapropriação é um procedimento unilateral e compulsório, sendo o devido processo legal uma das principais garantias reconhecidas ao particular expropriado.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 900.

³⁵ Ibidem, pg.900.

³⁶ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 612.

Dessa forma, ensina o referido autor que será inválida a desapropriação que não for iniciada por um procedimento prévio em que o Poder Público identifique objetivamente: a) a adequação e a necessidade do bem expropriado para satisfazer necessidades coletivas; b) a apuração do valor de indenização a ser pago; c) os encargos a que deve satisfazer e os recursos econômico-financeiros de que dispõe.³⁸

No tocante à motivação, cabe esclarecer o que seriam os casos de utilidade ou necessidade pública e interesse social, trazidos pelo constituinte como autorizadores da desapropriação. Ressaltando-se que a definição das hipóteses em que se reputa existente cada um dos permissivos cabe a normas infraconstitucionais.³⁹

Para tanto, colacionamos os conceitos de Hely Lopes Meirelles:

Necessidade pública: a *necessidade pública* surge quando a Administração defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato.

Utilidade pública: a *utilidade pública* apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível. A lei geral das desapropriações (Dec.-lei 3.365/41) consubstanciou as duas em *utilidade pública*, pois só emprega essa expressão em seu texto.

Interesse social: o *interesse social* ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público.⁴⁰

Os casos de necessidade e utilidade pública foram elencados no art. 5º, do Dec.-lei 3.365 sob a designação de utilidade pública, das quais destacamos: a segurança nacional; a defesa do Estado; o socorro público em caso de calamidade; a salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; a exploração ou a conservação dos serviços públicos; entre outros.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 613.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 902.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 738.

São hipóteses de desapropriação por interesse social, nos termos do art. 2º da Lei 4.132/62, entre outras: o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; a construção de casa populares e a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

Com efeito, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello que as diferenças entre a desapropriação por utilidade pública e desapropriação por interesse social são as seguintes:

Na desapropriação por utilidade pública as hipóteses legais que autorizam o exercício do poder expropriatório, como visto, são diferentes daquelas previstas na desapropriação por interesse social. Além disso, o prazo de caducidade da declaração de utilidade pública para a desapropriação realizada com fundamento em necessidade ou utilidade pública é de cinco anos e o prazo de caducidade da declaração de interesse social, com fins de desapropriação, é de dois anos.⁴¹

Além disso, Ricardo Marcondes Martins ainda aponta que enquanto na desapropriação por utilidade ou necessidade pública o bem fica no patrimônio do Poder Público, na expropriação por interesse social ele, geralmente, é transferido ao particular.⁴²

O terceiro requisito constitucional é o da indenização, que deve ser, em regra, justa, prévia e em dinheiro. A indenização justa é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, deixando indene o proprietário que fica habilitado a adquirir outro bem equivalente.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 903.

⁴² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Apontamentos sobre desapropriação no Direito Brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público n. 57. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87

Para tanto, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que deverá incidir juros moratórios, que são devidos pelo Poder Público ao expropriado pela demora no pagamento do valor da indenização; compensatórios, devidos a título de compensação pela perda antecipada da posse que o proprietário haja sofrido; correção monetária, quando decorridos mais de um ano, contado a partir do laudo de avaliação do bem, antes do efetivo pagamento dela; honorários advocatícios e outras despesas, nos termos da lei.⁴³

Com efeito, cabe ressaltar entendimento contrário de Kiyoshi Harada no sentido de que o pagamento prévio da justa indenização, em dinheiro ou em títulos, já não integra os requisitos constitucionais para a desapropriação, tendo em vista que no caso de desapropriação por uso nocivo da propriedade não haverá indenização de qualquer espécie.⁴⁴

2.5 Desapropriação: forma originária de aquisição da propriedade

Feitas as considerações sobre os fundamentos e requisitos constitucionais, cabe destacar que a desapropriação é uma forma originária de aquisição da propriedade, uma vez que não decorre de nenhum título anterior.

Segundo José Cretella Júnior, a desapropriação é forma de aquisição originária da propriedade porque o primitivo titular não transfere, mas perde a propriedade para o Poder Público.⁴⁵

Trata-se de causa autônoma, bastante, por si mesma, para gerar o título constitutivo da propriedade em favor do Poder Público. Por esta razão o bem expropriado se torna insuscetível de reivindicação e também se liberta de qualquer ônus reais que sobre ele tivesse recaído, ficando os eventuais credores sub-rogados

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 914.

⁴⁴ HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.

⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

no preço, isto é, passam a estar garantidos pelo valor pago a título de indenização na desapropriação, nos termos do art. 31 do Dec.-lei 3.365.⁴⁶ Já os terceiros titulares de direitos obrigacionais relacionados ao bem expropriado só poderão ver satisfeitas suas pretensões através de ação direta, e não expropriatória, em consonância com o disposto no art. 26 do mesmo Dec.-lei 3.365.⁴⁷

Ademais, outra importante consequência que decorre do caráter originário de aquisição da propriedade na desapropriação é que ainda que o Poder Público erroneamente indenize quem não for o legítimo proprietário do bem, nem por isso se invalida a expropriação, uma vez que a propriedade estará, de qualquer forma, adquirida pelo expropriante.⁴⁸

2.6 Objeto da desapropriação

Quanto aos bens e direitos patrimoniais que podem ser desapropriados aponta Hely Lopes Meirelles que a regra é a da liberdade expropriatória, ou seja, todos os bens, inclusive o espaço aéreo e o subsolo são expropriáveis, excluindo-se desse despojamento compulsório os direitos personalíssimos e a moeda corrente, pois se constitui no próprio meio de pagamento da indenização.⁴⁹

Admite-se, portanto, a desapropriação da posse legítima; de ações, quotas ou direitos de qualquer sociedade quando condicionadas à autorização do Presidente da República, quando o funcionamento da empresa depender de aquiescência do Governo Federal (Dec.-lei 3.3655/41, art. 20, parágrafo 3º, acrescentado pelo Dec.-lei 856, de 11.9.69), bem como a desapropriação de bens públicos, desde que efetuada por entidade estatal superior e precedida de autorização legislativa, salvo quando

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 729.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 901.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 901.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 730.

realizada de comum acordo entre os entes federativos (Dec.-lei 3.365, parágrafo 2º - A, acrescido pela MP 700/2015).⁵⁰

2.7 Fases da desapropriação

A desapropriação, conforme já apontamos, é um procedimento administrativo, uma vez que não se trata de um ato, e sim de uma sucessão ordenada de atos intermediários, visando à obtenção de um ato final, qual seja a adjudicação do bem ao Poder Público.

Este procedimento se realiza em duas fases: a primeira, de natureza declaratória, diz respeito à indicação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social; a segunda, de caráter executório, compreendendo a estimativa da justa indenização, além da transferência do bem expropriado para o domínio do Poder Público expropriante.⁵¹

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que esta segunda fase pode ser extrajudicial ou judicial. Será extrajudicial quando o Poder Público e o proprietário acordam com relação ao preço da indenização, e será judicial quando o expropriante entra em juízo com a propositura da ação de desapropriação. Neste último caso a manifestação judicial poderá ser de dois tipos: 1) homologatória, quando o proprietário aceita, em juízo, o valor ofertado pelo expropriante a título de indenização; ou 2) contenciosa, quando não há acordo entre proprietário e o Poder Público, sendo o valor da indenização fixado pelo juiz, após arbitramento.⁵²

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 730.

⁵¹ *Ibidem*, p. 729.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 907.

2.8 Declaração de utilidade pública

Importante ressaltar que toda desapropriação deve ser precedida da chamada declaração, declaração de utilidade pública.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a declaração de utilidade pública “é o ato através do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória.”⁵³

Sua expedição pode ser feita por lei ou decreto, tendo competência para tanto as seguintes entidades: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo.

Também é competente para expedir a declaração de utilidade pública a Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL, no tocante às áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de serviços de energia elétrica, nos termos do art. 10 da Lei 9.074, de 7.7.1995, com redação dada pela Lei 9.648, de 27.5.1998.

Da declaração deve constar a indicação de forma clara e precisa do bem a ser desapropriado, a destinação pública ou de interesse social que lhe será atribuída, bem como o dispositivo legal que autoriza a desapropriação.⁵⁴

Ademais, é necessário demonstrar, de modo justificado, a necessidade e a adequação da expropriação para a satisfação de um interesse concreto e determinado, titularizado pelo poder expropriante. Neste sentido ensina Marçal Justen filho:

A validade da desapropriação não se funda numa hipotética e genérica supremacia do interesse público sobre o particular, mas na necessidade de um bem privado ser utilizado pelo Estado para a realização de interesses coletivos. Portanto, o ato expropriatório pode

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 907.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 729.

ser controlado sob o prisma da necessidade, adequação e proporcionalidade em vista da satisfação de certo interesse coletivo.⁵⁵

Tal é a importância do ato declaratório da utilidade pública que é possível invalidar a desapropriação caso sejam evidenciados defeitos em seu conteúdo, tais como a infração à proporcionalidade ou o desvio de finalidade, tendo em vista a proteção constitucional ao direito de propriedade.⁵⁶

São efeitos da declaração de utilidade pública: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado em que o bem se encontra, suas condições e benfeitorias; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem para realizar medições e verificações, d) dar início ao prazo de caducidade da declaração.⁵⁷

A caducidade é a perda da validade da declaração de utilidade pública pelo decurso do tempo sem que o Poder Público promova a desapropriação, e será de cinco anos nas desapropriações por necessidade ou utilidade pública, e em prazo de dois anos nas desapropriações por interesse social, nos termos do art. 1º do Decreto-lei 3.365, e art. 3º da Lei 4.132.⁵⁸

Com efeito, importante destacar que a caducidade não implica na extinção definitiva do poder expropriatório do Estado, uma vez que a declaração de utilidade pública pode ser renovada desde que decorrido um ano após a caducidade da última declaração, conforme disposto no art. 10 do Decreto-lei 3.365.⁵⁹

2.9 Espécies de desapropriação

Antes de iniciarmos a análise das espécies de desapropriação, vale destacar o ensinamento de Kiyoshi Harada segundo o qual a Constituição Federal de 1988

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 607.

⁵⁶ Ibidem, p. 607.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 909.

⁵⁸ Ibidem, p. 910.

⁵⁹ Ibidem, p. 911.

permite a ocorrência de três hipóteses de desapropriação. São elas: a) a desapropriação de propriedade que cumpre a função social, b) a desapropriação de propriedade que não cumpre a função social, com tratamento diferente para as propriedades urbanas e rurais, e c) desapropriação de propriedade nociva à coletividade.⁶⁰

A hipótese de desapropriação de propriedade que cumpre a função social está prevista no art. 5º, XXIV, da CF e se dará por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

Quando a propriedade não cumpre a função social a indenização devida para a desapropriação não será paga em dinheiro, e sim em títulos da dívida pública. Sobre a distinção no tratamento entre as propriedades urbanas e rurais leciona Kiyoshi Harada:

Se o imóvel for urbano, pode ser desapropriado pelo Município com pagamento mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de 10 (dez) anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (art. 182, parágrafo 4º, III, CF). Essa desapropriação restringe-se às áreas incluídas no Plano Diretor da cidade, que deverá dizer quando, onde e como a propriedade urbana cumpre a sua função social (parágrafo 2º do art. 182 da CF). Tratando-se de propriedade rural, a União poderá desapropriá-la por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de 20 (vinte) anos, com exceção das benfeitorias úteis e necessárias, que serão indenizadas em dinheiro (art. 184 e parágrafo 1º da CF).⁶¹

Por fim, em seu art. 243 a Carta Política de 1988 trouxe a possibilidade da desapropriação da propriedade nociva à coletividade, assim consideradas as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, que serão destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário. Destacando-se que esta é uma desapropriação compulsória a cargo da União.

⁶⁰ HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 12.

⁶¹ *Ibidem*, p. 13.

Imperioso mencionar que existem outras classificações, como por exemplo a de Celso Antônio Bandeira de Mello, que separa a desapropriação em dois tipos: a) com indenização prévia, justa e em dinheiro, sendo a tradição no Direito Brasileiro, prevista no art. 5º, XXIV, da CF; e b) efetuada através de pagamento em títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais sucessivas.⁶²

Neste último tipo estariam as hipóteses de desapropriação efetúvel em nome da política urbana e a desapropriação realizável para fins de reforma agrária.

No presente trabalho utilizaremos a classificação de Kiyoshi Harada para destacarmos a relação entre a função social da propriedade e o instituto da desapropriação.

Feitas estas primeiras observações, passamos a analisar brevemente cada uma das espécies de desapropriação.

2.9.1 Desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública

O art. 5º do Decreto-lei 3.365/41 fundiu as hipóteses de necessidade pública e utilidade pública sob a designação única “utilidade pública”. Entretanto, ainda é possível identificar quais são os casos de necessidade (elencados nos incisos I a IV do art. supracitado) e quais são os de utilidade pública.

Kiyoshi Harada preleciona que a necessidade pública, em matéria de desapropriação, surge quando o Poder Público se defronta com um problema urgente e inadiável, que apenas pode ser superado mediante a transferência do bem particular a seu domínio.⁶³

Já a utilidade pública, esclarece o autor, “aparece quando a incorporação da propriedade privada ao domínio estatal atende ao interesse coletivo que, encampado

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de **Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 895.

⁶³ HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

pelo poder político, converte-se em interesse público a ser satisfeito pelo regime da despesa pública”.⁶⁴

Sobre o assunto já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ação de manutenção de posse Imóvel objeto da ação possessória declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação, em caráter de urgência, para implantação de emissário para sistema de tratamento de água e esgoto Função social da propriedade Ausência superveniente do interesse de agir A providência jurisdicional pretendida (manutenção na posse) não alcança resultado útil em benefício dos autores, visto que imóvel declarado de utilidade pública, para fins de desapropriação Eventuais limitações ao direito de uso, gozo e disposição da área por ato do Poder Público devem ser deduzidas por meio de ação própria de indenização, inclusive para aferição da existência de desapropriação indireta Adoção dos fundamentos da sentença pelo Tribunal Incidência do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso negado. (TJSP Apleção n. 3001538-70.2013.8.26.0531. Des. Rel. Francisco Giaquinto, 13ª Cam. Dir. Privado, julgado em 13.03.2015, publicado em 13.03.2015).

Conforme já destacamos anteriormente, as hipóteses previstas no art. 5º são taxativas, ou seja, a desapropriação só é possível quando enquadrada em um dos permissivos legais, ressalvado o disposto na letra *p* do artigo em análise, que possibilita a edição de novos casos mediante lei especial.

2.9.2 Desapropriação por interesse social

Disciplinada pela Lei 4.132 de 10.9.62, a desapropriação por interesse social será decretada a fim de promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Os casos de interesse social estão previstos no art. 2º dessa lei. Kiyoshi Harada afirma que as hipóteses mais comuns são as dos incisos IV e V:⁶⁵

Art. 2º Considera-se de interesse social:
(...)

⁶⁴ HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 21.

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;
V – a construção de casas populares;
[...].

Nos termos do art. 3º, o prazo para efetuar a desapropriação é de dois anos a contar da declaração de interesse social.

Quanto ao procedimento para desapropriar, aplica-se o disposto no Decreto-lei 3.365/41.

Acerca da desapropriação por interesse social já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. CONSTRUÇÃO DE MORADIAS POPULARES. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO AO VALOR DO BEM EXPROPRIADO CONSTATADO NO LAUDO DEFINITIVO. INDENIZAÇÃO. Perícia bem fundamentada que atende ao princípio da justa indenização (art. 5º, XXIV, CF). Observância das normas técnicas do IBAPE, NBR 14653-2 e CAJUFA. Ausência de irregularidades. JUROS COMPENSATÓRIOS. Incidência de juros 6% ao ano, a partir da imissão na posse (art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41), nos termos do quanto decidido na ADI 2.332. CORREÇÃO MONETÁRIA. Cálculo que deve ocorrer conforme decisão do col. STF, em repercussão geral (RE 870.947/SE, Tema 810). REEXAME PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP Apeção n. 0009775-26.2013.8.26.0053. Des. Rel. Alves Braga Junior, 2ª Cam. Dir. Público, julgado em 25.09.2018, publicado em 27.09.2018).

2.9.3 Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária

Prevista no art. 184 da CF, a desapropriação realizável para fins de reforma agrária somente incidirá sobre imóveis que não estejam cumprindo sua função social. Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que o importante é que “no momento em

que se faça tal inspeção estejam incursos em tal falha, nada interessando se em data anterior a isto incorriam no indigitado vício.⁶⁶

Conforme a previsão do art. 185, não são suscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, assim definidas em lei, desde que seu proprietário não possua outra, nem a propriedade produtiva.

Neste sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. CLASSIFICAÇÃO DA PROPRIEDADE EM PEQUENA, MÉDIA OU GRANDE PROPRIEDADE RURAL. ESTATUTO DA TERRA. MÓDULO FISCAL. INCLUSÃO DE ÁREAS NÃO APROVEITÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não houve violação do art. 535 do CPC. A prestação jurisdicional desenvolveu-se inscrita nos ditames processuais, na medida da pretensão deduzida - apenas não houve adoção da tese do recorrente. 2. São insuscetíveis de desapropriação, para fins de reforma agrária, a pequena e a média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra (CF, art. 185, e §único do art. 4º da Lei n. 8.629/93). 3. Para classificar a propriedade como pequena, média ou grande propriedade rural, o número de módulos fiscais deverá ser obtido dividindo-se a área aproveitável do imóvel pelo módulo fiscal do Município, levando em consideração, para tanto, somente a área aproveitável, e não a área do imóvel. Incidência do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64, art. 50, § 3º, com a redação da Lei n. 6.746, de 1979). Recurso especial improvido. (REsp REsp 1161624 /GO, Rel. Ministro Humberto Martins, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.06.2010, DJe 22.06.2010).

A competência para realizar este tipo de desapropriação é exclusiva da União, e a justa indenização é paga em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos, a partir do segundo ano de sua emissão, ressalvadas as benfeitorias úteis e necessárias cujo pagamento será feito em dinheiro.

Os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária são regulamentados pela Lei 8.629, de 25.2.1993, que traz os conceitos de pequena e média propriedade, de propriedade produtiva, define a função social da propriedade rural e o que seria a justa indenização.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 896.

Ademais, a referida lei estabelece que, após efetuada a desapropriação, o poder expropriante disporá de três anos, a contar do registro translativo de domínio, para promover a destinação da área desapropriada aos beneficiários da reforma agrária, nos termos do art. 16.

Aponta Kiyoshi Harada que o legislador teve grande preocupação com a questão da redistribuição da propriedade que não cumpre a função social, com vistas ao aumento da produtividade, tendo em vista a previsão legal que dá ao próprio expropriado o direito de preferência na aquisição da propriedade que perdeu compulsoriamente, contanto que assuma o compromisso de cultivar o imóvel direta e pessoalmente ou através de seu núcleo familiar.⁶⁷

Por fim, cabe ressaltar que em obediência ao previsto no parágrafo 3º do art. 184 da Constituição Federal, foi editada a Lei Complementar 76, de 6.7.1993, com alterações trazidas pela Lei Complementar 88, de 23.12.1996, dispondo sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o procedimento judicial da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

2.9.4 Desapropriação urbanística

Conforme tratamos no tópico 2.1, a função social é um fundamento do regime jurídico da propriedade, exigindo uma postura ativa do proprietário no sentido de explorá-la de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social e como um instrumento para assegurar a todos uma existência digna.

Dessa forma, o art. 182, parágrafo 4º, III da CF autoriza a desapropriação, de competência exclusiva do Município, de imóveis urbanos não edificadas, subutilizados ou não utilizados, desde que sitos em área inclusa no plano diretor de desenvolvimento urbano para a qual haja lei municipal específica, autorizando exigir dos proprietários, nos termos da Lei 10.257, de 10.7.2001 (Estatuto da Cidade), que

⁶⁷ HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.

Ihe promovam sua adequada utilização. Neste sentido é a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. POLÍTICA URBANA. DEVER MUNICIPAL DE PROMOÇÃO. ART. 30, VIII, C/C ARTS. 182 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. FALTA DE SANEAMENTO BÁSICO ADEQUADO E DANOS AMBIENTAIS. LEIS Nº 6.766/79 E 10.527/01. REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA. PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NA POLÍTICA PÚBLICA JUSTIFICADA NO CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO. - A Constituição da República incumbe aos Municípios o dever de promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, VIII) - Nos termos do que estabelece a Lei Federal 10.257/01 há de, preferencialmente, ocorrer por meio de políticas preventivas a regularização e urbanização das cidades, de modo a racionalizar a ocupação do solo assegurando, a um só tempo, o direito à moradia, a função social da propriedade e a proteção do meio ambiente (arts. 6º, caput, 170, III, e 225, caput, todos da CR)- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o Município, sem margem para escolhas com base em juízo de conveniência e oportunidade, tem o poder-dever de promover a regularização de seu ordenamento territorial - Embora a competência para formular e implementar políticas públicas seja, em primeiro lugar, da Administração Pública, tal incumbência, excepcionalmente, estender-se-á ao Poder Judiciário, quando descumpridos os encargos político-jurídicos determinados pela Constituição, sem que isso implique violação à separação de poderes. EMENTA: V.V.: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - POLÍTICAS PÚBLICAS - OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO E URBANIZAÇÃO - RISCO IMINENTE PARA OS MORADORES - NÃO COMPROVADO - INTERVENÇÃO JUDICIAL - DESCABIDA NA ESPÉCIE - RECURSO DESPROVIDO. (Grifos nossos). (TJ-MG – Apelação n. 10024102040433002 MG, Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento: 21.02.2019, Data de Publicação: 26.02.2019)

Porém, esta desapropriação surge como um último recurso na tentativa de ordenar as funções sociais da cidade, só sendo cabível se o proprietário deixar de promover a adequada utilização da propriedade depois de tomadas as seguintes medidas: (I) imposição de parcelamento ou edificação compulsórios; (II) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo.

Neste caso o pagamento da indenização não será prévio, mas realizado mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Enfim, cabe ressaltar que o art. 8º da Lei 10.257 estabelece que a desapropriação nestes termos só será possível depois de cinco anos de infrutífera aplicação da tributação progressiva.

2.9.5 Desapropriação de propriedades onde se localizam culturas ilegais de plantas psicotrópicas

Dispõe o art. 243 da CF:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)
Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Trata-se de desapropriação-sanção de propriedade que além de não cumprir a função social é nociva à sociedade, pois fomenta o tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, o legislador constituinte determinou não só a responsabilidade criminal, mas também a perda da propriedade e de qualquer valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes, sem qualquer indenização ao proprietário.

A Emenda Constitucional n. 81/2014 alterou a redação do art. 243, que antes estabelecia que as “glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos”.

A nova redação do artigo além de ampliar o rol de bens que podem ser desapropriados, passou a permitir a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde forem encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, também

alterou a destinação destes bens, que agora serão destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular.

A EC 81 também alterou o parágrafo único do art. 243, que antes previa que “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”, e agora estabelece que estes bens reverterão a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

O procedimento para essa desapropriação está disciplinado pela Lei 8.257, sendo aplicáveis, no que couber as disposições do Código de Processo Civil, conforme disposição do art. 23.

Sobre o tema já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO SANÇÃO. ART. 243 DA CRFB/88. CULTIVO ILEGAL DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. NATUREZA. LIMITES. NECESSIDADE DE PROVA ACERCA DA ÁREA EM QUE ASSENTADO CULTIVO E SUA EFETIVA PROPRIEDADE. 1 - A desapropriação sanção, ou confiscatória, encontra-se prevista no art. 243 da CRFB/88 e tem seu processo disciplinado pela Lei nº 8.257/91 e pelo Decreto nº 577, de 24/06/1992, sendo atribuída à Polícia Federal e ao Instituto de Colonização e Reforma Agrária - INCRA articulação administrativa com vistas à identificação das áreas que apresentam cultivo ilegal e as providências necessárias à execução da lei. 2 - Enquanto modalidade de intervenção do Estado no direito de propriedade, a desapropriação sanção independe de solução de eventual processo criminal, com vistas a apurar responsável por conduta típica prevista na lei criminal, bastando, para sua configuração, a existência de requisitos objetivamente verificados, quais sejam: a) a comprovação da existência de um cultivo ilegal e b) a comprovação da propriedade da área em que presente o cultivo ilegal. (RESP 200300172788, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:24/11/2003 PG:00222 RT VOL.:00823 PG:00174 ..DTPB:.; AC 199750010082950, Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::10/11/2010 - Página::463; AC 9802445568, Desembargador Federal CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::05/09/2008 - Página::685.) 3 - À luz da doutrina administrativista, existe o dever de vigilância por parte do proprietário, sendo a sua responsabilidade objetiva, cabendo a inversão do ônus probatório, de modo que incumbe ao proprietário demonstrar que, por razões fundadas, desconhecia o cultivo ilegal em sua propriedade, tendo este

se processado à sua revelia. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 635336 RG/PE, reconheceu a existência de repercussão geral quanto ao tema da natureza da responsabilidade do proprietário de terras em que se verifique cultivo ilegal, para os fins do art. 243, da CRFB/88, permanecendo em aberto a discussão, na jurisprudência, sobre se apresenta natureza de responsabilidade subjetiva ou objetiva. 4 - A extensão da desapropriação se dará em toda a propriedade, não abarcando apenas a área em que cultivada a espécie ilegal. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE 543974, EROS GRAU, STF, Plenário - 26/03/2009). 5 - No caso em apreço, tendo em vista que as provas acostadas aos autos não definiram com exatidão o local em que assentado o cultivo, bem como que não se logrou identificar, exatamente, os efetivos proprietários das áreas em questão, mister se torna a anulação da sentença, com o retorno dos autos à Primeira Instância, para que se dê prosseguimento à instrução probatória, a fim de que solucionadas tais indagações. 6 - Apelação provida. (TRF2, Apelação n. 0500089-19.1999.4.02.5105 (TRF2 1999.51.05.500089-1), Rel. Desembargador Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, 5ª Turma Especializada, julgado em 01.07.2014, publicado em 16.07.2014).

2.9.6 Desapropriação de propriedade onde for localizada a exploração de trabalho escravo

Outra importante alteração introduzida pela EC 81/2104 foi a possibilidade de desapropriação de propriedades urbanas ou rurais onde for encontrada a exploração de trabalho escravo na forma da lei.

Acerca do conceito de trabalho escravo destacamos o art. 149 do Código Penal, que ao tratar do crime de “redução a condição análoga à de escravo” assim prevê:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)
(...)

Aliada a esta previsão temos a Instrução Normativa n. 91/2011 da Secretaria de Inspeção do Trabalho, que em seu art. 3º dispõe:

Art. 3º. Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

- I - A submissão de trabalhador a trabalhos forçados;
- II - A submissão de trabalhador a jornada exaustiva;
- III - A sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;
- IV - A restrição da locomoção do trabalhador, seja em razão de dívida contraída, seja por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, ou por qualquer outro meio com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- V - A vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- VI - A posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Kiyoshi Harada entende que esta espécie de desapropriação é inconstitucional uma vez que o Poder Constituinte Derivado Reformador não teria poderes de alterar os limites da garantia constitucional da propriedade fixados pelo Poder Constituinte Originário, além de sustentar que a desapropriação em análise dependeria de lei ordinária que prescrevesse seu regime jurídico, bem como a definição de trabalho escravo.⁶⁸

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, com quem compartilhamos o entendimento, sustenta que ambas as hipóteses de desapropriação trazidas pelo art. 243 da CF são casos de confisco, embora elogiável segundo o autor, por retirarem a propriedade sem qualquer indenização para o proprietário.⁶⁹

⁶⁸ HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 61.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 897.

3 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Como vimos no capítulo anterior, o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, mas dada a proteção dispendida ao tema pela Constituição Federal, o Estado, para que possa afetar a propriedade, deve respeitar limites, formas e procedimentos fixados pela própria Lei Fundamental.

Dessa forma, a desapropriação é uma manifestação do império estatal, autorizada constitucionalmente a produzir um sacrifício de direito individual em prol do bem comum, desde que observado o complexo regime jurídico pertinente, composto por regras de direito material e processual que servem como garantias reconhecidas aos particulares.⁷⁰

Segundo José Cretella Júnior, a desapropriação direta:

é aquela que obedece ao rígido trâmite do procedimento expropriatório, sacrificando por um lado, a propriedade particular, mas permitindo a defesa do expropriado e ressarcindo todos os danos causados, mediante o pagamento prévio, por um lado: por outro lado, seguindo um a um os estágios processuais fixados por lei. [...] O Estado, primeiro, paga; depois se imite na posse.⁷¹

Cabe lembrar a previsão do art. 5º, XXIV, da CF, que traz como requisitos mínimos para a validade da desapropriação os seguintes: a) observância ao devido processo legal; b) motivação fundada em “utilidade pública”, “necessidade pública” ou interesse social”; c) indenização, que em regra deve ser justa, prévia e em dinheiro.⁷²

No tocante às garantias constitucionais oferecidas aos particulares, Marçal Justen Filho elenca como direitos do sujeito passivo da desapropriação os seguintes:

a) um procedimento administrativo anterior à instauração de qualquer litígio, caracterizado pelo contraditório e pela ampla defesa; b) opor ao poder expropriante todos os argumentos contra a validade e a

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 604.

⁷¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pg. 25.

⁷² Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427.

conveniência da desapropriação, como também quanto ao valor da indenização a ele proposta;
c) receber o pagamento da justa indenização, que deverá fazer-se previamente e em dinheiro, ressalvadas as exceções constitucionais;
d) preferência para a aquisição do domínio do bem imóvel em caso de redestinação ilícita (retrocessão), [...].⁷³

Feitas estas considerações introdutórias, passaremos a analisar o conceito, fundamentos e a constitucionalidade da chamada Desapropriação Indireta.

3.1 Conceito de Desapropriação Indireta

Para Marçal Justen Filho “a desapropriação indireta consiste no apossamento fático pelo Poder Público, sem autorização legal nem judicial, de bens privados”.⁷⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a desapropriação indireta “é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório.”⁷⁵

Trata-se de uma figura desenvolvida jurisprudencialmente e que não corresponde exatamente a uma desapropriação. Isto porque, conforme vimos no capítulo anterior, o instituto da desapropriação constitucionalmente previsto é o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade, com fundamento em um interesse público, e a adquire mediante o pagamento de indenização.⁷⁶

Em contrapartida, na chamada desapropriação indireta o Poder Público se apossa da propriedade do particular sem a observância das formalidades exigidas e

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 612.

⁷⁴ Ibidem, p. 632.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 897.

⁷⁶ Ibidem, p. 894.

ignorando as garantias constitucionais referentes ao direito de propriedade, cabendo ao lesado o recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado.⁷⁷

É o que ensina Miguel Reale, em trecho colacionado por José Carlos de Moraes Salles: “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 expropriatório.”⁷⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que o Superior Tribunal de Justiça vem consagrando jurisprudência em que são fixados três requisitos para que se reconheça a ocorrência da desapropriação indireta. São eles:

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; 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.⁷⁹

Ressalta a autora que, por se tratar de atuação ilegal do Poder Público, o reconhecimento da desapropriação indireta deve estar sujeito a requisitos rígidos, aplicados na exata medida para atender à necessidade de conciliar o direito individual de propriedade com a sua função social.⁸⁰

Com efeito, entendemos que além do apossamento fático pelo Poder Público da propriedade, apontado como um dos requisitos da desapropriação indireta, esta também se caracteriza nos casos em que restrições graves, sejam elas decorrentes de leis ou de atos administrativos, privem o particular, ilegalmente, da fruição total ou

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 919.

⁷⁸ REALE, (RT 419/23) apud SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 709.

⁷⁹ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 226

⁸⁰ Ibidem, p. 226.

parcial do seu direito de propriedade, atentando contra a garantia constitucional prevista no art. 5º, XXII, da Constituição Federal.⁸¹

Sobre o tema ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem **totalmente** o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes iminentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, licitamente, afetar **em parte** o direito de propriedade.⁸²

Neste sentido, inexistente a obrigatoriedade de um evento físico para que seja caracterizada a desapropriação indireta. Conforme entendimento de Wilton Luis da Silva Gomes, “algumas lesões afetam tão somente uma faculdade ou atributo do direito de propriedade, no entanto, em razão da gravidade poderão ensejar o direito de reparação”.⁸³

Para o autor, a desapropriação indireta é “todo o ato, atividade da Administração Pública, seja ele físico ou não, que ilegalmente priva o particular, sem o seu consentimento, da fruição total ou parcial do seu direito de propriedade.”⁸⁴

Destaca-se, ainda, que o não pagamento da indenização, nos termos do pactuado entre expropriante e expropriado nos casos de desapropriação direta, leva à convalidação desta em desapropriação indireta, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. DIREITO REAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO. PRESCRIÇÃO DECENAL. REDUÇÃO DO PRAZO. REGRA DE TRANSIÇÃO. 1. Descabida a tese de que o prazo prescricional teria início na data do decreto expropriatório, pois não se trata de desapropriação direta, mas indireta. Isso porque apesar de ter sido inicialmente observado o processo de desapropriação, a indenização não foi paga, nos termos do pactuado entre expropriante e expropriado, de modo que o acordo não se aperfeiçoou assim como a desapropriação direta que se convolou em indireta. 2. O prazo de

⁸¹ GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no Regime Jurídico das Desapropriações**. Dissertação de Mestrado Orientadora: Profa. Titular Dr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2009, p. 117.

⁸² Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 226.

⁸³ GOMES, Wilton Luis da Silva. op. cit., p. 118.

⁸⁴ Ibidem, p.118.

cinco anos de que trata o art. 10 do Decreto 3.365/1941 dirige-se ao expropriante, cabendo a ele ajuizar a ação ou efetivar acordo dentro do prazo quinquenal, o que não se confunde com o prazo de que dispõe o expropriado para intentar ação de desapropriação indireta. 3. Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que "a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos" (Súmula 119/STJ). 4. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 (dez) anos (art. 1.238, parágrafo único), devendo-se, a partir de então, observar as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotando-o nas expropriações indiretas. Precedentes: REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/6/2013; REsp 944.351/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013. 5. Especificamente na hipótese dos autos, levando-se em conta que o recorrente o recorrente está na posse do imóvel desde desde 9.3.1998 e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário do código revogado, consoante a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02, incide o prazo decenal do atual Codex, a partir de sua entrada em vigor 11.1.2003. 6. Assim, tendo em vista que a ação foi proposta em 26.2.2010, consoante consta do acórdão recorrido, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do Código Civil de 2002, não se configurou a prescrição. 7. Recurso Especial não provido. (Grifos nossos). (REsp 1.654.965/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 27/4/2017).

Por fim, tendo em vista o amplo conceito de desapropriação indireta trazido por Wilton Luis da Silva Gomes, e que adotamos neste trabalho por entender que descreve com maior acerto o instituto, cabe ressaltar que para fins de indenização por desapropriação indireta é irrelevante a destinação que se deu ao bem ou os antecedentes históricos que resultariam nessa incorporação fática do imóvel ao patrimônio público.

Neste sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

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. 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. [...] 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, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2/6/2005, DJ 1º/8/2005, p. 327).

3.2 Fundamento Jurídico

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho sustenta que o fundamento jurídico da desapropriação indireta assenta “no princípio que prescreve a indispensabilidade urgente de certos serviços públicos.”⁸⁵ Para o autor, este princípio decorrente da iminência da ação estatal substitui a via de direito pela via de fato dentro de prerrogativas que justificam o poder de supremacia do Estado.

Porém, em vista do princípio da legalidade, essência do Estado de Direito, a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei. Ou seja, só poderia interferir no direito de propriedade nos casos especificados, e seguindo estritamente os procedimentos expropriatórios previstos no ordenamento jurídico.

Neste sentido, destacamos a doutrina de José Cretella Júnior:

[...] o poder público expropriante, sujeito às próprias leis que o Estado instituiu e que caracterizam o Estado de Direito, baseado no *princípio da legalidade* (“*pater e legem quam tu ipse fecisti*”), tem de balizar-se por aquelas normas, que estabelecem a marcha do processo expropriatório e impedem qualquer violação aos direitos individuais, ligados ao caso.⁸⁶

⁸⁵ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Desapropriação: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada**. 2. ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p. 177.

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado geral da desapropriação**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que o princípio da legalidade é a tradução de um propósito político, qual seja: “o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos.”⁸⁷

Assim, aos agentes públicos é posto o mais completo e absoluto respeito às leis. Preleciona o citado autor que:

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.⁸⁸

Ademais, considerando que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo que tem como propósito ensejar estabilidade na regência da vida social, ou seja, uma certa previsibilidade acerca dos atos e ulteriores consequências,⁸⁹ a desapropriação indireta fere o princípio da segurança jurídica, na medida em que o Estado atua em descompasso com o ordenamento.

Diante do exposto, podemos concluir que a desapropriação indireta é ato manifestamente ilícito, posto que viola o direito de propriedade sem observar o devido processo legal, desrespeitando formalidades inerentes ao instituto, especialmente o pagamento da justa e prévia indenização em dinheiro.

Ademais, ressaltamos a afirmação de José Carlos de Moraes Salles segundo o qual o lamentável expediente da desapropriação indireta tem sido empregado com largueza, na medida em que “torna-se mais fácil invadir a propriedade particular para

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 128.

só depois de muitos anos indenizar”⁹⁰, o que não se pode permitir em um Estado de Direito.

3.3 Espécies de desapropriação indireta

Ao tratarmos do conceito de desapropriação indireta constatamos que esta se caracteriza tanto quando ocorre o apossamento fático e compulsório da propriedade do particular pelo Poder Público, sem a observância do devido processo legal, quanto nos casos em que se verifica o excesso de restrição ao direito de propriedade, por decorrência de regulamentação estatal.

Neste sentido, Wilton Luis da Silva Gomes, com base nos ensinamentos de Frank Michelman, afirma que é possível analisar este instituto como gênero do qual derivam duas espécies. Quais sejam: i) a afetação danosa do direito de propriedade (*injurious affection*), que chama de desapropriação indireta “de fato”; e ii) a adoção de medidas legislativas, normativas e de atos administrativos que restrinjam os poderes e as faculdades do proprietário (*regulatory taking*), a que denomina de desapropriação indireta “normativa”.⁹¹

Ressalta-se que esta classificação é uma opção metodológica por ser considerada útil, uma vez que está em consonância com o amplo conceito de desapropriação indireta adotado no presente trabalho.

A seguir faremos breves apontamentos sobre cada uma das espécies apontadas.

3.3.1 Desapropriação indireta “de fato”

⁹⁰ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pg. 729.

⁹¹ GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no Regime Jurídico das Desapropriações**. Dissertação de Mestrado Orientadora: Profa. Titular Dr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2009, pg. 119.

Ocorre nos casos em que há um evento físico e ilegal por parte da Administração Pública que priva o particular, sem o seu consentimento, da fruição total ou parcial do seu direito de propriedade, ensejando o direito à indenização.

Para Wilton Luis da Silva Gomes, a desapropriação indireta “de fato” se verifica quando há uma afetação por parte da Administração Pública danosa ao direito de propriedade. É o que se verifica no caso abaixo, julgado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. Terreno ocupado pela Prefeitura para nele promover abertura de via pública. Ausência de ressarcimento à proprietária. Patente ocupação de parte do imóvel pertencente à autora. Situação incontroversa. Valor indenizatório estabelecido pelo perito por meio do método comparativo de pesquisa do mercado imobiliário local. Concordância do autor e silêncio da ré em oferecer parecer técnico divergente. Prescrição não operada. Manutenção dos juros compensatórios e moratórios na forma arbitrada, ressalvada apenas a retificação ex officio do índice correcional aplicado na condenação, a fim de que seja utilizado o IPCA-e durante todo o período, afastando-se a TR, a qual não remunera a contento o desgaste inflacionário da moeda. Ação julgada procedente pelo juízo de 1º grau. Sentença confirmada. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DA PREFEITURA NÃO PROVIDOS. (Grifos nossos) (TJSP, Apeção n. 1000483-95.2017.8.26.0073. Des. Rel. Sousa Nery, 12ª Cam. Dir. Público, julgado em 21.01.2019, publicado em 21.01.2019).

José Cretella Júnior, ao discorrer sobre a desapropriação indireta, traz a seguinte situação exemplificativa:

Verifica-se a desapropriação indireta, quando no decorrer de trabalho público, como consequência da forçada das obras, a Administração se apossa de terreno que, no início, não se havia previsto como indispensável ao trabalho ou que se tornou necessário como consequência de erro na execução.⁹²

Ainda que o apossamento tenha ocorrido para atender a determinado fim social, e ainda que o interesse público deva prevalecer sobre o interesse privado, não pode o particular ser prejudicado com a invasão de sua propriedade, sem que as

⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação**: Constituição de 1988 e leis ordinárias. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 26.

exigências legais para tanto sejam observadas pelo próprio Poder Público expropriante.⁹³

3.3.2 Desapropriação indireta “normativa”

Ensina Wilton Luis da Silva Gomes que a privação do direito de propriedade, pela desapropriação indireta “normativa”, poderá ocorrer, por exemplo, nas seguintes situações:

quando o Poder Público cria uma área ou reserva de conservação ambiental, considerada por alguns como limitação administrativa ou servidão, que pelo fato de impedir qualquer forma de exploração econômica, ou mesmo a utilização mais básica da propriedade, provoca a ocorrência de uma restrição excessiva da qual deverá decorrer uma indenização.

de um tombamento de prédio privado, até mesmo de uma servidão ou de uma limitação administrativa, tal o grau de restrições que o proprietário deverá suportar.⁹⁴

Neste sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SUBMETIDOS AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PARQUE ESTADUAL DA ILHA DO CARDOSO. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEIS E RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. 1. Sobre os presentes embargos de declaração, a análise de suas razões evidencia, de forma clara e inequívoca, que o seu objetivo não é o de sanar erro material, omissão, obscuridade ou contradição, mas sim o de buscar a reforma da decisão embargada. Assim, recebo-o como agravo interno, nos termos do art. 1.024, § 3º, do CPC/2015. 2. Decorre o presente recurso de ação civil pública objetivando sejam os particulares compelidos a demolir imóveis e recuperar área degradada situada nos limites do Parque Estadual Ilha do Cardoso. 3. A sentença de procedência dos pedidos foi reformada em boa parte, remanescendo apenas a obrigação de uma das rés de desocupar o local, pois, segundo o TJ/SP, os imóveis foram atingidos por desapropriação indireta decorrente da criação do aludido parque estadual, sendo os particulares devidamente indenizados. 4. Para o

⁹³ MALUF, Carlos Alberto Debus. **Teoria e prática da desapropriação**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303.

⁹⁴ GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no Regime Jurídico das Desapropriações**. Dissertação de Mestrado Orientadora: Profa. Titular Dr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2009, p. 119.

tribunal de origem, a obrigação propter rem transita para o adquirente (Estado de São Paulo), mas nunca do adquirente para o transmitente (particulares). 5. Ocorre que é firme o entendimento jurisprudencial desta Corte de que a responsabilidade pelo dano é objetiva e solidária, o que afeta a todos os agentes que obtiveram proveito da atividade de resultou em dano ambiental, razão pela qual é de ser restabelecida a sentença que determinara a demolição do imóvel em questão. 6. Ademais, conforme bem pontuado pelo MP/SP, não há razão para conferir relevo à desapropriação no caso concreto, pois eventual indenização paga pelo ente expropriante ao expropriado não repercute no dever reparador do causador da lesão ambiental, pois as relações jurídicas são distintas e autônomas, devido à própria natureza do bem jurídico que se busca nº 1.233.356/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.06.2018, DJe 27.06.2018).

Tendo em vista a tênue separação fática entre este instituto e as limitações administrativas, o autor estabelece três critérios de identificação da desapropriação indireta “normativa”. São eles: i) redução significativa do valor econômico da propriedade; ii) utilização privada; iii) critério da intervenção individual.

Quanto à redução significativa do valor econômico da propriedade, apesar de ser inegável o fato de que o particular deverá suportar determinadas restrições a bem da coletividade, a propriedade privada não pode vir a ser despojada de sua função econômica, o que seria um claro atentado contra o direito de propriedade, garantido pela Constituição Federal.⁹⁵

No tocante ao critério da utilização privada, a faculdade de uso e gozo do bem a que se tem domínio faz parte do conceito jurídico-positivo do direito de propriedade. Logo, uma medida advinda do Poder Público que impossibilite o particular da utilização privada de sua propriedade caracterizará a desapropriação indireta.⁹⁶

Neste sentido, considerando que o direito de construir compõe a essência econômica do direito de propriedade, uma vez que, de acordo com entendimento de Hely Lopes Meirelles, no uso, gozo e disponibilidade do bem se compreende a faculdade de transformá-lo, edifica-lo com todas as obras que lhe favoreçam a

⁹⁵ GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no Regime Jurídico das Desapropriações**. Dissertação de Mestrado Orientadora: Profa. Titular Dr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2009, p.124.

⁹⁶ GOMES, Wilton Luis da Silva. op. cit., p.125.

utilização ou lhe aumentem o valor econômico⁹⁷, as limitações significativas a este direito, bem como sua proibição total, poderão caracterizar a desapropriação indireta normativa, ensejando o direito à indenização.⁹⁸

Por fim, acerca do critério da intervenção individual, aponta Wilton Luis da Silva Gomes ser critério de menor relevância para a caracterização da desapropriação indireta normativa, não sendo essencial para a caracterização da violação ao direito de propriedade.⁹⁹

Tem como fundamento o princípio da igualdade, segundo o qual apenas um cidadão não poderá, de forma desigual, suportar encargos desproporcionais em benefício da coletividade.

Porém, alerta o autor que este critério deve ser considerado em conjunto com os demais, tendo em vista que é possível que a desapropriação indireta decorra de um ato geral, afetando vários proprietários de uma região, como por exemplo na declaração de proteção ambiental de uma grande área que afeta profundamente as faculdades decorrentes do direito de propriedade dos particulares. E, por outro lado, é possível que uma intervenção, ainda que individual, seja legal, não ensejando qualquer tipo de indenização, como nos casos de tombamento.¹⁰⁰

3.4 Ação do desapropriado

Como vimos, após o abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, cabe ao lesado o recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado. Há uma inversão nos polos ativo e passivo da ação ordinária de desapropriação indireta.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 551.

⁹⁸ GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no Regime Jurídico das Desapropriações**. Dissertação de Mestrado Orientadora: Profa. Titular Dr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2009, p.126.

⁹⁹ *Ibidem*, p.127.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.127.

Cabe destacar que o lesado também pode recorrer às vias administrativas, conforme art. 5º, XXXIV, a da CF, porém a efetividade destas ações, considerando a natureza abusiva da desapropriação indireta, não é satisfatória.

Trata-se de ação real de indenização, pelo rito ordinário, com fundamento no art. 186 do Código Civil, na qual o lesado busca obter a condenação do Estado ao pagamento de indenização pela perda fática da propriedade.

O fundamento legal da ação de desapropriação indireta é o disposto no art. 35 do Decreto-lei 3.365/1941:

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.

Nesta perspectiva, a desapropriação indireta é um fato administrativo, e constitui um dos elementos da causa de pedir na ação.¹⁰¹ O pedido do autor é a condenação do Poder Público ao pagamento de indenização por perdas e danos equivalentes ao valor do imóvel e de suas benfeitorias, acrescido de juros compensatórios a partir da data da efetiva ocupação, incidente sobre o valor contemporâneo e atualizado do bem, conforme disposto na Súmula n. 114 do STJ.¹⁰² É o que se verifica na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça colacionada a seguir:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. JUROS COMPENSATORIOS. CRITERIOS PARA O CALCULO. CUMULATIVIDADE DOS JUROS COMPENSATORIOS E MORATORIOS. SUMULAS 12, 69 E 114 DO STJ. CONSOANTE JURISPRUDENCIA JA CRISTALIZADA EM SUMULAS DESTA EGREGIO TRIBUNAL, RESTOU ASSENTADO QUE: "EM DESAPROPRIAÇÃO, SÃO CUMULAVEIS JUROS COMPENSATORIOS" (SUMULA 12-STJ); "NA DESAPROPRIAÇÃO DIRETA, OS JUROS COMPENSATORIOS SÃO DEVIDOS DESDE A ANTECIPADA IMISSÃO NA POSSE E, NA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, A PARTIR DA EFETIVA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL" (SUMULA 69-STJ); "OS JUROS COMPENSATORIOS, NA

¹⁰¹ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pg. 487.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 633.

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, INCIDEM A PARTIR DA OCUPAÇÃO, CALCULADOS SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO, CORRIGIDO MONETARIAMENTE" (SUMULA 114-STJ). RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNANIME. (REsp 70751/PR Recurso Especial 1995/0036752-1, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 2.10.1995 e publicado em 23.10.1995).

Segundo a previsão do §4º do art. 15A do Decreto-lei 3.365, incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, nas ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação. Neste sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

DESAPROPRIAÇÃO Indireta – Indenização – Juros compensatórios – Juros moratórios – Honorários: – Avaliação condizente com as características da área atingida pelo apossamento administrativo. – Os juros compensatórios contam-se da ocupação no percentual de 12% ao ano e cessam quando expedido o precatório. – O termo inicial dos juros moratórios é 1º de janeiro de exercício seguinte àquele em que deveria ter ocorrido o pagamento. – Os honorários advocatícios na desapropriação indireta também se sujeitam aos limites fixados na lei expropriatória. (TJSP, Apelação n. 0010057-37.2011.8.26.0408, Des. rel. Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público, São Paulo, julgado em 26.02.2018 e publicado em 24.02.2019).

Além disso, sobre o montante total incidem os juros moratórios devidos em 6% ao ano, a partir de 1ª de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal e do art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41 e Súmulas 12, 69, 113, 114, todas do STJ.

Quanto ao prazo prescricional, a Súmula n. 119 do STJ dispõe que “a ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos”. Este prazo correspondia à consumação do prazo de usucapião vigente no Código Civil de 1916.

Entretanto, o Código Civil de 2002 alterou o prazo para usucapião extraordinário de 20 para 15 anos, podendo ser reduzido para 10 se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1.238,¹⁰³

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 634.

devendo-se, a partir de então, observar as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotando-o nas expropriatórias indiretas

Com efeito, Luciano Ferraz afirma que relativamente às ações de desapropriação indireta, considerando a natureza real do direito em voga, bem como que, apesar do apossamento ilegal, o bem expropriado será utilizado com fim de interesse público, o prazo de prescrição é o que estabelece o Código Civil para as ações de usucapião.¹⁰⁴ Destaca o autor:

A ação de desapropriação indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, ante a impossibilidade de reivindicar a coisa, subsiste a pretensão indenizatória em relação ao preço correspondente ao bem objeto do apossamento administrativo.¹⁰⁵

Neste sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ILEGITIMIDADE ATIVA. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/2002. INCIDÊNCIA. INTERRUPTÃO DO PRAZO. DECRETO EXPROPRIATÓRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 283 DO STF. 1. Os temas relativos à ilegitimidade ativa do autor, aos juros compensatórios e moratórios, bem como à suposta contrariedade ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 não foram veiculados no apelo nobre, o que configura inovação recursal, incabível em razão da preclusão consumativa. 2. O Superior Tribunal de Justiça, à luz do disposto no art. 550 do Código Civil de 1916, firmou o entendimento de que a ação de indenização por apossamento administrativo sujeita-se ao prazo prescricional de vinte anos e não àquele previsto no Decreto-Lei n. 20.910/1932 (Súmula 119 do STJ), devendo-se observar, após a edição do Código Civil de 2002, o prazo previsto no seu art. 1.238, bem como as regras de transição do art. 2.028 do mesmo diploma legal. 3. Hipótese em que as instâncias ordinárias consideraram o Decreto Estadual n. 4.471/1994 como marco interruptivo do prazo prescricional da pretensão autoral, por revelar ato inequívoco de reconhecimento, por parte da administração pública, da titularidade do domínio da propriedade e, por conseguinte, do direito à indenização. 4. Transcorrido menos da metade do tempo estabelecido no Código Civil de 1916, considerando-se o referido marco interruptivo, aplica-se à espécie o prazo decenal definido no atual Código Civil, contado a partir de sua entrada em vigor (11/01/2003). 5. Sendo a ação proposta em 18/12/2006, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do

¹⁰⁴ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago.

Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 489.

¹⁰⁵ Ibidem, p.489.

novo Código Civil, não se configurou a prescrição do direito de ação. 6. Não tendo o Tribunal de origem emitido juízo de valor sobre o disposto no Decreto estadual n. 17.118/1982, nem oposto embargos de declaração para fins de prequestionamento, incide na espécie as Súmulas 282 e 356 do STF, cujos fundamentos não foram sequer impugnados pelo agravante, circunstância que atrai, no ponto, a aplicação do Enunciado 182 da do STJ. 7. Quanto aos honorários advocatícios, observa-se que as razões do recurso especial não atacaram o fundamento autônomo e suficiente empregado pelo acórdão recorrido, aplicando-se à espécie a Súmula 283 do STF. 8. Agravo interno conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido. (AgInt no REsp 1.339.894/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 26/6/2017).

RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. DIREITO REAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO. PRESCRIÇÃO DECENAL. REDUÇÃO DO PRAZO. REGRA DE TRANSIÇÃO. 1. Descabida a tese de que o prazo prescricional teria início na data do decreto expropriatório, pois não se trata de desapropriação direta, mas indireta. Isso porque apesar de ter sido inicialmente observado o processo de desapropriação, a indenização não foi paga, nos termos do pactuado entre expropriante e expropriado, de modo que o acordo não se aperfeiçoou assim como a desapropriação direta que se convolou em indireta. 2. O prazo de cinco anos de que trata o art. 10 do Decreto 3.365/1941 dirige-se ao expropriante, cabendo a ele ajuizar a ação ou efetivar acordo dentro do prazo quinquenal, o que não se confunde com o prazo de que dispõe o expropriado para intentar ação de desapropriação indireta. 3. Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que "a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos" (Súmula 119/STJ). 4. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 (dez) anos (art. 1.238, parágrafo único), devendo-se, a partir de então, observar as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotando-o nas expropriações indiretas. Precedentes: REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/6/2013; REsp 944.351/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013. 5. Especificamente na hipótese dos autos, levando-se em conta que o recorrente o recorrente está na posse do imóvel desde desde 9.3.1998 e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário do código revogado, consoante a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02, incide o prazo decenal do atual Codex, a partir de sua entrada em vigor 11.1.2003. 6. Assim, tendo em vista que a ação foi proposta em 26.2.2010, consoante consta do acórdão recorrido, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do Código Civil de 2002, não se configurou a prescrição. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1.654.965/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 27/4/2017).

Imperioso destacar que o prazo de cinco anos de que trata o art. 10 do Decreto 3.365/1941 dirige-se ao expropriante na desapropriação direta, cabendo a ele ajuizar a ação ou efetivar acordo dentro do prazo quinquenal, o que não se confunde com o prazo de que dispõe o expropriado para intentar ação de desapropriação indireta.

Ainda sobre a ação de desapropriação indireta, importante resgatar o ensinamento de José Carlos de Moraes Salles, segundo o qual nos albores da desapropriação indireta os proprietários ilicitamente desapossados pela Administração Pública recorriam aos interditos possessórios e até mesmo à ação reivindicatória para reaverem os bens dos quais eram titulares.¹⁰⁶

Porém, estas ações eram convertidas em ações ordinárias de indenização pelos juízes e Tribunais por entenderem que os bens já haviam sido utilizados em obras públicas, passando a incorporar o patrimônio público.¹⁰⁷

Apesar deste entendimento, o autor supracitado defende que, por se tratar de um ato ilícito da Administração, o proprietário que tenha sua posse turbada, esbulhada ou ameaçada pode opor, ao Poder Público, os interditos possessórios previstos em lei; atualmente o interdito proibitório disposto nos arts. 567 e 568 do novo CPC; pelo menos enquanto o bem não houver sido utilizado em obra ou serviço público.¹⁰⁸

Após essa utilização, em virtude do princípio da intangibilidade da obra pública, entende o autor que só caberá a propositura de ação ordinária de indenização por desapropriação indireta".¹⁰⁹

Neste sentido é também o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que o proprietário pode opor-se à desapropriação indireta com os interditos possessórios até que seja consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público. A partir de então, os bens se tornam insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular lesado promover a ação indenizatória correspondente, incluindo no pedido a correção monetária, juros moratórios,

¹⁰⁶ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 709.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 709.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 712.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 712.

compensatórios a contar do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato ilícito da Administração.¹¹⁰

Conforme analisamos, o fundamento legal da desapropriação indireta encontra-se no art. 35 do Decreto-lei 3.365. De acordo com este artigo, ainda que decorrente de processo nulo, ou de ato ilícito do Poder Público, como ocorre nos casos de desapropriação indireta, os bens expropriados, quando incorporados à Administração, não poderiam ser objeto de reivindicação, e sim de ação de indenização por perdas e danos.

De acordo com Marçal Justen Filho, este artigo é incompatível com a Constituição e deve ser repudiado. Sustenta o autor que:

se a desapropriação depende da prévia e justa indenização em dinheiro, a ser fixada judicialmente, não há fundamento jurídico mínimo para afirmar a aquisição do domínio por parte do Estado mediante um ato de força, incompatível com a ordem jurídica. É evidente que, em face da Constituição, cabe a reivindicação de bens indevidamente apossados pelo Estado. Aliás, cabe também a punição civil, administrativa e penal para o agente público que ousou ignorar a Constituição.¹¹¹

Concordamos com o entendimento acima exarado acerca da inconstitucionalidade do art. 35 do Dec.-lei 3.365, e da necessidade de punição civil, administrativa e penal para o agente público que agindo contra a lei, se apossa da propriedade privada sem o devido processo legal.

Entendemos, porém, que o cabimento da ação reivindicatória, quando há a integração do bem ao Poder Público, deverá ser analisado caso a caso, e quando esta solução se constatar mais custosa ao erário público, o caso seria resolvido em perdas e danos, em virtude do princípio da intangibilidade da obra pública.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 729.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 632.

3.5 Efeitos

Afirma José Carlos de Moraes Salles que “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”.¹¹²

Com efeito, a perda da propriedade, nas situações de desapropriação indireta, não ocorre com a simples ocupação pelo Poder Público. Esta ocorrerá, se, decorrido o tempo previsto na lei, o desapropriante a tiver adquirido por usucapião, ou com o pagamento da indenização estipulada na ação de desapropriação indireta.

Apona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que com a desapropriação indireta o que ocorre é a afetação do bem a uma utilidade pública. E uma afetação ilícita, tendo em vista que atinge bem pertencente a particular.¹¹³

Vale dizer que a formal e definitiva transferência da propriedade do bem expropriado ao patrimônio estatal ocorre após a sentença ordinária de desapropriação indireta, que é instrumento apto ao registro da transladação do domínio do cartório de registro de imóveis.¹¹⁴

Sobre a sentença na ação de indenização afirma Luciano Ferraz:

será declaratória no que se refere à ocorrência do fato jurídico desapropriação indireta; será constitutiva no concernente à transferência do domínio do proprietário para o patrimônio público; e será condenatória no atinente às perdas e danos deferidos em favor do expropriado.¹¹⁵

Ademais, importante destacar que, não sendo causa de perda da propriedade, a desapropriação indireta não impede o proprietário de alienar o bem, passando o terceiro adquirente a sub-rogar-se em todos os direitos a ele relacionados, como a

¹¹² SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 710.

¹¹³ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 228.

¹¹⁴ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coordenadora); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 488.

¹¹⁵ Ibidem, p.488.

indenização e a recomposição do seu valor pela incidência dos juros compensatórios, desde a efetiva ocupação.

Neste sentido é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 568/STJ. INCIDÊNCIA. SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I- Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II- É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel III- O relator poderá, monocraticamente, e no Superior Tribunal de Justiça, dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema, a teor da Súmula n. 568/STJ. IV- O adquirente de imóvel expropriado sub-roga-se todos os direitos inerentes ao bem, inclusive os juros compensatórios, que devem incidir desde a ocupação efetiva, nos termos da Súmula 114/STJ. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público. V- O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. VI- Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1639081/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017) (grifos acrescidos).

José Carlos de Moraes Salles ensina que, se a Constituição Federal, no art. 5º, XXIV, só admite a desapropriação mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro, e esta só se concretiza com o efetivo pagamento, não se poderia admitir que, com a desapropriação indireta, ou seja, com o apossamento ilegal pelo Poder Público, o bem teria ficado fora de comércio, não mais podendo ser alienado, já que não houve a transferência da propriedade do bem.¹¹⁶

Conforme já expusemos, o proprietário fica apenas impossibilitado de reivindicar o bem, tendo em vista sua integração ao patrimônio público, o que não significa que tenha perdido a propriedade do bem que lhe fora usurpado, podendo dispor do bem como bem entender.

¹¹⁶ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 734.

Neste diapasão, o terceiro adquirente tem legitimidade para ajuizar a ação de desapropriação indireta contra o Poder Público sob pena de se consagrar um enriquecimento ilícito da Administração, em detrimento daquele que adquiriu o bem regularmente.¹¹⁷

Cabe ressaltar, ainda, que além da violação ao direito de propriedade, a desapropriação indireta traz ainda outro desserviço ao nosso país: o pagamento de indenizações vultuosíssimas. É o que elucida Marçal Justen Filho, em trecho que colacionamos abaixo:

A experiência demonstrou que, em vez de trazer algum tipo de 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 ocupação.¹¹⁸

A solução apontada pelo autor, com a qual concordamos, seria o respeito aos princípios fundamentais da democracia republicana em que vivemos, ou seja, a abstenção dos agentes estatais em promover a ilegal desapropriação indireta. Porém, nos casos em que esta ocorresse, que os agentes políticos e administrativos sejam submetidos à responsabilização civil, administrativa e penal.¹¹⁹

Diante do exposto, é possível concluir que a desapropriação indireta é ato ilícito por meio do qual o Poder Público viola o direito de propriedade garantido pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal, sem a observância do devido processo legal expropriatório, não gera a perda da propriedade antes do pagamento da indenização devida, ou do decurso da prescrição aquisitiva (usucapião) em favor da Administração, nos termos do art. 1.238 do Código Civil¹²⁰, e deveria vir acompanhada da punição para o agente público em sede civil, administrativa e penal.

¹¹⁷ SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 734.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 634.

¹¹⁹ Ibidem, p.634.

¹²⁰ SALLES, José Carlos de Moraes. op. cit., p. 735.

4 CONCLUSÃO

Iniciamos o presente estudo fazendo uma análise sobre a propriedade e sua delimitação jurídica.

Identificamos que o direito de propriedade é um exemplo de conceito jurídico-positivo, uma vez que identifica um conjunto de efeitos normativos dentro do ordenamento jurídico, e pode sofrer variações quando comparado com sistemas jurídicos de diferentes origens.

Elencado como direito fundamental por força do art. 5º da Constituição Federal, o direito de propriedade foi condicionado ao princípio da função social pelo inciso XXIII do mesmo artigo, evoluindo do sentido individual, no qual o proprietário tinha o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, para um sentido social, subordinado às exigências do bem comum.

Essa subordinação do direito de propriedade ao interesse público e aos ditames da justiça social possibilitaram uma maior interferência do Estado no sentido de assegurar a realização dessas necessidades coletivas, impedindo que o proprietário exerça o seu direito de propriedade de maneira abusiva.

Neste sentido, é possível concluir que o princípio da função social da propriedade autoriza tanto a imposição de abstenções como de obrigações de fazer aos proprietários, com vistas à proteção do interesse público e sempre sob o manto da legalidade e proporcionalidade, sendo um destes limites a desapropriação do bem nos casos expressamente previstos.

Com efeito, vimos que a intervenção do Estado na propriedade pode ocorrer de forma a retirar, restringir os direitos dos proprietários, ou sujeita-los a uma destinação de interesse público.

A desapropriação é um instituto que retira compulsoriamente o direito de propriedade, é um sacrifício de direito do indivíduo em proveito da coletividade, quando se verificar uma situação de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, e por isso gera o dever do Poder Público de indenizar o lesado, respeitando o princípio da isonomia. Indenização esta que, em regra, deve ser prévia e em dinheiro.

Constatamos que, por ser uma forma de sacrifício de direito a desapropriação é a modalidade mais severa de intervenção do Estado na propriedade, e dessa forma, as limitações legais a condicionar o seu exercício legítimo são rigorosas, sendo tradição do constitucionalismo brasileiro a preocupação com sua disciplina.

A Constituição Federal trata do tema nos arts. 5º, XXIV, 182, parágrafo 3º, 184 e 243, e confere a competência privativa da União para legislar sobre a desapropriação, conforme disposição do inciso II, do art. 22.

Tratamos detidamente dos requisitos constitucionais mínimos para a validade da desapropriação, que são: a observância ao devido processo legal; a motivação fundada em “utilidade pública”, “necessidade pública” ou interesse social”; e a indenização, que em regra deve ser justa, prévia e em dinheiro. Ressaltando que por ser a mais gravosa das intervenções do Estado na propriedade, qualquer atuação do Poder Público que desrespeite os requisitos mínimos de validade da desapropriação configura uma ofensa ao direito fundamental de propriedade.

Em seguida tratamos da desapropriação como forma originária de aquisição da propriedade; dos bens que podem ser expropriados; da importância da chamada declaração de utilidade pública; além das fases do procedimento expropriatório e uma breve análise de cada uma das espécies de desapropriação.

Por conseguinte, passamos à análise da desapropriação indireta, tema central do presente estudo, abordando seu conceito, fundamento jurídico, espécies, a ação do desapropriado e seus efeitos jurídicos.

Vimos que a chamada desapropriação indireta se trata de uma figura desenvolvida jurisprudencialmente para designar os atos ou atividades da Administração Pública, físicos ou não, que privem o particular da fruição total ou parcial do seu direito de propriedade, sem a observância das formalidades exigidas e ignorando as garantias constitucionais, cabendo ao lesado o recurso às vias judiciais para ser indenizado.

Fizemos uma breve análise das espécies de desapropriação indireta, sendo a desapropriação indireta “de fato” aquela em que há um evento físico e ilegal por parte da Administração Pública que priva o particular, sem o seu consentimento, da fruição total ou parcial do seu direito de propriedade, ensejando o direito à indenização, e a

desapropriação indireta “normativa” a que se verifica quando há o excesso de restrição ao direito de propriedade por decorrência de regulamentação estatal.

Ademais, destacamos que após o abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, cabe ao lesado ajuizar ação de indenização pelo rito ordinário, com fundamento no art. 186 do Código Civil, para ser plenamente indenizado, sendo cabível o ajuizamento de ação reivindicatória até que seja consumado o apossamento dos bens, ou seja, antes de sua integração ao domínio público. Após a sua integração entendemos que deverá ser feita uma análise caso a caso, e quando a reintegração se constatar mais custosa ao erário público, o caso seria resolvido em perdas e danos, em virtude do princípio da intangibilidade da obra pública.

Neste sentido, defendemos a inconstitucionalidade do art. 35 do Decreto-lei 3.365, tendo em vista que se a desapropriação depende de justa e prévia indenização em dinheiro, não há fundamento jurídico para validar a aquisição do domínio por parte do Estado mediante um ato de força, incompatível com a ordem jurídica.

Quanto aos efeitos, concluímos que a desapropriação indireta não gera a perda da propriedade antes do pagamento da indenização devida, ou do decurso da prescrição aquisitiva (usucapião) em favor da Administração, nos termos do art. 1.238 do Código Civil e, dessa forma, o terceiro adquirente tem legitimidade para ajuizar a ação de desapropriação indireta contra o Poder Público sob pena de se consagrar um enriquecimento ilícito da Administração, em detrimento daquele que adquiriu o bem regularmente.

Por fim, concluímos que a chamada desapropriação indireta é inconstitucional, tendo em vista se tratar de ato manifestamente ilícito do Poder Público, que viola o direito de propriedade sem observar o devido processo legal de desapropriação, desrespeitando formalidades inerentes ao instituto, especialmente o pagamento da justa e prévia indenização em dinheiro e que deveria acarretar a punição civil, administrativa e penal dos agentes políticos e administrativos responsáveis pela ilicitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 9-20, jan. 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coordenadores). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo: El poder de policía. Limitaciones impuestas a la propiedad privada em interés público. Administración fiscal**. 5. ed. Tomo IV. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Tratado geral da desapropriação**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. (coord.); FERRAZ, Luciano; MARRARA, Thiago. **Tratado de direito administrativo: direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. vol. 3**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo II**. 11. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

FERREIRA, Sérgio de Andréia. **O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Desapropriação: na doutrina, no direito brasileiro, na legislação comparada**. 2. ed. ampl. e atualizada. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

GAIO, Daniel. **A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações o Regime Jurídico das Desapropriações**. Dissertação de Mestrado Orientadora: Profa. Titular Dr. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Limitações Administrativas, Servidões e Ocupação temporária**. Painel nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 13 de dezembro de 2007, em São Paulo – SP.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação: doutrina e prática**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Debus. **Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade; prefácio do prof. Miguel Reale**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria e prática da desapropriação**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Apontamentos sobre desapropriação no Direito Brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público n. 57. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Destinação dos bens expropriados**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SANTOS, Anderson. **Função Social da Propriedade Urbana – Regularização Fundiária**. Sorocaba: Create, 2009.

SCIORILLI, Marcelo. **Direito de propriedade: evolução, aspectos gerais, restrições, proteção, função social; Política agrária: conformação, instrumentos, limites**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

VALVERDE, Iracema A; GONÇALVES, Angela Clara F. (organizadoras). **Desapropriação: série Jurisprudência ADCOAS; n.125**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Esplanada, 2003.