O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO FACE AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Kairo José Ferreira Nunes¹

Fábio Lasserre Sousa Borges²

RESUMO

Por intermédio do presente estudo tem-se por escopo analisar desde o advento até as questões contemporâneas, no que tange aos institutos em apreço, de um lado temos a supremacia do interesse público que revela-se princípio necessário ao fim de garantir que o interesse coletivo se sobreponha aos individuais e de outro a desapropriação indireta como ferramenta não regulamentada. A “prévia e justa indenização em dinheiro” ao particular é uma compensação, um direito do proprietário, em razão da perda da propriedade, vale considerar que a propriedade é considerada um direito fundamental, razão pelo qual impõe-se uma aplicação cautelosa de qualquer situação que represente ruptura a esta premissa. A regra da indenização é que seu pagamento seja efetuado em dinheiro. No que concerne à propriedade permite-se considerar que esta representa uma das instituições que remete as épocas mais remotas o que inclusive inviabiliza apontar com precisão o período em que há o advento do direito de propriedade. No que concerne a Desapropriação insta analisar o sentido da terminologia empregada, sua origem provém de desapropriar sendo que referido vocábulo tem como significado (tirar a propriedade). O direito à propriedade consiste em preceito considerado fundamental, entretanto, insta salientar que não há direito absoluto. Assim sendo, desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria do bem particular.

Palavras-chave: Prévia e justa indenização. Desapropriação. Direito de Propriedade.

¹ Orientando - Graduando em Direito pela Universidade de Rio Verde - UniRV.

² Orientador – Professor da Universidade de Rio Verde, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo realizar pesquisa acerca do tema: Fundamentos Constitucionais da desapropriação. A desapropriação possui natureza jurídica de procedimento administrativo, que consiste em um conjunto ordenado de atos administrativos. Por este motivo, a desapropriação não pode ser tratada como um ato jurídico isolado ou um fato administrativo, nem mesmo como processo administrativo.

Somado a isso, ao afirmar que a desapropriação é um processo administrativo, reforça-se a ideia de que a referida sequência de atos encontra-se submetida diretamente à incidência dos princípios e normas do Direito Administrativo, e não de outro ramo jurídico. E dessa forma delimitou-se o tema: Fundamentos Constitucionais da Desapropriação.

Valendo-se do presente trabalho apresenta-se discussão acerca do instituto da desapropriação, considerando a previsão constitucional do direito à propriedade, que garante ao indivíduo a possibilidade de gozar de seus bens sem que ocorra intervenção de forma deliberada, tendo em vista que referido direito encontra-se previsto no Art. 5º da Constituição Federal insta considerar que trata-se de direito fundamental, sendo inerente ao ser humano e alçado a condição distinta no que tange a sua relevância, entretanto, vale destacar que mesmo direitos dessa magnitude, considerados fundamentais não podem ser considerados absolutos, encontrando por tanto ressalvas tais como ocorrera no direito à propriedade, sendo o ponto central que envolve discussões acerca da desapropriação.

Diante da temática ora apresentada, levantou-se as seguintes hipóteses: **I-** A propriedade é um bem jurídico de imensurável relevância, considera um direito fundamental, portanto um direito basilar que garante ao indivíduo inclusive uma existência digna; **II-** Os direitos fundamentais em que pese serem considerados vitais não dispõem de condição absoluta, cabendo, portanto, considerar que tais direitos apesar de sua indiscutível relevância possuem limites tais como a função social da propriedade que encontra guarida no rol do artigo 5º da Carta Magna; **III-** O Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Privado impõe a necessidade de sopesar e definir prioridades, neste sentido, vislumbra-se o interesse coletivo em posição hierarquicamente superior aos interesses do particular, cabendo a aplicação de referido princípio de forma a assegurar a efetivação do bem comum do povo; **IV-** Havendo conflitos de interesses, entre o possuidor e a coletividade, será priorizado a coletividade, é o que acontece quando surge a necessidade da desapropriação, porém, conseqüentemente, o

possuidor será indenizado, portanto, a desapropriação é mecanismo que tem por escopo assegurar a utilidade social da propriedade, com vistas ao bem estar social, sem, no entanto, configurar agressão a garantia da propriedade individual.

O processo de desapropriação alcança gama indeterminada de pessoas em todo território nacional, gerando, assim, a necessidade de estudá-lo e delimitar um plano de ação que vise coibir a ocorrência de injusta indenização sobretudo para partes menos favorecidas da relação, bem como, amparar referidas pessoas para que possam ter seu imóvel regular o que gera maior atenção com relação ao tema.

Conforme exposto, é evidente a necessidade de amparo à parte menos favorecida na relação entre particular e Poder Público, visto que há grande possibilidade de acarretar prejuízo ao proprietário do imóvel. Assim, verifica-se a importância social do presente estudo, de modo a apresentar a problemática que envolve o tema. Cabe destacar a relevância de ponderar a proteção dada pelo diploma legal, verificando a possível existência de lacunas.

A presente pesquisa é relevante para o mundo acadêmico, pois, poderá aumentar o conhecimento ou dimensões sobre o Direito de Propriedade, permitindo discutir a temática proposta, bem como, conferir proximidade com os aparatos jurídicos. No que tange ao ambiente social é imensurável a relevância do tema e também se faz presente, na tentativa de desenvolver um despertar acerca do Direito de Propriedade, tendo em vista as estruturas sociais que se apresentam como marco estrutural de uma sociedade, que tanto necessita, frente a evolução mundial dos direitos humanos ainda encontra-se dificuldades no Direito de Propriedade.

A “prévia e justa indenização em dinheiro” ao particular é uma compensação, um direito do proprietário, em razão da perda da propriedade e poderá ser paga em dinheiro ou por títulos da dívida pública. Assim, a desapropriação atinge o caráter perpetuo do direito, que fica substituído pela justa indenização.

A regra da indenização é que seu pagamento seja efetuado em dinheiro. Poderá ser realizada, ainda, mediante o pagamento de títulos da dívida pública, para o caso de desapropriação urbanística ou para fins de reforma agrária. O único caso em que não há nada a ser pago decorre da utilização do imóvel para plantio de psicotrópico.

A justeza da indenização, portanto, decorrerá do consentimento do proprietário quanto ao valor ofertado pelo ente expropriante ou, em caso de discordância com o valor ofertado, assentar-se-á no provimento jurisdicional que fixa o valor indenizatório, o qual deverá estar

fundamentado no conjunto de provas e argumentos levados ao conhecimento do juízo, em estrita observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. O valor deverá contemplar o valor da perda decorrente da desapropriação do imóvel, abrangendo, basicamente, o valor do terreno, das benfeitorias e plantações porventura existentes.

Neste ínterim, é imprescindível a discussão e pesquisa desse assunto, visando buscar medidas para cessar e evitar disputas socioeconômicas, o que desestabiliza as relações jurídico-sociais, tanto entre os particulares, públicos e o Estado, por último alertar a população como um todo, principalmente, aquelas pessoas menos favorecidas da importância de conhecer o assunto e as consequências que elas podem provocar em seu imóvel.

2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade encontra respaldo na Lei Maior do Ordenamento jurídico pátrio, é cediço que o conceito e normas concernentes à propriedade foram erigidas conforme a evolução social e o advento do Estado, experimentando mudanças substanciais conforme o que vivenciava em determinado momento (RABELO, 2011). Hodiernamente verifica-se a configuração de um Estado considerado protecionista e com alto valor positivista em que condutas, bem como, os bens do particular encontram regulamentação e produção normativa própria que direcionam a forma de proceder.

No que concerne à propriedade permite-se considerar que esta representa uma das instituições que remete as épocas mais remotas o que inclusive inviabiliza apontar com precisão o período em que há o advento do direito de propriedade. Entretanto, verifica-se que as normas que regulamentavam referidos direitos tinham aspectos totalmente diversos dos que estão postos atualmente, sobretudo, porque verificava-se uma profunda conexão entre a propriedade e a religião sendo esta paradigma a ser observado naquele momento, situação diversa portanto da contextual em que o direito de forma geral está pautado nas leis.

Neste diapasão, Fustel de Coulanges (2002) em sua obra intitulada “A cidade antiga”, demonstra que a ideia de propriedade privada dos povos da antiguidade especialmente dos gregos e romanos estavam extremamente interligadas com a religião doméstica, visto que o Estado não era organizado, sendo a família a legítima proprietária do imóvel que constituía a

casa, o túmulo de adoração e um pequeno campo para fazer o cultivo.

Naquele período a propriedade não poderia sequer haver renúncia à posse proveniente de ação da família tendo em vista seu caráter sagrado, sendo que a propriedade não era tida como passível de prescrição e alienação. Neste sentido, Coulanges (2002, p. 66) leciona que:

Há três coisas que desde os tempos mais antigos se encontram conectadas e firmemente estabelecidas nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que mostram a relação entre si em sua origem e que parecem terem sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada estava implícita na própria religião. Cada família tinha seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegiam; eram sua propriedade

Considerando que em tempos mais remotos da história existia pouca ou nenhuma construção normativa, sobretudo de forma positivada percebem-se grande influência da religião tendo sido esta e os preceitos, dogmas por ela impostos que regiam inclusive o direito de propriedade. Assim sendo, ao passo que as leis deixam de estar visceralmente ligadas a religião e passam a perceber transformações que conferem uma desvinculação teológica e passa a ter um viés antropocêntrico voltada para a ciência, desta forma, despontam normas tidas como limitativas à atuação do estado e garantidora de direito básicos aos indivíduos. O período considerado do estado constitucional traz consigo direitos fundamentais que não podem ser extraídos do ser humano sem acarretar prejuízos a este, assim sendo, o direito à propriedade está posto neste contexto.

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro em seus antecedentes históricos desde a Constituição de 1891 (Constituição Imperial), encontrava-se previsão acerca do direito de propriedade, o que fora preservado nas constituições subsequentes, até alcançar a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Constituição Cidadã), que considera o direito à propriedade um direito fundamental dos indivíduos.

No que concerne aos direitos fundamentais vale considerar os ensinamentos de Norberto Bobbio (1992), segundo o qual “os direitos do homem são direitos históricos que nascem e se modificam de acordo com as condições históricas e com o contexto social, político e jurídico em que se inserem” Neste mesmo sentido, Alexy (2012, p. 69) conceitua direitos fundamentais como: “Segundo as definições que acabam de ser formuladas, de caráter ainda provisório, são normas de direito fundamental somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição alemã (disposições de direitos fundamentais)”

A Constituição Federal dispõe em seu Art.5º, inciso XXII, “é garantido o direito de propriedade;” (Brasil, 1988), sendo que referida disposição posiciona o direito à propriedade como um direito fundamental, entretanto, referido direito não é considerado absoluto devendo estar em conformidade com a função social da propriedade conforme preceitua o Art.5º XXIII - “a propriedade atenderá a sua função social” Nesta esteira, Marmelstein (2011, p. 165) afirma que:

Há quem defenda, a meu ver com razão, que o direito de propriedade só faz sentido se conjugado com o princípio da função social. Cumprindo a sua função social, o direito de propriedade merece proteção estatal, já que a Constituição o consagra como direito fundamental. Por outro lado, não cumprindo a função social, esse direito deixa de merecer qualquer proteção por parte do poder público, já que a Constituição exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral.

Ante o exposto, evidencia-se a posição privilegiada do direito à propriedade, considerado um direito fundamental, devendo ser observado e disponibilizado pelo Estado medidas para seu efetivo cumprimento, entretanto, há que se considerar que este direito é passível de restrições e limitações posto que, não é absoluto, razão pelo qual demonstra-se relevante conhecer as hipóteses em que referido direito não será aplicado.

3 DA DESAPROPRIAÇÃO

No que concerne a Desapropriação insta analisar o sentido da terminologia empregada, sua origem provém de desapropriar sendo que referido vocábulo tem como significado (tirar a propriedade). Neste sentido, Nohara (2012. p. 720), aduz que: “procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou o de legatário autorizado visa alcançar a transferência compulsória da propriedade de outrem, fundado em declaração de utilidade pública ou interesse social, mediante pagamento de indenização”.

No tocante à aspectos históricos remete-se a origem a tempos remotos, em que pese considerar que referido instituto não é observado no direito Romano, posto que, a concepção existe quanto à propriedade direciona-se no sentido de ser esta um direito incontestável, entretanto, na Idade Média, erigiu-se a *teoria do domínio eminente do soberano*, segundo o qual se firmava a obrigatoriedade da entrega de bens particulares, sem que fosse assegurado o caráter prévio e indenizatório associado a medida, caso a vontade do dirigente assim determinasse (NOHARA, 2012).

Hodiernamente referido instituto recebe contornos diversos tendo em vista que o mesmo percebe feição de instrumento à disposição do Estado para transpor e desfazer óbices a sua atuação, sobretudo, no tocante a concretização e execução de obras e prestação de serviços de interesse coletivo, que visem implementar projetos de urbanização, preservação ambiental, bem como, a efetivação e consecução da distribuição de riquezas de forma equânime que propiciem a realização da justiça social. (MEIRELLES, 1998).

Insta salientar que a desapropriação consiste em procedimento de direito público, realizada em fases distintas: em primeiro momento tem-se a fase declaratória, que consiste em indicar a necessidade, utilidade pública ou interesse social conforme preconiza o art. 5º, XXIV em segundo momento tem-se a fase executória, por meio da qual estima-se a indenização justa, efetiva-se a transferência do patrimônio ao domínio do expropriante. Considera-se que qualquer ação que se volte para fins diversos dos que visem atender os interesses coletivos e o bem comum configuram desvio de poder ocorrendo o que se denomina como retrocesso a exemplo de ações motivadas por vingança, represália política, perseguições e etc.

O instituto da desapropriação possui um rol taxativo de hipóteses que ensejam a sua aplicação, referido rol está previsto no Dec.-lei 3.365/41, complementado por intermédio de legislação subsequente; e Lei 4.132/62, que arrolam os casos de desapropriação em razão do interesse social.

Trata-se de forma originária de aquisição de propriedade, sendo capaz de gerar o título constitutivo de propriedade por força própria (autônoma), isto é, independentemente de título jurídico anterior. Recai sobre todos os bens: Móveis; Imóveis; Corpóreos; Incorpóreos; Públicos, Privados, e o espaço aéreo e o subsolo (art. 2º, Decreto-lei nº 3.365/41).

Uma vez incorporados à Fazenda Pública, os bens expropriados não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação, resolvendo-se qualquer ação julgada procedente em perdas e danos (cf. art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/41). Isso implica na impossibilidade de se invalidar a desapropriação, se o expropriado não era o legítimo dono.

A desapropriação está isenta de evicção, extinguindo a inalienabilidade bem como qualquer ônus real que pesar sobre a coisa. Sua indenização é feita em dinheiro (art. 5º, XXIV, 182, § 3º, ambos da CF), salvo nos casos de pagamento em títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, em havendo área urbana não

edificada, subutilizada ou não utilizada (art. 182, §4º, III, CF) e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (art. 184, CF). Há, ainda, a previsão constitucional (art. 243, CF; disciplinada pela Lei nº 8.257/91) de uma desapropriação sem indenização, assemelhada a um confisco, incidente sobre terras onde se cultivem plantas psicotrópicas legalmente proibidas. Conforme vejamos na jurisprudência:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. DIREITO DE EXTENSÃO. COMPROMETIMENTO SUBSTANCIAL DO IMÓVEL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. FATOS E PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. JUROS COMPENSATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. HONORÁRIOS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PERCENTUAIS DO DECRETO-LEI 3.365/1941. PRECEDENTES.

1. O recurso extraordinário não se presta à análise de matéria infraconstitucional, tampouco ao reexame dos fatos e das provas constantes dos autos (Súmula 279 do STF).

2. É inadmissível o recurso extraordinário se a matéria constitucional que nele se alega violada não está devidamente prequestionada. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mérito da ADI 2.332, declarou, por unanimidade, a constitucionalidade da estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios previstos no § 1º do artigo 27 do Decreto-Lei 3.365/1941 e a inconstitucionalidade da expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)”.

4. Agravo interno parcialmente provido tão somente para assentar que a majoração dos honorários advocatícios na decisão agravada fica adstrita, quanto aos percentuais, ao disposto no artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941, sem a limitação da parte final do referido dispositivo.

Acórdão

O Tribunal, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo tão somente para assentar que a majoração dos honorários advocatícios na decisão agravada fica adstrita, quanto aos percentuais, ao disposto no artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/1941, sem a limitação da parte final do referido dispositivo, nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 12.2.2021 a 23.2.2021.

Quanto à competência, ainda dispondo dos ensinamentos de Di Pietro (2013), tal ato poderá ser efetuado pelas pessoas jurídicas, entidades, sejam públicas ou particulares, empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias, dentre outras. À vista disso, o procedimento supracitado será administrativo em casos de acordo quanto a indenização, respeitando, portanto, as particularidades do contrato de compra e venda, fazendo-se imprescindível a escritura no Registro de Imóveis. Em compensação, caso não ocorra conciliação entre os participantes do referido vínculo, dá-se início a fase judicial, obedecendo

o trâmite disposto pelo Decreto-lei nº 3.365/41, precisamente explanado nos artigos 11 a 30, cuja matéria aludiu sobre o valor indenizatório, assim como a possível existência de vícios processuais. Em suma, é cabível ao proprietário do bem expropriado o requerimento de perdas e danos conforme estabelece o artigo 7º do mencionado decreto, desde que enquadre em casos de excesso ou abuso de poder no tocante a retirada do objeto.

3.1 Desapropriação Indireta

No que tange a Desapropriação indireta afirma-se que corresponde a fato administrativo segundo o qual o Estado se apropria do bem particular, sem atentar e respeitar requisitos como da declaração e prévia indenização, sendo costumeiramente equiparado ao esbulho situação que poderá ensejar o manejo de ação possessória visando corrigir tal violação.

A desapropriação indireta ocorre de ato abusivo do Poder Público ao abranger, em sua obra ou serviço, área não prevista e contínua, apossando-se da propriedade do particular sem cumprir as formalidades legais. Neste sentido, preleciona Kiyoshi Harada (2015, p. 291) aduz que:

A desapropriação indireta não chega a ser um instituto por ser um mero instrumento processual para forçar o Poder Público a indenizar o ato ilícito, representado pelo desapossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal, que é a desapropriação.

Em que pese, o desapossamento de imóvel de particular sem seu consentimento não mais se limita a casos de enganos na locação da área. Em algumas comunas, existem até planos de ocupação ilegal. Já se tornou comum o Poder Público apossar-se da propriedade privada, notadamente, para as obras de alargamento de vias públicas, aproveitando-se dos recursos obrigatórios existentes, quando a possibilidade de resistência de seus proprietários é mínima por não trazer transtornos. Na verdade, o particular pode opor-se a essa forma de ocupação administrativa, inclusive com emprego de esforço físico ou através do concurso de força policial.

É que a ação do Poder Público é de uma ilegalidade manifesta, caracterizando-se o esbulho possessório. Pode, também, o proprietário prejudicado intentar ação possessória

lançando mão, principalmente, do interdito proibitório e da manutenção de posse. Se a obra pública vier a ser executada antes do cumprimento da medida liminar eventualmente concedida, esta ficará prejudicada, como de resto a própria ação em face do princípio da intangibilidade da obra pública.

Nessas hipóteses, pela aplicação do princípio de economia processual, nada impede que a ação possessória seja convertida em ação de desapropriação indireta.

Nesta esteira José dos Santos Carvalho Filho (2015 citado por LAUAND, 2019, s/p) aduz que:

Desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. Observe-se que, a despeito de qualificada como indireta, essa forma expropriatória é mais direta do que a que decorre da desapropriação regular. Nela, na verdade, o Estado age realmente *manu militari* e, portanto, muito mais diretamente.

Ainda neste sentido Hely Lopes Meirelles (2010 citado por LAUAND, 2019, s/p) leciona que:

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei. 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 de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.

Assim sendo, possível considerar que de forma clara ocorre a não observância de formalidades necessárias e violação ao devido processo legal na desapropriação indireta, posto que, nesta não existe nenhuma declaração de necessidade, utilidade pública ou do interesse social do respectivo bem.

Para consolidar acerca da aceitação da utilização da desapropriação indireta, vislumbra-se determinada vertente jurisprudencial, senão vejamos:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - ANUÊNCIA DO POSSUIDOR EM DESOCUPAR O IMÓVEL - ACORDO CELEBRADO ENTRE AS PARTES - FINANCIAMENTO SUBSIDIADO PELO PODER PÚBLICO - CONDUTA LÍCITA DO MUNICÍPIO - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NÃO CONFIGURADA - AUSÊNCIA DE DEVER INDENIZATÓRIO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

1. A desapropriação indireta é modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada e ocorre quando a Administração Pública se apropria de bem do administrado sem formalmente fazer a desapropriação, evitando o pagamento da indenização devida. 2. Não caracteriza atuação ilícita da Administração Pública a desocupação do imóvel por possuidor que espontaneamente consentiu com a sua retirada do local e que, posteriormente, realizou financiamento subsidiado pelo próprio Poder Público. 3. Sentença reformada em reexame necessário. Recurso voluntário prejudicado (MINAS GERAIS, 2015).

Deste modo, é importante ressaltar que a aplicação do princípio da supremacia do interesse público não resulta em desrespeito ao desígnio privado, tendo em consideração que a própria Administração necessita acatar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, caracterizando-se como limitações impostas pela norma constitucional.

Neste contexto, ainda que a desapropriação indireta encontre fundamento no interesse público é necessário salientar que não há deferência ao devido processo legal obedecido na modalidade direta. Para que reste esclarecida a desobediência desta medida desapropriatória, é essencial o destaque para o ponto de vista de Fernanda Marinela (2016, pág. 1094), a qual caracteriza tal ato como “[...] 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 [...]”.

Ainda sobre a irregularidade da desapropriação indireta, Matheus Carvalho (2016, pág. 1004) estabelece que “com efeito, configura verdadeiro esbulho ao direito de propriedade do particular perpetrado pelo ente público, de forma irregular e ilícita”. Diante disso, se torna nítido que esta espécie desapropriatória, embora utilizada e aceita pelos tribunais pátrios, não obedece aos procedimentos e princípios dispostos no ordenamento jurídico, resultando, pois, na mitigação dos preceitos a serem acatados.

3.2 Desapropriação Amigável

A desapropriação pode efetivar-se amigavelmente, isto é, por escritura pública, sempre que houver concordância do expropriado quanto ao valor da justa indenização. Entretanto, é imprescindível que essa escritura pública de desapropriação seja precedida do exame metucioso do título dominial do expropriado. Em havendo ônus real, o titular desse direito

deve intervir na escritura, manifestando sua concordância expressa com o pagamento da indenização ao expropriado.

Obviamente, essa concordância do credor implica prévio ou concomitante recebimento do valor de seu crédito. Nessa modalidade de desapropriação não cabe, em nosso entender, invocar a teoria do modo originário de aquisição, segundo o qual o Poder Público receberia o bem expropriado livre dos vícios e expurgado dos ônus que o gravam, os quais se subrogaram no preço da indenização.

É que, como veremos quando tratarmos da desapropriação judicial, inexistente base legal para sustentação dessa teoria, na chamada desapropriação amigável. Nessa modalidade de desapropriação, o risco de pagar a justa indenização a quem não é o dono do bem objetivado é do poder expropriante. Por isso, o Departamento de Desapropriações da Prefeitura de São Paulo – DESAP – desenvolveu, largamente, a praxe de promover a “desapropriação amigável” por via judicial, isto é, através de petição inicial, acompanhada do “termo de acordo” firmado pelo expropriado, concordando com o preço da indenização.

A possibilidade de a desapropriação efetivar-se por escritura pública não exclui, por si só, a judicial precedida do “termo de acordo”, firmado administrativamente, principalmente se o expropriado, regularmente citado, pode concordar com o preço oferecido ao invés de contestar. De fato, nos termos do art. 10 da Lei Básica de Desapropriação, o expropriado é convocado perante o órgão administrativo competente para tomar conhecimento da intenção do Poder Público promover a desapropriação do bem declarado de utilidade pública e, ao mesmo tempo, tomar conhecimento do preço ofertado a título de indenização.

Em não havendo concordância quanto ao preço oferecido, será lavrado o “termo de recusa” que, juntado ao processo administrativo correspondente, será encaminhado ao setor de desapropriação contenciosa. Havendo concordância do expropriado, será lavrado o “termo de acordo”, que instruirá a petição inicial da ação de desapropriação na qual será requerida a homologação do ajuste. Não procede, em nosso entender, o argumento de que em havendo concordância do expropriado quanto ao preço oferecido impõe-se a transferência do bem, exclusivamente, por via de escritura pública de desapropriação.

Tal posicionamento, além de implicar o afastamento da chamada jurisdição voluntária, significa emprestar maior relevância jurídica à pureza de formas processuais em detrimento do princípio da instrumentalidade do processo. Realmente, se o expropriado pode concordar

com o preço ofertado, depois de proposta a ação, não há razão para proibi-lo antes de sua propositura.

O momento da concordância, se antes da ação, com sua propositura, ou depois de sua proposição, é indiferente. O que importa, na verdade, é a livre manifestação da vontade por agente capaz, através de instrumento que preencha os requisitos do art. 221 do CC. Não procede, também, o argumento de que o princípio constitucional do justo preço estaria a impedir a assinatura prévia do “termo de acordo”, de sorte a possibilitar sempre sua retratação em juízo. Ora, a fixação do justo preço, por decisão judicial, só tem lugar quando recusada a oferta e malgrado o acordo, tanto é que a ação expropriatória contém dois momentos distintos: o da aceitação da oferta e o da fixação do preço, frustrado o acordo.

No passado, inúmeras tentativas de retratação do acordo administrativamente firmado foram afastadas por decisões da antiga 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Municipal, que emprestava, acertadamente, a plena eficácia jurídica a esses acordos, abrindo-se a possibilidade única de ser discutida sua validade à luz dos arts. 166 e 171 do CC. O único empecilho que poderia prejudicar o procedimento exposto seria a falta de assistência do expropriado, por um advogado, no momento da feitura do “termo de acordo” e ulterior pedido de homologação judicial. Efetivamente, o advogado é indispensável à administração da Justiça, nos limites da lei (art. 133 da CF).

Por ora, inexistente lei regulando esse tipo de procedimento de que estamos tratando, havendo dúvida razoável se o juiz deve ou não homologar o acordo sem a assistência profissional do expropriado. Porém, essa questão poderia ser facilmente superada com a concordância do expropriante em arcar com a verba honorária devida ao expropriado, em percentual a ser fixado pela entidade desapropriante ou pelo juiz, no ato da homologação do acordo. Enfim, o art. 10 da lei deve ser analisado com uma visão ampla e dinâmica, de sorte a afastar as conclusões que se chocam com as exigências da atualidade, que se caracterizam por emprestar maior prestígio aos princípios da celeridade e da efetividade do processo, em detrimento da pureza de formas processuais.

Tudo que compete para rápida solução das questões, sem o sacrifício do princípio da segurança jurídica, deve ser acolhido e prestigiado.

4 INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO

A indenização funciona como garantia fundamental que protege e repara o dano causado pela violação à propriedade pelo Estado. A necessidade da indenização representa uma garantia em favor do particular. O direito à justa e prévia indenização é um direito fundamental ao tempo que reserva a manutenção do direito individual de propriedade contra o Estado, segundo Nakamura (2013, p.104).

Para Di Pietro (2014, p. 180) apud Cruz (2019), a indenização refere-se a exigência que se impõe como meio através do qual se busca o equilíbrio entre o interesse público e o privado, o particular perde a propriedade e, como contrapartida, recebe o valor correspondente ao dinheiro (em algumas hipóteses, substituído por títulos da dívida pública).

Trata-se, portanto, a indenização, segundo a autora, de um direito de natureza pública já que embasado na Constituição; que deverá ser prévia, justa e em dinheiro. Nas hipóteses previstas no art. 182, § 4º, III (desapropriação, pelo Município, de bens urbanos inadequadamente utilizados), e 184 (desapropriação, pela União, de imóvel rural, para fins de reforma agrária) ambos da Constituição Federal, a indenização se dará através de títulos da dívida pública e títulos da dívida agrária, respectivamente.

Indenização é a soma de dinheiro paga pelo Poder Público com a finalidade de compensar o dano sofrido pelo particular, que é a perda do bem que possuía. Cretella Júnior (1991, p. 230) destaca que a indenização deve corresponder à reposição do patrimônio do expropriado no valor dos bens de que foi privado por meio do pagamento de seu justo preço em dinheiro.

Será, portanto, conforme ensina Bandeira de Melo (2015, p. 908) apud Cruz (2019), justa a indenização que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum ao seu patrimônio. Logo, a indenização deve ser composta, além do valor do bem apurado, dos juros moratórios e compensatórios, correção monetária, honorários advocatícios e demais despesas ocorridas no decorrer do procedimento da desapropriação.

Com efeito, os juros moratórios são aqueles devidos ao expropriado pelo expropriante em decorrência da demora no pagamento da indenização. Consoante a redação da Súmula 70 do Superior Tribunal de Justiça, “os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”.

De outro modo, os juros compensatórios são aqueles devidos ao expropriado nos casos em que tenha sofrido a perda antecipada da posse. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu, por meio da Súmula 618, serem devidos juros compensatórios à ordem de 12% (doze por cento) ao ano. Ainda tratando da questão, importa ressaltar que a Medida Provisória 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, acrescentou ao Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 o artigo 15-A, que informa *ipsis litteris*:

Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos. (BRASIL, 2001)

A justa indenização também pressupõe a correção monetária deste valor. Ocorrerá a correção monetária quando ocorrido o disposto no § 2º do artigo 26 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, ou seja, quando decorrer o prazo superior a um ano contado do laudo de avaliação do bem sem que tenha havido decisão final no processo.

Ao final do processo judicial, sendo fixado o valor da indenização superior ao depósito inicial, surge a dúvida quanto à 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. Desta forma, em análise a este último, o crédito deveria ser inserido na ordem cronológica de pagamentos por precatórios.

Acontece que se interpretada a expressão prevista na Constituição, qual seja, justa e prévia indenização, tem-se que o pagamento deve preceder ao ato expropriatório. Ou seja, o Poder Público deveria indenizar o particular e somente depois poderia ocorrer a transferência do bem expropriado.

5 OBJETIVO

5.1 OBJETIVO GERAL

Analisar aspectos gerais acerca do Direito de Propriedade à luz da Constituição Federal, frente a possibilidade de desapropriação e as circunstância que enseja sua justa aplicação.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Estimular uma nova análise do conceito de propriedade privada e das consequências da influência de sua função na comunidade.
- Dissertar sobre o direito de propriedade e suas responsabilidades, levando em consideração o funcionamento do procedimento desapropriatório.
- Externar a prévia e justa indenização.
- Divulgar o direito de propriedade, pois, sem dúvida alguma é o mais importante de todos os direitos subjetivos materiais. Há unanimidade dos civilistas no sentido de que o direito de propriedade, como direito real, por excelência, constitui o cerne do direito das coisas, representando a propriedade, a espinha dorsal do direito privado.

6 METODOLOGIA

A pesquisa foi realizada com caráter descritivo, bibliográfico, documental e sua natureza explicativa, utilizando-se do método método de abordagem usado indutivo, onde buscou-se parte das atenções particulares e consagrou nas conclusões gerais.

Quanto ao procedimento, esta pesquisa foi efetivada por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos, sites de internet, jornais, revistas, livros, teses, material cartográfico, rádio, filmes, entre outros. Nesse sentido, “a pesquisa bibliográfica foi aquela realizada a partir de registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos

impressos”. (SEVERINO, 2007, p. 122)

Para Gil (2012) o estudo exploratório pode ser definido como o aprimoramento de ideias, tendo como suporte as experiências práticas, assim como revisões de literatura e análise de exemplos. Nesse sentido, quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa bibliográfica será utilizada, considerando seu aporte teórico constituído em livros, artigos, e outras narrativas postas na literatura jurídica.

7 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Por intermédio do presente trabalho foram apresentados pontos principais que embasaram a história do surgimento do Direito de Propriedade, bem como as leis de maior relevo que norteiam o tema, especificando bem, que o foco do legislador ao criar normas direcionadas à proteção e preservação do Direito à vida, do indivíduo ter uma vida digna, livre, como qualquer outro cidadão propício ao desenvolvimento e perpetuação garantindo que referido direito seja aplicado de forma isonomica para todos, como principal escopo elucidar sobre a mitigação do direito de propriedade perante a desapropriação indireta dispendo de posicionamentos doutrinários e julgados proferidos pelos tribunais pátrios.

Com o intento de realizar atualizada análise do conceito de propriedade privada, observou-se que praticamente toda propriedade privada assemelha-se a uma hipoteca social, mas tende a uma visibilidade obrigatória acessível, conforme ficou evidenciado na obra de Nahora (2012). Às consequências da influência de sua função na comunidade é a desigualdade desencadeada entre os homens o que acarreta a necessidade de que ocorra a superação de tais diferenças, destacando a busca por poder e riqueza, diante disso temos um posição estatal que não garante efetividade no tocante ao tratamento igualitário entre as partes, havendo distorções e prevalência dos que dispõe de melhores condições.

Para que fosse atingido o anseio pretendido, em relação ao direito de propriedade, fora observada sua base constitucional, conceituação sob a ótica de exímios de doutrinadores, seus aspectos práticos, seus atributos e, por óbvio, a função social, corroborando com as ideias apresentadas por Rabelo (2011).

Indenização é a soma de dinheiro paga pelo Poder Público com a finalidade de compensar o dano sofrido pelo particular, que é a perda do bem que possuía. Cretella Júnior (1991) destaca que a indenização deve corresponder à reposição do patrimônio do

expropriado no valor dos bens de que foi privado por meio do pagamento de seu justo preço em dinheiro.

A justa indenização também pressupõe a correção monetária deste valor. Ocorrerá a correção monetária quando ocorrido o disposto no § 2º do artigo 26 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, ou seja, quando decorrer o prazo superior a um ano contado do laudo de avaliação do bem sem que tenha havido decisão final no processo.

Ato contínuo, no que tange a desapropriação, foram apreciados seus aspectos característicos, ostentando, primordialmente, as ponderações elencadas por Alexandre Mazza (2020), tanto em sentido lato sensu quanto na modalidade indireta, seu parecer perante outras considerações doutrinárias, os requisitos imprescindíveis para seu uso, julgados que fomentaram sua aplicação e, logicamente, o interesse público que a legitima.

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.

Em consideração a isso, o método utilizado para a construção deste trabalho visou analisar as obras que elucidam sobre as temáticas aqui explanadas, os amparos legais tanto da Constituição Federal quanto das leis esparsas, os princípios correlacionados e os julgados que salientam a aplicação dos institutos vislumbrados, se valendo dessas ferramentas para demonstrar a dita lesão sofrida pelo direito de propriedade em razão da aceitação da desapropriação indireta e sua consequente aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto por intermédio do presente artigo, compreende-se a vida como um bem importantíssimo sendo ela o mais precioso, inclusive no âmbito jurídico, ferir esse bem é via de regra inadmissível, a propriedade é direito individual que assegura ao seu titular uma série de poderes e faculdades: usar, gozar, dispor e reivindicar, ou, resumidamente, jus vindicandi e jus abutendi, compreendido neste o jus disponendi. Ao lado dessas faculdades, os doutrinadores clássicos costumavam afirmar que o direito de propriedade tinha característica de plenitude, que permitiria toda espécie de poder lícito de utilização. É nítida a contradição

entre os dois institutos destacados sejam em termos conceituais e normativos, assim como em exposições doutrinárias. Por esta razão, no que se refere à propriedade em si, evidenciamos que, tanto o direito de propriedade como a desapropriação, ainda que diante de ressalvas, utilizadas para atingir os objetivos expostos.

Com permissão para o pleonismo, o atributo da plenitude ‘deixa de ser pleno’ ante o princípio da função social, sendo necessária uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para compreensão da sua extensão. As faculdades decorrentes do direito de propriedade não podem ser exercidas ilimitadamente, porque coexistem com direitos alheios e porque existem interesses públicos maiores no Estado Social. A propriedade, hoje inserida tanto no direito privado como no direito público, tem reduzidas as suas faculdades porque deve observar a utilidade pública e o interesse social.

Para que estes objetivos sejam alcançados, a desapropriação sobrepõe a diversos assuntos já fixados legalmente, como é o caso do direito de propriedade. Nesse sentido, conforme exposto, é evidente a necessidade de amparo à parte menos favorecida na relação entre particular e Poder Público, visto que há grande possibilidade de acarretar prejuízo ao proprietário do imóvel. Assim, verifica-se a importância social do presente estudo, de modo a apresentar a problemática que envolve o tema. Cabe destacar a relevância de ponderar a proteção dada pelo diploma legal, verificando a possível existência de lacunas, outro fator essencial diz respeito ao interesse público supracitado, em conjunto com os requisitos indispensáveis para a utilização da desapropriação indireta, faz-se presente para escusar a adoção desta medida. Portanto, é em nome desta aspiração coletiva que os tribunais proferem seus julgados, permitindo que uma conduta ilícita nos trâmites legais vigore sobre um princípio anteriormente positivado.

Objetivamente, com a aplicação da desapropriação indireta surgem diversas questões acerca da mitigação sofrida pelo direito de propriedade. E é neste viés que o presente estudo fora elaborado, dispondo do emprego de doutrinas, leis, tanto esparsas quanto da própria Constituição, julgados, dentre outros mecanismos que viessem a possibilitar o entendimento a respeito do assunto abordado.

À vista disso, a problemática destacada abre espaço para diversas percepções, pois há quem diga que a mitigação resta evidente e, em contrapartida, outros consideram que, mesmo com a restrição ilegal ao direito de propriedade, deve prevalecer o atendimento ao interesse público apresentado pela desapropriação indireta.

Em síntese, a análise do presente tema contribui para o discernimento no contexto jurídico, sem contar que, perante a incessante discussão entre a possibilidade de lesão de um instituto por outro, esta abordagem servirá de objeto para diversos debates a respeito, ante ao fato da evolução social e, por consequência, da esfera jurídica. No que tange ao ambiente social é imensurável a relevância do tema e também se faz presente, na tentativa de desenvolver um despertar acerca do Direito de Propriedade, tendo em vista as estruturas sociais que se apresentam como marco estrutural de uma sociedade, que tanto necessita, frente a evolução mundial dos direitos humanos ainda encontra dificuldades no tocante ao Direito de Propriedade.

***THE INSTITUTE OF EXPROPRIATION VERSUS THE RIGHT TO
PROPERTY***

ABSTRACT

At first, with regard to the institutes in question, on the one hand we have the supremacy of the public interest and on the other hand, indirect expropriation as an unregulated tool. In view of this, the friction between the two themes becomes clear, in view of the possible collision of the aforementioned assertions, as well as the offense to the guiding principles envisioned. The present work proposes the understanding of such themes, their normative and principiological bases, as well as the theses supported by the superior courts. In order to find the solution to the aforementioned problem, a deductive analysis was carried out on the theoretical positions and, above all, based on the judgments of the national courts regarding the content shown here. Consequently, in the course of the studies, several discussions were examined related to the mitigations suffered to the detriment of the themes arranged so that it became possible to reach the answer to the said controversy.

Keywords: Public Interest. Indirect Expropriation. Jurisprudence. Deductive Analysis.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988.
- _____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo n. ARE0003893-19.2008.8.08.0002*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179435104/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-1293416-es-0003893-1920088080002>>. Acesso em: 21 jun. 2021.
- _____. Presidência de República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Não paginado. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=247357&filename>. Acesso em 21 jun. 2021.
- CRUZ, J. J. A indenização na desapropriação. Jus.com. set. 2019. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76359/a-indenizacao-na-desapropriacao>>. Acesso em: 21 jun. 2021.
- FRANÇA, M. M. *Fundamentos constitucionais da desapropriação*. Jus.com, agosto 2012. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24188/fundamentos-constitucionais-da-desapropriacao>>. Acesso em: 22 abril 2021.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- HARADA, K. *Desapropriação. biblioteca virtual*. 2015. 1-673. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499663/cfi/315!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 31 maio 2021.
- JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- LAUAND, Elia Nicolau. *A desapropriação indireta e seu viés ilícito perante a Administração Pública*. Publicado em 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78018/a-desapropriacao-indireta-e-seu-vies-ilicito-perante-a-administracao-publica>>. Acesso em: 15 de maio 2021.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Acórdão n. 10079130150240001*. Relator: Claret de Moraes. 11 dez. 2015. Disponível em:

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroReGistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.13.015024-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 jun 2021.

NOHARA, I. *Direito Administrativo, Desapropriação. 09 set. 2012*. Não paginado. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/163-desapropriacao/>>. Acesso em: 24 maio 2021.

RABELO, C. C. *Evolução do Direito de Propriedade. doutrina e prática*. jurisway.org.br, 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6568>. Acesso em: 22 abril 2021.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.