DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

Sumário: RESUMO. INTRODUÇÃO. 1. TEORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1.1 Do conceito de Administração Pública. 1.2 Dos Princípios que regem a Administração Pública. 1.2.1 Do Princípio da Impessoalidade 1.2.2 Do Princípio da Moralidade 1.2.3 Do Princípio da Publicidade 1.2.4 Do Princípio da Eficiência 1.2.5 Do Princípio da Supremacia do Interesse Público 1.2.6 Do Princípio da Legalidade. 1.2.7 Princípio do Devido Processo Legal 2. DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA 2.1 Da Evolução histórica da propriedade 2.2 Do Conceito e aspectos jurídicos do uso e gozo da propriedade privada 2.3 Da Função social da propriedade privada 2.4 Da Garantia constitucional da propriedade 2.5 Fundamentos gerais da intervenção do Estado da propriedade privada. 3. DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DIANTE DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA 3.1 Do instituto da Desapropriação 3.2 Da desapropriação Indireta 3.3 Violação do devido processo legal 3.4 Violação da Lei Complementar 101/2000 3.5 Indenização ao proprietário expropriado 3.6 Da Inconstitucionalidade Desapropriação Indireta em face do Princípio do Devido Processo Legal e Do Direito à Propriedade Privada. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

LOUIZE DE OLIVEIRA RODRIGUES CAPARELI¹

Orientador Prof. Bruno Marini

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto da desapropriação indireta por meio da perspectiva dos princípios que regem a Administração Pública, bem como do princípio do devido processo legal, previsto na Carta Magna, e do direito de propriedade, previsto tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil. Para isso, este trabalho tem por base a pesquisa qualitativa, realizada por método dedutivo, que se baseou em procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência. Assim, é possível afirmar que o instituto da desapropriação indireta consiste no fato pelo qual o Estado se apropria do bem de particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia, ou seja, não há o procedimento legal inerente ao processo de desapropriação, não seguindo a fase declaratória e a fase expropriatória. Com isso, o presente estudo examina, especialmente, a inconstitucionalidade de tal instituto em face ao princípio do devido processo legal e do direito à propriedade, tendo em vista o atrito entre a desapropriação indireta e eles.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade de Direito (FADIR).

PALAVRAS-CHAVES: Desapropriação Indireta. Devido Processo Legal. Princípios da Administração Pública. Direito à Propriedade Privada.

ABSTRACT:

This article aims to analyze the institute of indirect expropriation from the perspective of the principles that govern Public Administration, the principle of due legal process, provided for in the Magna Letter, and the right to property, provided for in both the Federal Constitution and the Civil Code. To achieve this, this work is based on qualitative research, carried out using a deductive method, which was based on technical procedures based on doctrine, legislation, jurisprudence and constitutional principles. Thus, it is possible to state that the institute of indirect expropriation consists of the fact by which the State appropriates the property of a private individual, without observing the requirements of the declaration and prior compensation, that is, there is no legal procedure inherent to the expropriation process, not following the declaratory phase and the expropriation phase. Therefore, the present study examines, especially, the unconstitutionality of such an institute in view of the principle of due legal process and the right to property, taking into account the friction between indirect expropriation and them.

KEYWORDS: Indirect expropriation. Due Process of Law. Principles of Public Administration. Right to Private Property.

INTRODUÇÃO

O Direito de Propriedade é garantido pela Carta Magna de 1988 no inciso XXII do artigo 5º, bem como pelo artigo 1228 do Código Civil. Contudo, apesar de estar garantido constitucionalmente, tal direito é relativo, vulnerável às intervenções do Estado.

Isso ocorre pelo fato de que a propriedade possui o dever de atender à sua função social, permitindo que o Estado fiscalize as ações do proprietário em relação à propriedade. Dessa forma, não atendendo à função social, o Estado poderá, mediante prévia e justa indenização, transferir determinado bem de particular para o seu patrimônio, por meio de processo expropriatório, configurando a Desapropriação.

A desapropriação é uma forma de intervenção estatal supressiva na propriedade, precedida da declaração de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, devendo ser respeitado o procedimento previsto em lei devido processo legal.

Contudo, há a desapropriação indireta, a qual consiste na apropriação pelo Estado de determinado bem particular, transferindo-o para seu patrimônio sem observar quaisquer requisitos ou procedimento expropriatório, podendo ser considerado uma espécie de esbulho possessório (Carvalho Filho, 2010).

Por outro lado, há o Princípio do Devido Processo Legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Dessa forma, surge a discussão a respeito da aplicação e finalidade do art. 35 do Decreto-lei 3.365/41², tendo em vista a existência de divergências e controvérsias acerca do seu acolhimento ou não pela Constituição Federal.

Portanto, esta pesquisa pretende lançar luz sobre as implicações da desapropriação indireta e seu contraste com o direito à propriedade privada e com o princípio do devido processo legal, bem como abordando a lesão aos cofres públicos que acarreta.

Nessa perspectiva, torna-se necessária a menção da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que funciona como base do Direito Administrativo, bem como de outros princípios que regulam a Administração Pública.

Quanto à metodologia, será utilizada pesquisa bibliográfica com a finalidade de explicitar os contornos do tema que será tratado e apontar os objetivos supracitados, tendo por fonte a Doutrina e artigos, bem como as consultas de decisões judiciais emanadas pelo Poder Judiciário.

1 TEORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste primeiro capítulo se faz uma abordagem acerca da teoria geral da administração pública e dos seus princípios constitucionais, pois a sua atividade é regulamentada pela observância a todos que estão explícitos e implícitos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.1 Do conceito de Administração Pública

² 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.

No senso comum “administrar” é sinônimo de organizar e de coordenar, assim, pode-se afirmar que é o meio usado para gerir os recursos com a finalidade de atingir determinados objetivos. A palavra “administrar” tem sua origem no latim, e seu significado original implica subordinação e serviço.

Para o jurista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979 apud Di Pietro 2006, p.67), a palavra administrar:

[...] indica duas versões para a origem do vocábulo administração. Para uns, vem de ad (preposição) mais ministro, as, are (verbo), que significa servir, executar; para outros, vem de ad manus trahere, que envolve idéia de direção ou gestão. Nas duas hipóteses, há o sentido de relação de subordinação, de hierarquia.

Assim, pode-se inferir que administrar é servir a outrem; gerir os recursos de outrem.

No campo do Direito Público, o conceito de administração pública consiste em atividades majoritariamente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos visando à satisfação de interesses públicos.

Considera-se, portanto, como administração pública o conjunto de órgãos, serviços e agentes responsáveis pela promoção da segurança, cultura, saúde e bem-estar da sociedade.

Sobre Administração Pública, explica Di Pietro (2006, p.73) que:

[...] a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo.

Assim, o conceito de Administração Pública se subdivide em sentido amplo, formal e material. A Administração pública em sentido amplo abrange os órgãos de governo, que exercem função política, estabelecendo diretrizes, planos, programas e políticas públicas, bem como os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa, executando as políticas públicas formuladas no exercício da referida atividade política.

Já em sentido formal, subjetivo ou orgânico, consiste em quem exerce, ou seja, os agentes, pessoas jurídicas a quem o ordenamento atribui à competência ativa em praticar as atividades administrativas.

Por último, em sentido material, objetivo ou funcional, o foco é na atividade em si, sem destaque para quem a exerce, assim, essa classificação adota como referência a atividade.

Dessa forma, conclui-se que, conforme o conceito de Hely Lopes Meirelles, a Administração Pública é todo o aparelhamento do Estado, preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2010, 65-66).

1.2 Dos Princípios que regem a Administração Pública

Neste segundo tópico, serão abordados os princípios constitucionais que regem a administração pública, uma vez que a sua atividade deve observância obrigatória aos princípios explícitos e implícitos no texto da Carta Magna de 1988.

Assim, é fato que os princípios administrativos norteiam o Direito Administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico (2004, p. 451).

Dessa forma, o caput do artigo 37 da Lei Maior elenca os princípios expressos que regem não só a Administração Pública Direta e Indireta, mas também aos três poderes, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Já de acordo com a doutrina, segundo Hely Lopes Meirelles (2012), são doze os princípios básicos da Administração Pública: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

Consequentemente, o agente público, ao exercer a sua função, deve sempre seguir os princípios da administração pública, ainda mais se tratando dos princípios da legalidade e da publicidade, pois o agente público só age conforme a lei, bem como seus atos estão sujeitos ao conhecimento dos administrados.

Além dos princípios supracitados, a Administração Pública também deve observar os princípios básicos do direito, como, por exemplo, o princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sistema lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa (2014, p. 187).

Assim, os princípios são de fundamental importância para compreender o sistema da administração pública, uma vez que norteiam como o exercício da atividade pública deve ser desempenhado.

1.2.1 Do Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade trata-se de que a Administração Pública deve agir de acordo com a finalidade legal, de forma impessoal, buscando a satisfação do interesse público,

estando ligado diretamente ao princípio da legalidade, o qual será abordado posteriormente.

Este princípio impõe ao administrador público que os atos sejam praticados sempre para o seu fim legal, o qual, conforme Hely Lopes Meirelles (2012, p. 93) “é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.

Logo, nota-se que a finalidade de qualquer ato administrativo é o interesse público e que qualquer ato que não siga esse objetivo estará sujeito à invalidação por desvio de finalidade.

Da mesma forma, agir com impessoalidade também significa agir com imparcialidade e isonomia, aplicando a lei de forma a buscar o bem comum, independentemente de quem sejam os interesses beneficiados ou prejudicados.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sobre o princípio da impessoalidade:

Este princípio, que se conta entre os que o legislador constitucional houve por bem de explicitar (art. 37, caput), tem uma tríplice acepção. Na primeira, proíbem a Administração de distinguir interesses onde a lei não o fizer. Na segunda, proíbe a Administração de prosseguir interesses públicos secundários, dela próprios, desvinculados dos interesses públicos primários. Neste caso, enfatiza-se a natureza jurídica ficta da personalização do Estado, que, por isso, jamais deverá atuar em seu exclusivo benefício, como pessoa instrumental, mas sempre no da sociedade. Na terceira acepção, proíbe com ligeira diferença sobre a segunda, que a Administração dê precedência a quaisquer interesses outros, em detrimento dos finalísticos, ou seja, os da sociedade, postos à sua cura (2014, p. 101).

Igualmente, o objetivo final deste princípio é, também, impedir a promoção pessoal ou de terceiros dentro do serviço público, impondo que a atuação administrativa seja impessoal e genérica, com vistas a satisfazer o interesse coletivo.

O artigo 37, da Carta Magna/88, em seu parágrafo primeiro, torna explícita essa vedação à promoção pessoal, impondo a impessoalidade:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Em suma, o Princípio da Impessoalidade busca assegurar que os atos sejam praticados de forma impessoal e que favoreçam a coletividade e não apenas grupos determinados, pois configuraria o desvio de finalidade.

1.2.2 Do Princípio da Moralidade

A “Moral” pode ser conceituada como a conduta considerada aceitável para a sociedade de determinada época, todavia, na Administração Pública, a moral não corresponde a da sociedade comum, tendo em vista que certos comportamentos são toleráveis ao cidadão comum, contudo, não o são para o agente público.

Dessa forma, o princípio da moralidade evita que a atuação administrativa distancie-se da moral, assim, a atividade administrativa deve ser pautada não só pela lei, mas também pelos princípios éticos da boa-fé, lealdade e probidade, isonomia e razoabilidade.

Entretanto, Meirelles faz as seguintes considerações sobre referido princípio:

De certa forma, a moralidade se compara à "boa-fé objetiva" do Direito Privado, na qual é vista como uma "norma de comportamento leal" ou um "modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico", ao qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, "obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade". A boa-fé subjetiva denota estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao Direito. Denota a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular (2012, p. 122).

Da mesma forma, Odete Medauar aduz que:

O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração. Exemplo: em momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para "servir" autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade (2014, p. 144-145).

Com isso, percebe-se que nos casos em que a Administração ou seus administrados atuarem de encontro à moral, aos bons costumes e às regras de boa administração estará configurado desrespeito à moralidade administrativa.

Ademais, o princípio da moralidade encontra-se previsto de forma expressa no artigo 2º, caput, da Lei nº. 9.784/99, bem como no parágrafo único, inciso VI, dispondo como uma das exigências: "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

Diante do exposto, o princípio da moralidade administrativa deve ser obedecido não só pelo administrador, mas também pelos administrados, uma vez que as regras de boa administração dependem da conduta proba, do senso comum de moral e ética de ambos.

1.2.3 Do Princípio da Publicidade

Conforme visto anteriormente, a publicidade dos atos administrativos tem por objetivo impedir a promoção pessoal das autoridades e/ou agentes públicos, com isso, a Administração Pública tem o dever de disponibilizar à sociedade o conteúdo dos atos administrativos, facilitando o controle de seus atos.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2012) destaca que o princípio em tela surgiu diante da necessidade de transparência nos atos da Administração Pública, como exigência inderrogável da democracia e do Estado Democrático de Direito, pelo qual se reconhece que o

Poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1º, parágrafo único, CF), uma vez que seria inadmissível sigilo que afastaria o cidadão de exercer seu direito de fiscalização sobre a Administração Pública.

Dessa forma, o Princípio da Publicidade, retratado nos incisos LX, XIV, XXXIII e LXXII, do artigo 5º da Constituição da República, estabelece que todos os atos da Administração Pública devem ser públicos, garantindo aos interessados o acesso às informações.

Assim, a publicidade tem a finalidade de conferir não só a transparência, mas também possibilitar o controle dos atos pela população ou por outros órgãos públicos.

Entretanto, é válido ressaltar que muito embora os atos públicos sejam a regra, o sigilo é lícito em situações nas quais a publicidade possa acarretar lesão a outro direito protegido ou atrapalhar os trabalhos, como, por exemplo, em prol da defesa da intimidade (art. 5º, LX, da CF/88).

1.2.4 Do Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência, de acordo com a doutrina, consiste, genericamente, em “boa administração”, em atingir o melhor resultado no serviço público com o menor uso de recursos possíveis.

Celso Antônio Bandeira de Mello relaciona o princípio juntamente com o da legalidade, de forma que a eficiência se constitui uma faceta do princípio mais amplo, que a doutrina italiana denomina princípio da boa administração:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração” (2013, p. 98.).

Nesta linha de pensamento, assemelha-se o conceito do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

O princípio da eficiência “consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades, numa palavra, que pratiquem a boa administração, de que falam os publicistas italianos (2008, p. 834.).

Portanto, a eficiência como princípio tem o intuito de organizar e estruturar a máquina estatal para torná-la mais racional e, assim, assegurar que as necessidades da sociedade sejam alcançadas de forma mais satisfatória, exigindo que a Administração Pública seja organizada

em permanente atenção aos padrões modernos de gestão.

1.2.5 Do Princípio da Supremacia do Interesse Público

O Princípio da Supremacia do Interesse Público dispõe que diante do conflito entre o interesse do particular e o interesse público, prevalecerá o segundo, todavia, não significa que o Poder Público possa imotivadamente desprezar os direitos individuais.

Tal princípio é considerado implícito, uma vez que não está expresso na Carta Maior. Sobre este, Mello aponta que:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art.170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art.5, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o privado (2012, p. 99).

Nesta mesma linha de pensamento estão Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, quando afirmam:

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público e, como visto anteriormente, é um dos dois pilares do denominado regime jurídico administrativo, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem. Decorre dele que, existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes (2014, p. 188).

Assim, fica demonstrado que diante da existência de um conflito de interesses entre o público e o privado, deve prevalecer o público, pois está atrelado ao bem da coletividade.

Tratando-se sobre o assunto em epígrafe, Meirelles aduz que:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; daí a dificuldade que os autores enfrentam para a sua definição. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares (2012, p. 108).

Com isso, possui por finalidade garantir que o Estado atenda o interesse da coletividade, impedido que as prerrogativas estatais sejam utilizadas para benefício próprio.

De forma prática, este princípio é visto nos casos de desapropriação e do uso do poder de polícia, situações em que o interesse público prepondera em relação ao privado, visando o benefício da coletividade.

Nesse ínterim, Di Pietro aponta que:

Se a lei dá a Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal (2012, p. 97).

Dessa forma, ainda que a Administração possua poderes e prerrogativas, como, por exemplo, o de desapropriar, intervir e punir, esta não pode se valer disso para benefício próprio, visto que também prevaleceria o interesse individual.

No entanto, esse cenário ocasiona a desigualdade jurídica entre o Poder Público e a sociedade, de forma assertiva Meirelles alude que:

Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, mas essa desigualdade advém da lei, que, assim, define os limites da própria supremacia (2012, p. 199).

No mais, como desdobramento do princípio em questão, se origina o princípio da indisponibilidade do interesse público, tendo este como finalidade proteger o interesse geral da sociedade, não sendo possível dispor e renunciar de direitos assegurados constitucionalmente.

Entende-se, portanto, que no princípio da supremacia do interesse público, o interesse público se sobrepõe ao individual, tendo como finalidade atender as necessidades da coletividade, se materializando, por exemplo, no instituído da desapropriação.

1.2.6 Do Princípio da Legalidade

Por último, o Princípio da Legalidade é considerado o mais importante, pois toda atividade da Administração Pública deve ser pautada com estrita observância aos parâmetros legais, sendo um dos princípios previstos de forma expressa na Carta Magna/88, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Carvalho Filho (2009, p. 19), por sua vez, aduz que: “O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”. Dessa forma, todos os atos administrativos devem estar de acordo com a lei, não sendo possível contrariá-la, nem tratar de assunto que não esteja previsto nela. Assim, a atuação da Administração Pública só pode ser realizada se a lei permitir, diferentemente da atuação dos particulares, onde o que não for expressamente proibido em lei é permitido, conforme redação do artigo 5º, inciso II, da CF de 1988, o qual prevê que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim, enquanto ao particular é lícito fazer tudo quanto não estiver proibido, ao administrador somente é permitido o que estiver previsto em lei. Sobre o assunto, Di Pietro assevera que:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe (2012, p. 65).

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade:

é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei (2012, p. 103).

Este princípio constitui, portanto, não só uma limitação à atuação do Estado, mas também uma garantia fundamental ao cidadão, visto que garante a observância aos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna.

Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello, prossegue dizendo que:

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberanosúdito (Mello, 2012, p. 103).

Como se vê, o referido princípio protege a sociedade de sofrer interferências abusivas de governantes que representam o povo. Em suma, cirúrgico é o conceito de Hely Lopes Meirelles, a qual ensina que:

a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (2012, p. 89).

Portanto, o Princípio da Legalidade representa total subordinação do Poder Público à previsão legal, sendo considerado o mais importante para a Administração Pública, por ser o balisador do regime jurídico-administrativo, sendo os outros princípios decorrentes deste em análise.

1.2.7 Princípio do Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal está previsto no inciso LIV da Carta Magna e se caracteriza pela limitação imposta ao Poder Público:

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

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Assim, qualquer indivíduo que possua alguma demanda contra si, pode exercer o seu direito ao devido processo legal, sendo que a sua violação poderá tornar o processo nulo.

Por conseguinte, assegura a todos os cidadãos o direito a um processo com todas as etapas e garantias constitucionais possíveis, é considerado um supraprincípio, visto que emanará dele todos os outros princípios encontrados no ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, leciona Didier Jr.:

É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1988); proibem-se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF/1988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF /1988); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF /1988); as decisões não de ser motivadas (art. 93, IX, CF /1988); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII, CF /1988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV CF /1988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo (2017, p. 76.).

Logo, esse princípio exprime a garantia contra a insegurança jurídica através da contenção da arbitrariedade e imprevisibilidade das decisões ou do procedimento, mesmo as normas consensuais determinadas pelas partes exigem consonância com o devido processo.

Outrossim, o princípio do devido processo legal é dividido pela doutrina em duas categorias, sendo estas: material e formal. A primeira classificação está presente em todas as derivações do Direito, auxiliando na interpretação de vertentes fundamentais. Segundo Uadi Lammêgo Bulos:

No Direito Privado, por exemplo, é visível sua presença nas relações civis e comerciais. Basta lembrar do princípio da autonomia da vontade, do qual defluem a liberdade de contratar e a de praticar atos jurídicos, observadas as normas de ordem pública e dos bons costumes. Já no Direito Público ele está presente na tutela dos administrados, no controle dos atos administrativos pelo Judiciário, no poder de polícia, no vetor da legalidade etc (2014, p.687).

Por outro lado, o aspecto formal garante ao indivíduo a busca por seus direitos, assegurando o acesso à justiça por intermédio do Poder Judiciário, ou seja, diz respeito à formalidade da demanda, estabelece determinadas regras a serem seguidas para a inicialização e curso do processo, obedecendo às normas devidamente positivadas.

É válido destacar que para atender às exigências do princípio do devido processo legal, não basta o cumprimento de questões meramente formais, exige-se também o preenchimento de requisitos substanciais.

Esses requisitos abrangem considerações de razoabilidade e proporcionalidade, as

quais não são aplicadas tão somente durante o processo, como também na produção normativa ou de negócios jurídicos.

É possível dizer, portanto, que o processo não se resume ao procedimento, porquanto compreende toda e qualquer produção de normas jurídicas, seja ela jurisdicional, administrativa, legislativa ou negocial. O próprio Código de Processo Civil menciona outros requisitos substanciais no seguinte artigo:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Em conclusão, trata-se de dar um tratamento processual digno às partes. Nas palavras de Didier Jr:

Dar um tratamento processual digno é garantir o contraditório, a produção de provas, o direito ao recurso, o juiz imparcial, a proibição de prova ilícita, a exigência de motivação, a lealdade processual, a publicidade etc. Enfim, a dignidade da pessoa humana, no processo, é o devido processo legal (2017, p. 87)

Pois bem. Conforme o exposto, o devido processo legal deve ser respeitado também no âmbito da Administração Pública, contudo, esta, rotineiramente, promove a desapropriação de bens sem a observância das formalidades necessárias, ponto que será abordado nos próximos capítulos.

2 DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

Antes de abordar o instituto da desapropriação indireta, é válido abordar o Direito à Propriedade, analisando sua evolução histórica, conceito, características, bem como o princípio da função social e a sua garantia constitucional, a fim de aprofundar sobre a propriedade e esclarecer os fundamentos gerais das restrições pelo Estado que podem surgir durante o uso e gozo da propriedade pelo proprietário.

2.1 Da Evolução histórica da propriedade

O inciso XXII do artigo 5º da Constituição federal dispõe que “é garantido o direito de propriedade”. Todavia, muito embora a propriedade seja um direito real com caráter absoluto, ao longo da história, ela sofreu diversas alterações em seu tratamento pelos países civilizados.

Na fase inicial romana, existiam duas formas de propriedade coletiva: a da gens e a da família. Contudo, muito embora coletiva, fora caracterizada pelo seu sentido individualista,

vejamos o que diz Maria Helena Diniz:

Na era romana preponderava um sentido individualista de propriedade, apesar de ter havido duas formas de propriedade coletiva: a da gens e a da família. Nos primórdios da cultura romana a propriedade era da cidade ou gens, possuindo cada indivíduo uma restrita porção de terra (1/2 hectare), e só eram alienáveis os bens móveis. Com o desaparecimento dessa propriedade coletiva da cidade, sobreveio a da família, que, paulatinamente, foi sendo aniquilada ante o crescente fortalecimento da autoridade do pater famílias. A propriedade coletiva foi dando lugar à privada, passando pelas seguintes etapas, que Hahnemann Guimarães assim resume: 1) propriedade individual sobre os objetos necessários à existência de cada um; 2) propriedade individual sobre os bens de uso particular, suscetíveis de ser trocados com outras pessoas; 3) propriedade dos meios de trabalho e de produção; 4) propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto (2012, p.121).

A ordem jurídica e econômica romana era desenvolvida em torno da propriedade, sendo esta submetida ao dono, que poderia decidir livremente sobre o bem, contudo, estava vulnerável às limitações diante da norma jurídica que tinha por finalidade atender a interesses públicos ou privados.

Após, na Idade Média, vigorava o sistema feudal, no qual a sociedade era hierarquizada conforme a propriedade de terras, existindo duas figuras principais: o senhor e o servo. O senhor era dono não só da terra, mas também do servo, bem como detinha o poder militar, político e judiciário, sendo o servo o titular da posse útil da terra.

Em relação à propriedade, a unidade de produção da época era o domínio do senhor feudal. Assim, a posse possuía três formas: posse coletiva, incidindo sobre bosques e pastos, nos quais se desenvolviam a coleta, extração de madeira e a caça; reserva ou manso senhorial, propriedade privada do senhor, que correspondia à metade da terra cultivada; e manso servil ou tenência, sobre o qual o senhor detinha a propriedade e o servo, o direito de uso.

Posteriormente, na Revolução Francesa, em repúdio ao sistema feudal, a propriedade reviveu a concepção individualista do período romano, todavia, a partir da metade do século XIX, o Estado impôs vários tipos de restrições à propriedade (DI PIETRO, 2006).

Após as restrições impostas pelo Estado, o direito individual da propriedade começou a ser alterado para um direito social quando o Código de Napoleão, de 1804, trouxe como princípio a legitimidade da limitação do Estado sobre a propriedade, definindo esse princípio no seu artigo 544, como o direito de usar, gozar e de dispor das coisas de modo absoluto, desde que isso não contrariasse as leis ou os regulamentos definidos pelo Estado, enquanto que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, defendia a propriedade somente dizendo que esta era um direito inviolável e sagrado (DI PIETRO, 2006).

Pois bem. Uma vez compreendida a evolução do direito de propriedade, é importante que seja realizada uma abordagem sobre seu conceito, função social, garantia constitucional e

demais elementos.

2.2 Do Conceito e aspectos jurídicos do uso e gozo da propriedade privada

Sobre a propriedade, o artigo 1.228 do Código Civil dispõe que:

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

Assim, não há uma definição de propriedade no Dispositivo Legal supracitado, uma vez que este apenas elenca os poderes do proprietário.

Logo, há dificuldade em definir um conceito exato do direito de propriedade, uma vez que, como visto anteriormente, a propriedade sofre influências do momento histórico em que se situa, variando conforme cada época.

Sobre o assunto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão afirmam que:

A propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5, inc. XXII da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art.1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional (2010, p. 118).

Desse modo, percebe-se que a propriedade é o domínio sobre certa coisa, tendo em vista que são conferidos ao proprietário diversos poderes sobre o bem, conhecidos como elementos constitutivos do domínio.

Conforme o artigo 1.228 do Código Civil, a propriedade confere faculdades jurídicas às pessoas físicas e jurídicas de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha, respeitado os limites normativos.

Outrossim, os elementos constitutivos são compostos pelo direito de usar (*jus utendi*), o direito de gozar (*jus fruendi*), o direito de dispor da coisa (*jus abutendi ou disponendi*) e o de reivindicar (*rei vindicatio*).

O direito de usar, o *jus utendi*, compreende o uso de todos os serviços que a propriedade pode oferecer, sem modificar a substância.

Sobre o assunto Diniz afirma que:

O titular do *jus utendi* pode empregá-lo em seu próprio proveito ou no de terceiro, bem como deixar de utilizá-lo, guardando-o ou mantendo-o inerte. Usar do bem não é apenas retirar vantagens, mas também ter o bem em condições de servir. O *jus utendi* é o direito de usar a coisa, dentro das restrições legais, a fim de se evitar o abuso do direito, limitando-se, portanto, ao bem-estar da coletividade (2012, p. 130).

Já o direito de gozar da coisa significa usufruir de todos os frutos que ela pode

oferecer, ou seja, consiste em arrecadar os benefícios e vantagens do bem que lhe pertence, pois o *jus fruendi* corresponde à utilização dos produtos da coisa, bem como o de explorá-la economicamente. Nesse contexto, Coelho alega que:

O poder de gozar (ou de fruir) o bem corresponde ao de explorá-lo economicamente, isto é, extrair dele frutos. Gozar é obter renda ou lucro da coisa. Frui do galpão, assim, o dono que aluga; da fazenda, o que nela planta cana-de-açúcar; da granja, o que cria frango; do terreno baldio, o que emprega no desenvolvimento de atividade empresarial de prestação de serviços de estacionamento e assim por diante (2012, p. 157).

O Direito de dispor - *jus abutendi* – corresponde ao poder que o dono tem de alienar a coisa a qualquer título, transformá-la, alterá-la, gravá-la de ônus, consumi-la, e até mesmo destruí-la. Coelho entende que esse direito:

Abrange tanto, de um lado, o poder de destruir, total ou parcialmente, o bem objeto de propriedade, reformá-lo, fundi-lo ou em qualquer medida alterar-lhe a substância (disposição material) como, de outro, o de abandoná-lo, aliená-lo ou dá-lo em garantia (disposição jurídica). O dono pode fazer da coisa o que quiser e bem entender, incluindo sua destruição física e o descarte ao lixo. Em princípio, o único senhor do interesse de manter ou conservar a coisa é o proprietário (2012, p. 158-159).

Assim, o *jus abutendi* é considerado o direito mais abrangente. “Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário possui”(VENOSA, 2007, p.153).

Por último, o direito de reaver a coisa - *rei vindicatio* - de quem quer que injustamente a possua ou a detenha, sendo consequência do direito de sequência, característico do direito real, ou seja, é o meio que o dono defende sua propriedade, tendo por instrumento a ação reivindicatória.

Nesse sentido, Coelho aduz que:

Por último, tem o proprietário o poder de reivindicar o bem das mãos de quem injustamente o possui ou detém. Como assentado no exame da posse, o direito de propriedade não pode ser objeto de autotutela. Se o dono pretender tomar diretamente a coisa que lhe pertence, esse comportamento será coibido pela ordem jurídica (2012, p. 160).

Em suma, visto os elementos da propriedade, dentre diversos conceitos de renomados doutrinadores, o mais sucinto para definir a propriedade é o de Maria Helena Diniz, a qual diz que:

a propriedade é um direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha (DINIZ. apud. ALMEIDA, 2006, p.6).

Pois bem. Além da definição de propriedade, é de suma importância esclarecer a sua função social.

2.3 Da Função social da propriedade privada

O direito de propriedade, como visto anteriormente, é garantido pela Constituição Federal, contudo, ao mesmo tempo que o texto constitucional o garante, também o condiciona a uma finalidade social. Assim, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXIII, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”.

No mesmo sentido, o Código Civil no §1º do artigo 1.228 dispõe que:

Art. 1.228. [...]

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 281/282): “A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”. Dessa maneira, nota-se que a função social consiste na imposição ao proprietário de usar o seu bem conforme à Lei, utilizando a propriedade de forma adequada, ou seja, beneficiando a coletividade e o interesse social.

Desse modo, caso a propriedade não esteja cumprindo com a sua função social, o Estado poderá intervir, tendo em vista que diante de um conflito de interesses entre o individual e o coletivo, este deve prevalecer.

Sobre o assunto, Carvalho Filho aduz que:

O pressuposto constitucional, contudo, não afasta nem suprime o direito em si. Ao contrário, o sistema vigente procura conciliar os interesses individuais e sociais e somente quando há o conflito é que o Estado dá primazia a estes últimos. A função social pretende erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, nas quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos. Na verdade, a função social visa a recolocar a propriedade na sua trilha normal. O texto constitucional revela a existência de um direito contraposto a um dever jurídico. Dizendo que a propriedade deve atender à função social, assegura o direito do proprietário, de um lado, tornando inatacável sua propriedade se consoante com aquela função, e, de outro, impõe ao Estado o dever jurídico de respeitá-la nessas condições. Sob outro enfoque, o dispositivo garante ao Estado a intervenção na propriedade se descompassada com a função social, ao mesmo tempo em que faz incidir sobre o proprietário o dever jurídico de mantê-la ajustada à exigência constitucional (2009, p. 738).

Diante do exposto, portanto, compreende-se que o dever de cumprir esse encargo, qual seja, a função social da propriedade, não confronta o direito de propriedade em si, mas somente é atribuída essa exigência com o intuito de beneficiar a coletividade e os interesses sociais, caso contrário, poderá haver intervenção do Estado.

2.4 Da Garantia constitucional da propriedade

Conforme visto anteriormente, a Carta Magna de 1988 assegura o Direito de Propriedade no inciso XXII do artigo 5º, entretanto, este direito já era assegurado desde a Constituição Federal de 1824, onde era expressamente previsto que em caso do Estado se apropriar do bem do cidadão, esse seria previamente indenizado com valor justo (DI PIETRO, 2006).

Posteriormente, na vigência da Constituição de 1891, no §17 do artigo 72, a expressão “em toda sua plenitude” se referia ao direito de propriedade, com uma breve ressalva na qual dizia que o Estado, por necessidade pública ou de utilidade pública, mediante indenização prévia, poderia desapropriar determinado bem (DI PIETRO, 2006).

Por outro lado, foi na Constituição de 1934 que a expressão “em toda sua plenitude” deixou de figurar o direito de propriedade, uma vez que este direito não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, no mais, além da indenização prévia foi feita a ressalva de que a indenização deve ser justa (DI PIETRO, 2006).

Após, na Constituição de 1946 foi instituída, então, a desapropriação por interesse social, a qual exigia que a indenização fosse prévia, justa e em dinheiro, requisitos que se encontram na Constituição Federal de 1988 através do artigo 5º, XXIV (DI PIETRO, 2006).

Desse modo, nota-se que o direito a propriedade já era previsto desde as Constituições mais pretéritas, contudo, com o passar do tempo, foi sendo restringido, uma vez que este deveria ser exercido em consonância com a sua função social, caso contrário, o Estado estava autorizado a intervir.

Logo, pode-se afirmar que a garantia constitucional da propriedade não tem incidência, portanto, nos casos em que a função social não esteja sendo cumprida e vá de encontro aos interesses sociais relevantes.

À propriedade que cumpre sua função social, o ordenamento jurídico atribui ampla proteção, como, por exemplo, em nível constitucional, tutela-se a inviolabilidade do domicílio e limita-se a possibilidade de desapropriação, procurando-se assegurar a justa indenização.

Em nível infraconstitucional, o Código Civil de 2002, como já fazia o código anterior, assegura, por exemplo, ao proprietário, o direito a reivindicar o bem de sua propriedade de quem quer que injustamente o detenha.

Por fim, a tutela da propriedade privada não se limita ao âmbito constitucional e civil, encontr-se também no Código Penal, o qual tipifica uma série de condutas que representam crimes praticados contra a propriedade privada, como o roubo e o furto.

2.5 Dos Fundamentos gerais da intervenção do Estado da propriedade privada

Como já visto, a propriedade é o domínio sobre certa coisa, conferindo ao proprietário diversos poderes sobre o bem, conhecidos como elementos constitutivos do domínio, quais sejam o direito de usar, gozar e dispor da coisa.

Contudo, muito embora o direito de propriedade seja garantido constitucionalmente, a própria Constituição o condiciona o seu exercício a sua função social, a qual não confronta o direito em si, mas atribui o encargo de beneficiar a coletividade e os interesses sociais, caso contrário, poderá haver intervenção do Estado.

Nessa mesma linha, ao discorrer sobre o presente tema, Di Pietro (2007) menciona, que os poderes do direito de propriedade não podem ser exercidos ilimitadamente, pois “coexistem com direitos alheios, de igual natureza e porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao poder público exercer, ainda que em prejuízo de interesses individuais”.

Assim, Meirelles faz as seguintes considerações sobre o assunto:

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 (2012, p. 663).

Dito isto, pode-se retirar da doutrina que a intervenção do estado na propriedade privada deve ser fundamentada expressamente na lei, não podendo ser feita por outro dispositivo legal.

Assim, o Estado retira a propriedade privada de um particular para atribuir ao bem alguma destinação pública que atenda ao interesse coletivo, desde que não o faça de forma arbitrária.

Sobre isso, Meirelles alude que:

Essa intervenção, entretanto, não se faz arbitrariamente, por critérios pessoais das autoridades. É instituída pela Constituição e regulada por leis federais que disciplinam as medidas interventivas e estabelecem o modo e forma de sua execução, sempre condicionada ao atendimento do interesse público, ao respeito dos direitos individuais garantidos pela mesma Constituição (2012, p. 659).

Essa intervenção frente ao direito de propriedade é exercida por meio do poder de polícia, desse modo, o Estado verificará se a propriedade está ou não respeitando sua função social, na qual fundamentará sua intervenção, visando o bem-estar social, em detrimento do direito individual.

Segundo Di Pietro (2007, p.166), a função social da propriedade é forma do exercício do poder de polícia, pois:

[...] quando se consideram os três elementos essenciais do poder de polícia – o subjetivo (Estado), o finalístico (interesse público) e o conteúdo (restrição à liberdade individual) – não há como deixar de reconhecer a sua presença em qualquer das modalidades de intervenção do Estado sobre a propriedade privada.

Com relação à competência para intervir na propriedade, a legislação é clara ao estabelecer que é competência exclusiva da União Federal legislar sobre desapropriação,

conforme reza o artigo 22, II da Constituição Federal.

Sendo assim, a intervenção do Poder Público na propriedade privada se dá por diversas formas, quais sejam as limitações administrativas, a ocupação temporária, o tombamento, a servidão administrativa e a desapropriação, a qual será vista de forma aprofundada no próximo capítulo.

3 DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DIANTE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

Após a explanação sobre os princípios da Administração Pública, bem como sobre o direito à propriedade privada, sua função social e a intervenção estatal, será abordado neste capítulo, de forma aprofundada, o instituto da Desapropriação e a sua conciliação ou não com o conteúdo abarcado anteriormente.

3.1 Do instituto da Desapropriação

Como citado no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro prevê diversas formas de intervenção pelo Poder Público na propriedade particular que podem ocorrer de dois modos, conforme explica o Doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

De um lado, a intervenção restritiva, através da qual o Poder Público retira algumas das faculdades relativas ao domínio, embora salvasse a propriedade em favor do dono; de outro, a intervenção supressiva, que gera a transferência da propriedade de seu dono para o Estado, acarretando, por conseguinte, a perda da propriedade (CARVALHO FILHO, 2010, p. 885).

Assim, o presente capítulo tratará especificamente da desapropriação, sendo uma espécie de intervenção supressiva, na qual a propriedade é transferida de forma compulsória e definitiva para o Estado através de um procedimento expropriatório.

De forma sucinta, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.831-832) a desapropriação é “procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em interesse público”.

Meirelles, por sua vez define a desapropriação como:

[...] 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. 5º, 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, § 4º, III), de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184).

(MEIRELLES, 2007, p.650).

Odete Medauar conceitua a desapropriação “como figura jurídica pela qual o poder público, necessitando de um bem para fins de interesse público, retira-o do patrimônio do proprietário, mediante prévia e justa indenização” (2011, p. 370).

Para o professor Alexandre Mazza, reunindo alguns elementos conceituais, define a desapropriação como o:

[...] procedimento administrativo pelo qual o Estado transforma compulsoriamente bem de terceiro em propriedade pública, com fundamento na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social pagando indenização prévia, justa e, como regra, em dinheiro (2014, p. 636).

A Desapropriação possui previsão legal expressa no artigo 5º, inciso XXIV da CF/88, o qual dispõe que:

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

Ademais, a desapropriação encontra respaldo não somente na Constituição Federal, mas também na Lei Geral das Desapropriações, através do Decreto-lei nº 3.365 de 1941, que trata das desapropriações por utilidade pública, bem como na lei 4.132 de 1962, que dispõe sobre a desapropriação por interesse social.

O artigo 2º do referido decreto aborda o seu objeto, encontra-se disposto que “todos os bens podem ser desapropriados”. Desse modo, a desapropriação pode atingir qualquer bem móvel ou imóvel, corpóreo e incorpóreo, desde que dotado de valor patrimonial (CARVALHO FILHO, 2010).

Assim, diante dos conceitos doutrinários e do dispositivo legal, é possível extrair alguns elementos do instituto em questão, são eles: a previsão legal, a necessidade pública e a indenização prévia e justa.

Por conseguinte, surge como essencial na desapropriação a utilidade pública, a necessidade pública e o interesse social. Nesta linha, José dos Santos Carvalho Filho explicita que “a desapropriação só pode ser considerada legítima se presentes estiverem os seus pressupostos. São pressupostos da desapropriação a utilidade pública, nesta se incluindo a necessidade pública, e o interesse social” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 885).

Nessa mesma linha, é clara a lição de Mazza:

Não há no direito brasileiro uma lei disciplinando especificamente os casos de desapropriação por necessidade pública. Mas o art. 5º do Decreto-lei n. 3.365/41 (Lei Geral de Desapropriações), entre os casos de utilidade pública, prevê hipóteses que melhor se enquadrariam como necessidade pública, tais como as previstas nas alíneas a, b e c, respectivamente: a segurança nacional; b defesa do Estado e c socorro público em caso de calamidade (2020, p. 853).

Igualmente, a utilidade pública é atrelada a escolha que trará melhores resultados, já o

interesse social será utilizado para garantir o cumprimento do bem-estar coletivo, apresentando caráter sancionatório, tendo em vista que, diante do descumprimento da função social da propriedade, aplicar-se-á sanção cabível ao causador do infortúnio.

Concernente ao objeto expropriatório, enfatiza-se, como dito anteriormente, a lição de Carvalho (2016), ilustrando que a desapropriação relacionar-se-á aos bens de cunho pecuniário, de caráter móvel ou imóvel, públicos e privados, corpóreos ou incorpóreos.

Desta feita, o procedimento da desapropriação suceder-se-á por meio de atos previstos legalmente e que resultem na incorporação do bem ao acervo público. Conforme Di Pietro (2013), o procedimento desapropriatório divide-se em dois momentos, quais sejam: fase declaratória e fase executória. O primeiro, por sua vez, inicia-se no momento em que o poder público manifesta o favorecimento ao interesse e a utilidade pública como fundamento desapropriatório. Já a fase executória, consiste na incorporação do bem ao patrimônio público.

Ato contínuo, pontua-se que a declaração de expropriação será realizada pelo Poder Executivo por intermédio de decreto ou, de igual modo, pelo Poder Legislativo dispondo-se de lei conforme assevera os artigos 62 e 82 do Decreto-lei nº 3.365/41, sendo cabível, neste caso, a adoção de ferramentas pelo Executivo para garantir a efetiva desapropriação.

Ainda, cabe destacar que a desapropriação possui dois efeitos imediatos conforme explica Celso Ribeiro Bastos. Segundo ele, “dois são os efeitos imediatos: transferir o direito de propriedade do expropriado ao expropriante e fazer nascer o direito de indenização a favor do expropriado” (BASTOS, 2002, p. 317).

Pode-se dizer, portanto, que de um lado figura o direito de propriedade no qual o particular pode usar, gozar e dispor da coisa e do outro lado está o Estado, de forma soberana, que possui a legitimidade necessária para propor a desapropriação (GASPARINI, 2012).

3.2 Da desapropriação Indireta

O instituto da desapropriação possui as seguintes modalidades: a confiscatória, sancionatória, direta e indireta, sendo esta o foco deste capítulo.

A desapropriação indireta para a doutrina, no entendimento de Medauar, possui o seguinte conceito:

Também denominada de desapossamento administrativo, ocorre quando o poder público se apossa de um bem, sem consentimento do proprietário ou sem o devido processo legal, que é a desapropriação. Daí o nome de desapropriação indireta. Reflete-se em ação ajuizada, ação ordinária de indenização por desapossamento administrativo ou por desapropriação indireta. Nessa ação invertem-se as posições dos sujeitos da ação expropriatória: o autor da ação é o proprietário; o réu é o poder público (2014, p. 412-413).

Nesta linha, Antonio Bandeira de Mello trata a desapropriação indireta da seguinte forma:

Desapropriação indireta é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua consequente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório (MELLO, 2014, p. 908).

Esta apropriação pelo Poder Público da propriedade particular normalmente é realizada por gestores que buscam viabilizar uma má gestão frente à administração pública, como bem descreve Harada:

Normalmente o apossamento administrativo é levado a efeito pelos administradores menos escrupulosos como forma de viabilizar implantação de melhoramento público, sem a correspondente dotação orçamentária e sem os recursos financeiros necessários, com grave infração dos princípios orçamentários (2007 p. 210).

Nas Palavras de Maria Sylvia Z. Di Pietro: “Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória” (2007, p. 169). Nesse mesmo sentido, Fernanda Marinela afirma que “trata-se de uma desapropriação sem as formalidades necessárias, sem os cuidados para tanto. Essa hipótese equipara-se a um esbulho, representando a tomada dos bens pelo Poder Público sem a observância dos trâmites legais, isto é, do devido procedimento de desapropriação” (2016, p. 1095).

Logo, uma desapropriação indireta nada mais é do que um desfalque de propriedade privada e, portanto, não tem amparo legal, situação esta que vem se tornando comum em nosso tempo, mas mesmo que a posse seja proibida, pode ser contestada pelo proprietário (MEIRELLES, 2012).

Nesse sentido, José Carlos de Moraes Salles ensina que a desapropriação indireta ou o apossamento administrativo não pode ser considerado um instituto propriamente dito, tratando-se de “ato ilícito cometido pelos prepostos da Administração” (2006, p.846).

Destarte, a desapropriação indireta é considerada para certos doutrinadores uma forma de esbulho na propriedade, ou seja, nos casos em que o proprietário fica injustamente privado da posse do seu bem imóvel.

Assim, há a invasão da propriedade particular pela Administração Pública, sem o devido processo de desapropriação, sendo tal conduta aceita pela doutrina e jurisprudência como desapropriação indireta, muito embora não haja previsão legal específica.

Outrossim, Pestana (2010, p.468) aduz que: “Entende-se que houve igualmente

desapropriação indireta, quando a restrição ou a servidão imposta à propriedade é de tal ordem, que impede o proprietário de praticamente exercer a totalidade dos atributos normalmente aplicáveis à coisa”. De forma prática, nos dizeres de Carvalho Filho (2011, p798), o Poder Público “limita-se a apropriar-se do bem e fato consumado. Exemplo comum de desapropriação indireta tem ocorrido com a apropriação de áreas privadas para a abertura de estradas”.

Complementando, George Vedel define a desapropriação indireta como “a incorporação da propriedade privada imobiliária ao domínio do Estado ou de uma pessoa jurídica de direito público sem que tenha ocorrido a desapropriação por utilidade pública”.

Desse modo, é válido destacar que mesmo que a doutrina e a jurisprudência reconheça a instituição, o fato é que a desapropriação indireta vai de encontro com o disposto na Lei Maior, tanto por não haver o devido processo legal, bem como pela postergação da indenização, não sendo prévia como preconiza a Constituição Federal.

Nessa mesma linha de pensamento, Hely Lopes Meirelles ensina que o fenômeno da desapropriação indireta não encontra fundamento legal e que se caracteriza como uma verdadeira invasão: “A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei” (2010, p.650).

Assim sendo, uma vez que a propriedade é incorporada ao patrimônio do Estado, não resta ao expropriado qualquer tipo de ação possessória ou reivindicatória, mas tão somente a ação indenizatória, fundamentada na violação do princípio da prévia e justa indenização em dinheiro, conforme dispõe o artigo 5º, XXIV, CF com o prazo de dez anos para a sua propositura.

Em síntese, torna-se de suma importância a ressalva de que, ainda que aceita pelos tribunais superiores, a desapropriação indireta comporta diversos posicionamentos contrários, uma vez que ela não segue à risca as normas impostas pelo ordenamento jurídico ou as bases principiológicas existentes e o interesse público.

Neste viés, surge o questionamento acerca da possibilidade da mitigação do princípio da legalidade, do devido processo legal e do direito de propriedade diante do instituto em questão, tendo em mente que, ao ignorar o padrão normativo, levanta a discussão no tocante a referida lesão.

3.3 Da Violação do devido processo legal

Muito embora já fora abordado o princípio em questão, necessário se faz a sua recapitulação. O Princípio do Devido Processo Legal está previsto no inciso LIV da Carta Magna e se caracteriza pela limitação imposta ao Poder Público, vejamos:

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

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Assim, é considerado um dos prevaletentes princípios constitucionais, o qual assegura a todos os cidadãos o direito a um processo com todas as etapas e garantias constitucionais possíveis, é considerado um supraprincípio, visto que emanará dele todos os outros princípios encontrados no ordenamento jurídico.

Este princípio estabelece que qualquer indivíduo que possua determinada demanda contra si, exerça seu direito ao devido processo legal, sendo que a sua violação poderá tornar o processo nulo.

Pois bem. Em regra, o procedimento expropriatório é um procedimento administrativo pelo qual o Poder Público transfere determinado bem particular para seu patrimônio (GASPARINI, 2012).

Este procedimento tanto poderá ser amigável bem como judicial, caso não haja acordo entre as partes (GASPARINI, 2012). Diogenes Gasparini comenta que existem duas fases para o procedimento de desapropriação: a declaratória e a executória:

Aquela consubstancia-se na declaração de necessidade ou utilidade pública ou do interesse social, e esta, a executória, caracteriza-se pelo conjunto das medidas administrativas (convocação do expropriado, oferecimento da indenização, lavratura da escritura amigável de desapropriação) ou judiciais (ingresso em juízo com a competente ação expropriatória) que visam concretizar a vontade do Poder expropriante, manifestada na fase declaratória (GASPARINI, 2012, p. 940).

É importante destacar, também, o disposto do artigo 2º do Decreto-Lei 3.365/41, o qual estabelece que mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Contudo, o artigo 8º desta mesma lei autoriza que o Poder legislativo também possa tomar a iniciativa da desapropriação, desde que o Poder Executivo pratique os atos necessários para sua completa efetivação (GASPARINI, 2012).

Assim, caso o Poder Legislativo, em conformidade com o que estabelece a Lei Geral de Desapropriações através do seu artigo 8º, proponha a declaração expropriatória, o Poder Executivo promoverá o procedimento expropriatório se achar conveniente e oportuna tal

medida, sendo que contra esta decisão não caberá quaisquer ressalvas por parte do Legislativo (GASPARINI, 2012).

Por conseguinte, qualquer bem poderá ser objeto da declaração aqui estudada, desde que seja para atender às necessidades da coletividade ou que seja útil ao Poder Público. Porém, há de serem levados em consideração os requisitos para esta declaração, isto é, que esta contenha a manifestação de vontade do Poder Público de submeter certo bem ao regime da expropriação, fundamento legal, destinação específica do bem e identificação do bem que sofrerá o procedimento (GASPARINI, 2012).

A outra fase da desapropriação mencionada por Gasparini é a executória, que tem o condão de promover e de executar o ato desapropriatório, podendo ser tanto administrativa como judicial.

A Desapropriação Administrativa ocorre quando o expropriante e o expropriado entram em comum acordo quanto aos valores a serem pagos pelo objeto do ato. Assim, Di Pietro afirma que:

A fase executória será administrativa quando houver acordo entre expropriante e expropriado a respeito da indenização, hipótese em que se observarão as formalidades estabelecidas para a compra e venda, exigindose, em caso de bem imóvel, escritura transcrita no Registro de Imóveis (DI PIETRO, 2006, p. 177).

Todavia, esta modalidade raramente ocorre, visto que, na maior parte dos casos, não há consenso entre o Poder Público e o particular sobre a indenização oferecida, nestes casos, o procedimento é feito por meio de ação judicial.

Com isso, o particular limita-se a contestar apenas questões relacionadas ao valor indenizatório ou a algum vício do processo judicial, como propõe o artigo 20 do Decreto-Lei n.3.365/41 (DI PIETRO, 2006).

Portanto, quanto ao procedimento correto, lícito e transparente acerca da desapropriação, não restam dúvidas de que este ato, quando não for precedido de declaração anterior à imissão de posse pelo Poder Público e executado administrativamente ou judicialmente, afronta um ou o fundamental princípio que norteia as demandas judiciais, que se trata do princípio da legalidade e do devido processo legal e, por conseguinte, afeta o direito à propriedade privada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume o conceito de Desapropriação Indireta da seguinte forma: “Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal” (2012, p.191).

3.4 Violação da Lei Complementar nº 101/2000

Muito embora a Lei de Responsabilidade Fiscal se restrinja mais a esfera do Direito Financeiro, contudo, vem se aproximando do Direito Administrativo, diante da má gestão praticada por gestores frente à máquina pública e, por esse fato, a LC n.101 será brevemente abordada neste tópico.

A má gestão supracitada diz respeito tanto a gastos exagerados bem como o endividamento público desenfreado por parte desses administradores e o não planejamento adequado de despesas (MAZZA, 2014).

O parágrafo primeiro do artigo 1º é direto em estabelecer que “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente”.

Logo, quando o Poder Público age sem respeitar os requisitos essenciais de determinado procedimento, está agindo sem planejamento e sem a mínima transparência exigida, como ocorre na desapropriação indireta.

No que tange a esse instituto, o artigo 46 da Lei Complementar 101/2000 estabelece que

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

Nesse ponto de vista, (MAZZA, 2014, p. 650), explicita que “a desapropriação indireta, infelizmente ainda comum em nosso país, é uma espécie de desapropriação de fato, estando proibida, entre outros dispositivos, pelo art. 46 da Lei Complementar n. 101/2000”.

Marinela (2010, p. 830), além de compartilhar com o entendimento de que a desapropriação indireta diz respeito ao irregular apossamento administrativo e recomendar a repúdio dessa atitude tomada pelo Estado, acrescenta que o fato “poderia ser evitado com medidas simples de planejamento e gestão responsável da função administrativa”.

Assim, a desapropriação indireta é, muitas das vezes, o instrumento utilizado por maus gestores para maquiagem de más gestões, ou seja, com o comprometimento de suas receitas, acabam “invadindo” propriedades privadas sem respeitar o procedimento padrão previsto na Carta Magna.

3.5 Indenização ao proprietário expropriado

Conforme visto anteriormente, a destinação pública dada pelo Estado para um bem incorporado ao patrimônio público implica na impossibilidade de reivindicação do bem, mas tão somente a indenização por perdas e danos que, na via judicial, é conseguida através de uma

ação ordinária: a chamada ação de indenização por desapropriação indireta, em consonância ao artigo 35 do Decreto n. 3.365/41, assim, no ato da consumação da desapropriação, caberia ao particular ser plenamente restabelecido da situação patrimonial anterior ao ato expropriatório:

Assim é que, sendo o indivíduo privado de seu bem, deverá ser ressarcido com o recebimento em pecúnia do valor exatamente correspondente ao valor do bem que lhe foi compulsoriamente retirado, de modo que lhe seja possível o pleno restabelecimento da situação patrimonial anterior ao ato expropriatório (PELEGRINI, 2003, p.6).

Diante dessa situação, o proprietário, mesmo inconformado com a perda de sua propriedade, terá de se contentar apenas com uma indenização por perdas e danos (CARVALHO FILHO, 2010).

Esta pretensão indenizatória deverá ser proposta com base no fundamento “na violação do princípio da prévia e justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF) e na perda da propriedade (art. 35 do DL 3.365/41)”, (MAZZA, 2014, p. 650).

Assim, aos esbulhados pelo Poder Público simplesmente resta o ínvio caminho da demanda judicial, em face das pessoas públicas, que fruem de privilégios processuais, tais como os prazos, para, depois de vencida essa íngreme escalada, se verem na contingência de iniciar a penosa execução, que após a sua liquidação coloca o administrado na via dos precatórios, com o risco de uma emenda constitucional parcelar esses créditos em dez longos anos. (BEZNOS; CLÓVIS, 2016).

Quanto a quantia a ser paga a título de indenização ao proprietário esbulhado, esta será estipulada apenas de forma relativa, como destaca Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2010, p. 947), “é impossível calcular o valor exato da indenização”.

Dessa forma, sendo o indivíduo privado de seu bem, deverá ser ressarcido com o recebimento em pecúnia do valor exatamente correspondente ao valor do bem que lhe foi compulsoriamente retirado, de modo que lhe seja possível o pleno restabelecimento da situação patrimonial anterior ao ato expropriatório. (PELEGRINI, 2003).

O valor do quantum indenizatório pedido pelo expropriado deverá atender a todos os requisitos do artigo 27 do Decreto-Lei 3.365 de 1941, o qual dispõe que:

O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu (DECRETO-LEI Nº 3.365, DE 21 DE JUNHO DE 1941).

Assim, ao pleitear a indenização pela perda do imóvel, são garantidos os juros moratórios e compensatórios, a correção monetária e os honorários advocatícios como na Ação de Desapropriação que o Estado propõe em face dos particulares. É o que leciona Hely Lopes de Meirelles:

Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se daí por

diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação (...), restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários do advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração. (2010, p. 650)

Além disso, Marçal Justen Filho entende ser devido à indenização não apenas do imóvel, mas também das benfeitorias como, por exemplo, dano emergente. Os juros compensatórios, ainda, deverão ser cobrados a partir do efetivo apossamento administrativo e calculado em relação ao valor contemporâneo e atualizado do bem:

A indenização (...) compreende o valor do imóvel e de suas benfeitorias (como dano emergente), acrescidos de juros compensatórios a partir da data da efetiva ocupação, incidente sobre o valor contemporâneo e atualizado do bem (2006, p.454).

Prosseguindo, ao final do processo judicial, sendo fixado o valor da indenização superior ao depósito inicial, é levantada a questão a respeito da forma de pagamento do devido valor: em dinheiro mediante depósito judicial ou pelo regime de precatórios.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIV, prevê a justa e prévia indenização em dinheiro nos casos de desapropriação. Em contrapartida, o artigo 100 da Carta Magna prevê que os pagamentos referentes à Fazenda Pública serão realizados mediante o regime de precatórios, sendo que neste o crédito deveria ser inserido na ordem cronológica de pagamentos por precatórios.

Por outro lado, caso o magistrado interprete conforme a Constituição, ou seja, a justa e prévia indenização, o pagamento deve anteceder ao esbulho, ou seja, o Poder Público deveria indenizar o particular e após transferiria o bem expropriado.

Contudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça prevalece o posicionamento de que o pagamento deve ser realizado através de precatórios. Com isso, além do particular ter que suportar o esbulho, ainda tem que aguardar o recebimento da indenização por regime de precatório, o que é sabido ser de longo prazo, o qual não cumprirá com o propósito de indenizar o particular.

3.6 Da Inconstitucionalidade Desapropriação Indireta em face do Princípio do Devido Processo Legal e Do Direito à Propriedade Privada

Como visto anteriormente, a desapropriação indireta consiste em uma medida desapropriatória que não obedece aos preceitos normativos a serem observados. Nas palavras de Fernanda Marinela (2016), esta modalidade é considerada como uma ferramenta ilícita nas mãos da Administração Pública.

Para tanto, se entende que:

Trata-se de uma desapropriação sem as formalidades necessárias, sem os cuidados para tanto. Essa hipótese equipara-se a um esbulho, representando a tomada dos bens pelo Poder

Público sem a observância dos trâmites legais, isto é, do devido procedimento de desapropriação. Na verdade, representa um abuso e irregular apossamento, que poderia ser evitado com medidas simples de planejamento e gestão responsável da função administrativa. Essa medida não deve ser aplaudida; ao contrário deve ser repudiada (MARINELA, 2016, p. 1094 -1095).

Conforme diz Matheus Carvalho (2016, pág. 1004) trata-se de um “verdadeiro esbulho ao direito de propriedade do particular perpetrado pelo ente público, de forma irregular e ilícita”. Portanto, se caracteriza como uma ferramenta que viola determinados princípios normativos, como é o caso do devido processo legal.

Neste sentido, Diógenes Gasparini afirma que:

A doutrina e a jurisprudência criaram-na como forma de satisfazer o interesse do particular esbulhado, que não pode, dada a destinação pública que lhe foi atribuída pelo Poder Público, retomar o bem objeto do apossamento. (2012, p. 908)

Já sobre o direito de propriedade, este é assegurado, de acordo com sua matriz constitucional disposta no artigo 5º, inciso XXII da CF, a própria garantia ao bem em si, sem contrariar a função social a ela atrelada. Para ilustrar a utilização da desapropriação indireta, vale ressaltar:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. 1- A incorporação de imóvel ao patrimônio de ente público, sem observância do procedimento legal, configura desapropriação indireta e enseja ao proprietário do bem o direito de receber indenização. 2- O prazo prescricional aplicável à desapropriação indireta, na hipótese em que o Poder Público tenha realizado obras no local ou atribuído natureza de utilidade pública ou de interesse social ao imóvel, é de 10 anos, conforme parágrafo único do art. 1.238 do CC (Tema 1019 - STJ). (TJ-RJ - APL: 04506081220128190001, Relator: Des(a). MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 27/01/2021, DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/01/2021).

Portanto, qualifica-se o apossamento administrativo como prática abusiva e ilícita, em razão, principalmente, da violação ao direito à propriedade, que é garantido constitucionalmente. Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2006, p.453) considera como uma “prática ilícita, abusiva e inconcebível num Estado de Direito”.

Nesse contexto, os magistrados verificavam que os bens em litígio já haviam ganhado destinação pública. Dessa maneira, na lição de José Carlos de Moraes Salles (2006, p. 847), os juízes e tribunais “passaram a determinar a conversão das possessórias e reivindicatórias em ações indenizatórias” em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Assim, o instituto em questão que gera efeitos negativos para o particular pode ser revertido através de planejamento, gestão e punição para os que deram causa, nesse sentido, torna-se necessário destacar, também, o desrespeito ao princípio da moralidade

administrativa, abordado no primeiro capítulo, que é imposto para a Administração Pública e estampado no artigo 37 da Constituição Federal.

Por último, Fernanda Marinela ensina que a atuação administrativa deve estar baseada em padrões éticos de forma a garantir a boa administração no âmbito público, conforme se verifica no trecho abaixo:

O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a idéia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (2010, p.38).

É, portanto, de exímia importância suscitar o debate sobre instituto em análise, tendo em vista que, diante do exposto ao longo desta pesquisa, resta caracterizada a tão mencionada mitigação do Princípio ao Devido Processo Legal e ao direito à propriedade privada, tendo por consequência o desrespeito aos demais princípios que regem a Administração Pública, além de lesar o particular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como principal escopo elucidar sobre a mitigação do direito de propriedade e do princípio do devido processo legal perante a desapropriação indireta dispondo de posicionamentos doutrinários e do ordenamento jurídico brasileiro.

Para alcançar este objetivo, fez-se necessária a observância a matriz constitucional, as respectivas conceituações, características, particularidades e entendimentos validados. Oportunamente, foi destacada a base principiológica que abarca tais temáticas, de modo que restasse evidente a fundamentação e respaldo oferecido pelos princípios antes mencionados.

Além disso, em relação ao direito de propriedade, foi observada sua base constitucional, sua conceituação sob a ótica de exímios doutrinadores, seus aspectos práticos, seus atributos, sua garantia constitucional e, por fim, a função social.

Prosseguindo, no que tange a desapropriação, foram apreciados seus aspectos característicos, seu conceito perante a doutrina e seus requisitos imprescindíveis para seu uso.

Em face do exposto, adentrou-se no estudo correlato, sendo contemplada a inobservância dos preceitos normativos por parte da desapropriação indireta, considerando-a, doutrinariamente, como um instrumento ilegítimo em posse da Administração Pública.

Ou melhor, conforme preleciona Matheus Carvalho (2016), um esbulho desproporcional que atinge o direito de propriedade sem prestar qualquer deferência ao devido processo legal.

Na sequência, foi abordada a (in) constitucionalidade da desapropriação indireta, como vista pela maioria dos doutrinadores como o esbulho possessório.

O Estado ao invés de recorrer ao processo de desapropriação com o respeito ao devido processo legal, com a declaração de utilidade ou necessidade pública ou do interesse social e da indenização prévia e justa, o Poder Público invade determinada área sem respeitar qualquer processo expropriatório, restando ao proprietário prejudicado apenas ação por perdas e danos.

No mais, é válido destacar que além dos prejuízos aos particulares e aos padrões éticos e morais, a desapropriação indireta lesa o erário, na medida em que o orçamento público é acionado para pagar indenizações que superaram o valor que seria pago caso tivesse sido instaurado o procedimento desapropriatório dentro dos critérios legais.

Contudo, mesmo este ato sendo ilícito, conforme citado por diversos doutrinadores, mesmo indo contra o procedimento correto que se trata da prévia e justa indenização, é evidenciado através da jurisprudência pátria que a Desapropriação Indireta é aceita como constitucional, pois conforme decisões proferidas pelo STF, esta não chega a ser um conceito doutrinário, e sim, uma realidade processual, respaldada pela jurisprudência.

Diante de todo exposto, conclui-se que, conforme a pesquisa, muito embora seja contrária aos princípios constitucionais e relative o direito de propriedade garantido constitucionalmente, a Desapropriação Indireta é autorizada na jurisprudência, restando ao proprietário se contentar com a indenização por perdas e danos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Administrativo Descomplicado**. 8ª Edição. Rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BARROS, M. V. A. **Análise da desapropriação indireta no ordenamento jurídico**

brasileiro. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/376152/analise-da-desapropriacao-indireta-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 31 ago. 2024.

BEZNOS, Clovis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação** / Clovis Beznos; prefácio de Sergio Ferraz. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte : Fórum, 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

BRASIL. Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública**.

BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 29. Ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** / Jose dos Santos Carvalho Filho. – 23. Ed. Ver., ampl. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro : Lumen júris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo, Editora Atlas, 2012.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas: direito autoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR. Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 76.

FACHINI, T. **Desapropriação: O que é, quais os tipos e como funciona a lei?** Disponível em:<<https://www.projuris.com.br/blog/desapropriacao/#:~:text=Existem%20quatro%20tipos%20de%20desapropri%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 31 ago. 2024.

HARADA, Kiyoshi, **Desapropriação doutrina e prática**. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2007. 1. Desapropriação – Brasil 2. Desapropriação – Jurisprudência – Brasil 3. Desapropriação – Leis e legislação – Brasil I. Título.

ILION. **A indenização na desapropriação indireta à luz dos preceitos constitucionais**. Disponível em: <<https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-constitucional/a-indenizacao-na-desapropriacao-indireta-a-luz-dos-preceitos-constitucionais/>>. Acesso em: 21 ago. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora

Saraiva, 2006.

LOPES. Carpanedo, Emílio. **A Desapropriação Indireta como ato ilícito e contrário aos padrões éticos exigidos da administração pública.** Disponível em: <[LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64f9a0beee3172d3#:~:text=Tal%20desapropria%C3%A7%C3%A3o%20deve%20ser%20precedida%20da%20declara%C3%A7%C3%A3o,duas%20fases:%20a%20declarat%C3%B3ria%20e%20a%20execut%C3%B3ria.>. Acesso em: 31 ago. 2024.</p></div><div data-bbox=)

LEAL. Stiefelmann Roger. **A propriedade como direito fundamental.** Disponível em: <[MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 5ª Edição. São Paulo, SARAIVA, 2015.](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988,infor%2D%20mam%20a%20ordem%20econ%C3%B4mica.>. Acesso em: 21 ago. 2024.</p></div><div data-bbox=)

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 18.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 194

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 834.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte**

introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo.** 19 ed. – 3. Reimpr. – São Paulo : Atlas 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 191

PINTO, A. G. G. **Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo.** Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista42/Revista42_130.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

PELEGRINI, Márcia. **Precatórios Judiciais decorrentes de expropriação – conteúdo e extensão do princípio da justa indenização.** Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n 17, ano 5, 2003.

SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 846.

STRINGARI, A. K. **A eficiência como princípio orientador da atividade administrativa.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13882/a-eficiencia-como-principio-orientador-da-atividade-administrativa/3>>. Acesso em: 31 ago. 2024

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

VEDEL, George. **Droit Adminstratif.** Paris: Presse Universitaire de France, 1959. V. 2, p. 537.