

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

**A APLICABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E O  
DIREITO À JUSTA INDENIZAÇÃO**

**ALEXANDRE SANTANA**

Florianópolis (SC), julho de 1999.

**ALEXANDRE SANTANA**

**A APLICABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E O  
DIREITO À JUSTA INDENIZAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Mário Lange de S. Thiago**

Florianópolis (SC), julho de 1999.

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, José Joaquim Santana e Maria Lurdete Montibeller Santana, por todo o amor e incentivo recebidos.

Aos meus irmãos Ricardo e Gustavo, os melhores companheiros e amigos com os quais poderia contar.

À Cristina, amor, realização e certeza de dias ainda melhores à nossa grande família.

Ao ser humano da mais alta estima e admiração, competente e honrado profissional do Direito, Francisco de Assis Montibeller.

À boníssima alma, dedicada e profunda, Prof. Mário Lange de S. Thiago.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a consecução deste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iv
<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	v
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE</b>	
1.1 Evolução histórica.....	3
1.2 Fundamento constitucional hodierno.....	7
1.3 Breve histórico-constitucional acerca da evolução do direito de propriedade e o seu progressivo comprometimento com o <i>interesse social</i> , até o advento da Carta Magna de 1988.....	8
1.4 Função social da propriedade sob a ótica da Constituição Federal de cinco de outubro de 1988.....	11
1.5 Espécies de limitações à propriedade abarcadas pela ordem jurídica.....	17
1.5.1 Classificação das diversas espécies de limitações ao direito de propriedade.....	18
1.5.1.1 Limitações legais.....	19
1.5.1.2 Limitações jurídicas.....	20
1.5.1.3 Limitações voluntárias.....	21
1.5.1.4 Limitações de direito positivo.....	22
<b>2 ASPECTOS GERAIS DA DESAPROPRIAÇÃO</b>	
2.1 Origem histórica.....	23
2.2 Evolução da desapropriação no direito brasileiro.....	24
2.3 Conceito.....	25
2.4 Pressupostos.....	26
2.5 Objeto.....	28
2.6 Sujeitos ativo e passivo.....	30
2.7 Sucinto relato dos tipos de desapropriação.....	31

2.8 Competência.....	33
2.9 Do procedimento em geral.....	34
2.9.1 Fase declaratória.....	34
2.9.2 Fase executória.....	35
2.10 Imissão provisória na posse.....	37
2.11 Retrocessão.....	39
<b>3 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA</b>	
3.1 Origem histórica e noções preliminares.....	41
3.2 Conceito de desapropriação indireta.....	45
3.3 A desapropriação indireta no direito brasileiro.....	50
3.4 No direito comparado.....	53
3.5 Crítica e defesa doutrinárias da desapropriação indireta.....	54
3.6 A afetação da propriedade imóvel particular pelo Poder Público opera sua imediata transferência para o patrimônio do ente público esbulhador?.....	60
3.7 Há legitimidade jurídica do promitente comprador para receber a indenização proveniente da desapropriação indireta?.....	63
3.8 Qual o prazo prescricional da ação de desapropriação indireta?.....	65
3.8.1 Início da contagem do prazo prescricional.....	72
3.9 Requisitos indispensáveis ao ajuizamento da ação de indenização por desapropriação indireta e a não aplicabilidade do artigo 34 do Decreto-lei 3.365/41.....	75
3.10 Procedimento, foro competente e intervenção do Ministério Público.....	78
3.11 Indenização e honorários advocatícios.....	82
3.12 Há possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em ação de indenização por desapropriação indireta visando o depósito de quantia definida segundo os critérios estabelecidos no Decreto-lei 3.365/41 a título de indenização?.....	86
3.13 Recente interpretação sobre a desapropriação indireta.....	94
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>104</b>

## RESUMO

O presente trabalho trata da “desapropriação indireta”, teoria que prevê o pagamento de justa indenização ao proprietário ou possuidor desapossado arbitrariamente pelo Poder Público.

Tal teoria encontra-se fundamentada na exigência constitucional de indenização prévia, justa e em dinheiro aos proprietários que tiveram seus bens afetados ao interesse público, e em razão disso terão transferida sua titularidade em nome do interesse público.

De modo a reconduzir os casos em que o Poder Público tangencia o processo desapropriatório regular, esbulhando a propriedade privada, a jurisprudência concebeu a teoria da desapropriação indireta, em que o proprietário tem reconhecido seu direito à devida indenização.

## LISTA DE ABREVIATURAS

- ac. – Acórdão
- amp. – [edição] ampliada
- Ap. – Apelação
- Art. – artigo
- Coord. – Coordenador
- Des. – Desembargador
- DJ – data da publicação no Diário da Justiça do Estado-membro em referência
- DJU – data da publicação no Diário da Justiça da União
- ed. – edição
- j. – data do julgamento
- m.v. – maioria de votos
- Min. – Ministro
- p. – página(s)
- r. – respeitável (eis)
- RDA – Revista de Direito Administrativo (Periódico)
- RDCCP - Revista de Direito Constitucional e Ciência Política (Periódico)
- RDP - Revista de Direito Público (Periódico)
- Rel. – Relator
- rev. – [edição] revista
- RF – Revista Forense (Periódico)
- RIL - Revista de Informação Legislativa (Periódico)
- RJTA-RS – Revista Jurídica do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul (Periódico)
- RP – Revista de Processo (Periódico)
- RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça (Periódico)
- s.d. – sem data
- s.e. – sem editora
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- t. – tomo
- TA-RS – Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul
- v.u. – votação unânime

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da “desapropriação indireta”, teoria de origem francesa que prevê o pagamento de justa indenização ao proprietário ou possuidor desapossados arbitrariamente pelo Poder Público, e que foi transplantada à realidade jurídica brasileira por intermédio da jurisprudência e doutrina pátrias.

Como método de abordagem, utilizou-se o dedutivo, por ser mais indicado para a ciência jurídica, e o indutivo, para a análise dos casos particulares, em especial àqueles colhidos junto à jurisprudência, observando-se a aplicabilidade das normas e institutos jurídicos relacionados ao tema.

Para a melhor compreensão das questões ora levantadas, tomou-se por prioritário o cuidado em estabelecer, tanto quanto possível, uma seqüência lógica e progressiva do conteúdo a ser explanado.

Destarte, para delinear com precisão o que a doutrina e a jurisprudência convencionaram por denominar “desapropriação indireta”, faz-se de imprescindível importância compreender a evolução de vários institutos jurídicos correlatos ao tema. Portanto, antes de adentrar no tema propriamente dito, faz-se curial a análise do direito de propriedade e a desapropriação.

Nesse intento, será dedicado um capítulo específico a cada um, enfatizado a origem, evolução e atual configuração de ambos os institutos.

Dispondo da dinâmica inerente à própria evolução histórica, num primeiro momento (Capítulo 1) buscar-se-á desvendar as razões e fundamentos jurídicos hodiernos do direito de propriedade, bem como o seu progressivo comprometimento com o interesse social, destacando as suas principais acepções e aprimoramentos desde a primeira Carta Magna brasileira.

Na seqüência (Capítulo 2), será oportunizado o conhecimento do instituto jurídico da desapropriação, evidenciando as principais questões encontradas na doutrina e na jurisprudência, e indagando o que realmente ensejou a sua criação, o por quê da sua atual concepção, e os efeitos reflexos junto ao aparato estatal, “agora” legitimado e limitado ao respaldo do interesse público.

Após a difusão de conhecimentos tidos como imprescindíveis, e que permitem a situação da desapropriação indireta fora da ordem constitucional e legal brasileira, serão

relacionados diversos questionamentos, dentre eles: o prazo prescricional da ação de indenização por desapropriação indireta e o início de sua contagem; o procedimento, foro competente e a interferência do Ministério Público; o *quantum* indenizatório devido ao proprietário vitimado; a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela; etc.

Através da exposição de dados doutrinários e jurisprudenciais sobre as atuais divergências estabelecidas, objetivar-se-á uma análise atual e concisa do tema proposto, sempre possibilitando uma observação de conjunto e consideração à dinâmica de um movimento historicamente situado.

Serão examinadas as situações jurídicas dos proprietários que tiveram esvaziado o conteúdo econômico de seus bens particulares, demonstrando soluções viáveis face à ilegalidade cometida pela Administração Pública e as dificuldades advindas de uma ordem principiológica que prevê a supremacia do interesse público sobre o privado.

Finalmente, serão verificados os pressupostos e critérios exigidos à configuração da desapropriação indireta, questionando-se a amplitude da indenização devida pelo ente público expropriante.

Tendo em vista sua relevância para a sociedade brasileira, será destacada uma visão instrumentalizada da teoria, como meio de defesa da sociedade contra os abusos cometidos pelo Poder Público, bem como mecanismo consolidador da cidadania e paz social.

# 1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

## 1.1 Evolução histórica

Inicialmente, com o surgimento das primeiras civilizações, era predominante a propriedade comunitária em que o domínio coletivo se dava sobre as coisas úteis à Comunidade, restando à propriedade privada aqueles objetos de uso exclusivamente pessoal.

Num contexto em que prevalecia o caráter nômade das tribos primitivas, a terra não era objeto da propriedade.

Parte expressiva da doutrina tem compreendido que a primeira concepção individualista da propriedade de que se tem registro foi a da civilização romana. Conforme pondera Maria Helena Diniz, havia duas formas de propriedade coletiva: *“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 família”*.<sup>1</sup>

Pontua Milton Duarte Segurado que *“a idéia da propriedade já estava na religião. Entre os deuses que pela família podiam ser adorados (manes) e a terra onde estavam sepultados, descobriram misteriosa relação: o direito de propriedade”*.<sup>2</sup>

No mundo romano, em virtude do fato de que tudo girava ao redor do culto aos mortos, a terra em que estes repousavam era tida como sagrada – inalienável e imprescritível. Destarte, geralmente o romano não vendia sua propriedade. Entretanto, caso isso ocorresse, era conservado o campo onde permaneciam enterrados os antepassados. Perceba-se que cada casa possuía seu cemitério particular, em que, ainda que a família efetuasse a venda do campo onde estava o túmulo do antepassado, essa continuava proprietária do túmulo, conservando eternamente este direito. Desta forma, ficava o romano com o direito de atravessar o campo, agora de outrem, para render culto aos seus manes. Daí nasceu o conhecido direito de passagem.

Destoando, em parte, da posição majoritária da doutrina, o autor acima citado acrescenta que havia, igualmente, entre os povos antigos mais evoluídos, a propriedade

---

<sup>1</sup> *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 81.

<sup>2</sup> *Direito Romano*, p. 42.

privada. Assim, na sua concepção, dentre outros povos, os judeus admitiam a propriedade particular (1 Reis 21 e 2 Reis 9)<sup>3</sup>.

Evidentemente, a passagem da propriedade grupal ou coletiva à propriedade individual se deu de forma lenta e conflituosa. Segundo Hahnemann Guimarães, as principais etapas, em ordem progressiva no tempo, desse processo foram: propriedade individual sobre os bens necessários à existência de cada um; propriedade individual sobre os bens de uso particular suscetíveis de serem trocados com outras pessoas; propriedade dos meios de trabalho e de produção; propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto<sup>4</sup>.

Mais adiante, na Idade Média, a propriedade da terra teve papel preponderante na organização da economia e na estruturação social. No dizer de Celso Ribeiro Bastos, “suas regras fundamentais deram lugar ao que se chamou Feudalismo. Esse regime, que marca o fim do mundo Antigo e que foi aplicado durante a Idade Média, caracteriza-se pelo domínio absoluto do senhor feudal sobre a terra (feudo), inclusive sobre os que nela moravam (vassalos), e resultou do enfraquecimento do poder central”<sup>5</sup>. Observe-se que os feudos se configuravam em grandes propriedades territoriais, em que um nobre (conde, barão), exercendo amplo domínio sobre os vassalos, concedia-lhes a terra mediante a prestação de serviços e rendas.

O marco exato do Feudalismo situa-se quando o Imperador Aureliano (de 270 a 275 D.C.) fez saber a todas as cidades do Império Romano que não mais contassem com a ajuda do poder central para conter as invasões dos bárbaros<sup>6</sup>. Desta feita, o Feudalismo resultou por substituir o conceito unitário de propriedade, peculiar ao direito romano em que o proprietário era considerado senhor único e exclusivo de sua terra.

Assevera José Carlos de Moraes Salles:

*“Na Idade Média, o direito de propriedade era encarado, também, sob o aspecto de sua função social. Com efeito deve a propriedade representar um elemento de ordem e a paz social, prestando-se à organização e ao rendimento da produção. (...). Por outro lado, no direito medieval, havida a terra como sinal de poder e riqueza, só a propriedade imóvel tinha valor, era a propriedade por excelência, sendo a propriedade móvel relegada a um plano secundário, (...)”<sup>7</sup>*

<sup>3</sup> Milton Duarte Segurado, ob. e loc. cit.

<sup>4</sup> *A propriedade*, p. 81.

<sup>5</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 204.

<sup>6</sup> *Dicionário Jurídico*. Academia Brasileira de Letras Jurídicas, p. 254.

<sup>7</sup> *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*, p. 77.

Por sua vez, a Revolução Francesa de 1789 situa-se como referencial histórico ao pregar o expurgo do regime feudal, até então predominante, passando a propriedade a ser consagrada no Código de 1804 (“*código da propriedade*”<sup>8</sup>) como direito absoluto e exclusivo do homem que lavra a terra, libertando-o do dever de pagar foro ao fidalgo, que continuamente a explorava.

Como bem lembra o professor da Universidade Federal de Santa Catarina Carlos Araújo Leonetti, “*a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte Francesa em 26 de agosto de 1789, consagrou, em seu artigo 17, a propriedade como um direito sagrado e inviolável, somente admitindo que o titular fosse dela despojado em caso de indiscutível interesse público e após justa indenização*”.<sup>9</sup>

Historicamente, percebe-se que durante o século XIX, até as primeiras décadas do século XX, a propriedade privada era destacada no direito ocidental como um direito quase absoluto, e que só cedia espaço a raras hipóteses legais.

Contudo, a doutrina liberal e individualista, presente nos primórdios do século XIX, gradativamente, começou a sofrer os primeiros impactos das idéias socialistas e de grupos que, embora pretendessem conservar as bases essenciais da propriedade privada, pregavam restrições à liberdade econômica através da sujeição da iniciativa privada à supremacia e controle de uma entidade superior (intervencionismo estatal)<sup>10</sup>.

Com o advento do Estado Social, doutrinariamente situado em meados da segunda década deste século, período contemplado com as constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, conhecida como Constituição de *Weimar*, teve início uma mudança drástica na forma de se interpretar o direito de propriedade, até então de índole estritamente privada.

Vislumbra o insigne doutrinador Orlando Gomes que a propriedade deixou de ser um direito de “temperamento” puramente subjetivo do indivíduo para se tornar uma função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária. Destaca, nesse sentido, que “*a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode*

<sup>8</sup> Caio Mário da Silva Pereira, p. 65.

<sup>9</sup> *A Função Social da Propriedade: Mito ou Realidade?*, p. 25.

<sup>10</sup> José Carlos de Moraes Salles, ob. cit., p. 79.

*executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria*".<sup>11</sup>

Sendo assim, o direito de propriedade deixa de ser um direito inatingível e sagrado, para se tornar um direito em contínua mudança e comprometido com as necessidades sociais que deve respaldar.

Modernamente, compreende-se como caráter absoluto da propriedade o direito que o proprietário tem de usar, gozar e dispor de seus bens, podendo, inclusive, reivindicá-los do poder de quem quer que injustificadamente os detenha (vide artigo 524 do Código Civil Brasileiro)<sup>12</sup>.

Segundo o civilista Sílvio Rodrigues, a idéia de exclusividade do direito de propriedade retrata o direito que o seu titular possui de afastar quem quer que dela queira tirar qualquer proveito<sup>13</sup>.

Apesar desse amplo direito de que desfruta o proprietário, isso não significa possa ele exorbitar desse direito, pois nesse caso, seu ato deixaria de ser lícito. O próprio direito romano não admitia a idéia de uso anti-social da propriedade. Os direitos são concedidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade. Se o proprietário faz uso abusivo do direito, esse comportamento não encontra proteção no ordenamento jurídico, ao contrário, impõe-lhe a obrigação de reparar o prejuízo causado. Conseqüentemente, o exercício do direito encontra limitação em sua própria finalidade.

Nesse ponto, são extremamente oportunas as palavras do professor Caio Mário da Silva Pereira, que assim declara:

*“Fala-se muito em ‘socialização do direito’, tendo-se em vista, de um lado, o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, e de outro, o sentido de proteção ao mais fraco, como técnica do restabelecimento do equilíbrio social, cognominado por Colin et Capitant como ‘paternalismo’ do direito moderno. Não será, porém, correto proclamar que o Direito se socializa, uma vez que, como base estrutural do ordenamento jurídico, a noção do direito subjetivo*

<sup>11</sup> Orlando Gomes. *A função social da propriedade*. Anais do XII Congresso Nacional de procuradores de Estado. Salvador: [s.e.], 1986, p. 60, *apud* Carlos Araújo Leonetti, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>12</sup> Clóvis Beviláqua acrescenta que o projeto legal primitivo pretendia: “A lei assegura ao proprietário, dentro dos limites por ela traçados, o direito de utilizar-se de seus bens, como entender, e de reivindicá-los, quando corpóreos, do poder de quem, injustificadamente, os detenha”. O Código Civil eliminou essa cláusula, que recordava as restrições legais da propriedade, e a que indicava a liberdade de proceder do proprietário. “Ficou, assim, incompleta a definição legal, porque as restrições estão consignadas no Código, (...) e fora dêle (sic), com os impostos e as prescrições municipais, por motivos de higiene, de utilidade e de aformoseamento. Quanto à liberdade, ainda que restrita, do proprietário, essa entra no conceito da propriedade plena.” *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 1005.

<sup>13</sup> Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*. v. 5. Direito das coisas, p. 76.

*imprime ao direito cunho individualista, oposto ao conteúdo social do regime contrário*".<sup>14</sup>

Arremata, finalmente, o jurista: *"é exato que a tendência de nosso tempo é podar os excessos individualistas, como declaramos na Exposição de Motivos com que apresentamos nosso Anteprojeto de Código de obrigações de 1964 e como implicitamente está consignado em toda uma legislação protecionista. Mas nem por suprimir-lhe os excessos retira-se-lhe a essência"*.<sup>15</sup> (grifamos)

Através da transcrição acima, coloca-se em evidência a própria essência do direito de propriedade. Destarte, se é exato que a tendência da legislação protecionista vige no rumo de se coibir abusos nas diversas esferas e ramos do direito, é certo que nem por isso estão sendo expurgados os direitos subjetivos, ou a estes é retirada a devida proteção.

## 1.2 Fundamento constitucional hodierno

Tendo em vista a intensa modificação porque passou o Estado brasileiro, principalmente a partir da década de 30, e o número cada vez maior de objetivos sociais que passou a almejar e preservar, a atual Constituição Brasileira<sup>16</sup>, refletindo uma realidade voltada à coletividade, retrata um conceito de propriedade mais lato do que aquele de que se serve o direito privado, capitulado no Código Civil pátrio de 1916.

Do ponto de vista da Lei Maior, tornou-se necessário estender igual proteção, que inicialmente só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias, dentre outros direitos em geral, que hoje também recebem a mesma proteção constitucional, sendo passíveis de sacrifícios, geralmente, apenas mediante prévia **indenização**.

Tal realidade surgiu de uma crescente demanda social, com o desenvolvimento da civilização e das relações intersubjetivas, quando os bens de interesse para o homem não se limitaram somente aos corpóreos. O processo cultural deu lugar ao surgimento de uma série de criações humanas, cuja expressão econômica muitas vezes excede ao valor do bem fisicamente considerado.

<sup>14</sup> *Condomínio e incorporações*, p. 29-30.

<sup>15</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*, 30.

<sup>16</sup> A atual Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada no dia 5 de outubro de 1988.

Fruto dessa perspectiva, a propriedade tornou-se o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público. Neste ponto reside a essência da proteção constitucional: “*impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo esta ocorrido, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco*”.<sup>17</sup>

Conclui-se, então, que é patente a limitação estatal no campo econômico, em virtude da proteção constitucional da propriedade. Contudo, não há de se negar que esta proteção não é absoluta. Ainda assim, institutos como o da desapropriação e a própria tributação, que são formas de apropriação estatal de bens privados, têm de ser utilizados na forma constitucional.

Inexoravelmente, as restrições ao direito de propriedade que a lei poderá trazer só serão aquelas fundadas na própria Constituição ou nas concepções aceitas sobre o poder de polícia. A lei não pode colocar fora do domínio apropriável pelos particulares certos tipos ou classes de bens, o que só é dado à Carta Magna fazer.

Atualmente, a liberdade de uso e fruição vê-se transformada, segundo expressiva parcela da doutrina, em verdadeiro dever de uso<sup>18</sup>.

Em verdade, tal exigência representa o respaldo do direito contemporâneo à concepção hodierna da propriedade privada demandada pela coletividade, não se coadunando com a prevalência do capricho e do egoísmo já que é perfeitamente possível a compatibilização da fruição individual da propriedade com o atingimento de fins sociais.

### **1.3 Breve histórico-constitucional acerca da evolução do direito de propriedade e o seu progressivo comprometimento com o *interesse social*, até o advento da Carta Magna de 1988**

Partindo-se do pressuposto de que todo o conhecimento humano deve ser analisado, dentre outros aspectos, em conjunto com o momento histórico e o grau de evolução à época em que foi concebido, torna-se indispensável um relato, ainda que breve, sobre a evolução por que passou (e que continua passando) o direito de propriedade, que bem pode ser esboçado através da cronologia constitucional brasileira.

Em seus Comentários à Constituição Federal Brasileira, já assinalava Rui Barbosa Nogueira que “*as Constituições são conseqüências da irreversível evolução*

<sup>17</sup> Celso Ribeiro Bastos, ob. e loc. cit.

<sup>18</sup> Mais adiante, abordar-se-á de modo específico a questão da *função social da propriedade*.

*econômica do mundo*".<sup>19</sup> Assim sendo, para a leitura que segue, far-se-á imperativa a percepção da realidade acima referenciada.

A primeira Constituição brasileira, datada de 1824, ou seja, durante o período Imperial, consagrou, em seu artigo 179, item 22, o direito à propriedade privada, nos seguintes termos, *in verbis*:

*“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente qualificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização”*.

Com a primeira Constituição republicana, vigente a partir de 1891, a matéria manteve a essência da Constituição de 1824, estabelecendo em seu artigo 72, parágrafo 17:

*“O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”*.

Entretanto, posteriormente, com a edição da Constituição de 1934, *“inspirada no modelo alemão da Constituição de Weimar”*<sup>20</sup>, algo de totalmente novo surgiu no direito brasileiro. A partir de então, constitucionalmente, a propriedade privada passaria a ser condicionada ao cumprimento de sua função social. Assim estava consignado em seu artigo 113, item 17, *in verbis*:

*“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”*.

Contudo, como bem lembra Carlos Araújo Leonetti:

*“A Carta de 1934, cuja feitura foi provocada pela Revolução Constitucionalista de 1932, após o movimento revolucionário de*

<sup>19</sup> Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. 1, p. 35, *apud* Marcus Cláudio Acquaviva, *Dicionário jurídico brasileiro acquaviva*, p. 360.

<sup>20</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 334.

*1930, que alçou Getúlio Vargas ao poder, teve vida curta. Com efeito, em 1937, Vargas implanta o chamado Estado Novo e impõe ao País uma nova Constituição, de nítida inspiração na sua congênere polonesa de 1935, o que lhe valeu a alcunha de Polaca”.<sup>21</sup>*

Conseqüentemente, face a abrupta interrupção gerada pela mudança política da “Era Vargas”, a Constituição de 1937 não repisou o tratamento dado ao tema pela Constituição anterior assegurando em seu artigo 122, item 14:

*“O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.*

Regida pelos ventos da alternância que se fizeram presentes em quase toda a História constitucional brasileira, a Constituição de 1946, sucessora, portanto, da Constituição de 1937, regida pelo espírito da redemocratização resultante do final da Segunda Guerra Mundial, tratou de restaurar a necessidade do cumprimento da função social da propriedade, incluindo-a no seu artigo 147, entre os princípios regentes da ordem econômica e social, da seguinte forma:

*“O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar<sup>22</sup> social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, par. 16<sup>23</sup>, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.*

Destaque-se que a Emenda Constitucional n.º 10, de 09.11.64, acrescentou parágrafos ao artigo 147, objetivando possibilitar à União a promoção de desapropriação de imóveis rurais **“para os fins previstos neste artigo”**.

Mantendo a mesma disposição estabelecida por sua antecessora, a Constituição de 1967 contemplou a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica e social. Nesse sentido, dispunha seu artigo 157, inciso III:

*“A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:*

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 28.

<sup>22</sup> Esclarece Hely Lopes Meirelles que “bem-estar social é o bem-comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias. Nele se incluem as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados; são as necessidades vitais da comunidade, dos grupos, das classes que compõem a sociedade”. *Direito...*, *supracitado*, p. 500.

<sup>23</sup> Dispunha o artigo 141, parágrafo 16 da Constituição Federal de 1946: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”.

(...)

*III – função social da propriedade”.*

Porém, há de se ressaltar que o direito à propriedade privada restou garantido na Carta Constitucional em referência (artigo 150, parágrafo 22), com ressalva nos casos de desapropriação. Tal entendimento foi também acolhido pela Emenda 1/69, em seu artigo 153, parágrafo 22<sup>24</sup>.

#### **1.4 Função social da propriedade sob a ótica da Constituição Federal de cinco de outubro de 1988**

A Constituição Federal brasileira, promulgada em cinco de outubro de 1988, tratou de reiterar, o que vinha sendo, geralmente, preceituado pelas Constituições anteriores. Partiu, assim, do princípio da garantia individual e coletiva do direito de propriedade, opondo-lhe em seguida algumas minorações.

Entretanto, o atual texto constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, estabeleceu que a propriedade é assegurada em si mesma.

Inovou, ainda, a Constituição Cidadã, no que concerne à ênfase despendida à questão da *função social da propriedade*, quando objetivou precisá-la com maior clareza, proporcionando-lhe contornos mais firmes e seguros. O tratamento da matéria foi incluído entre os direitos e garantias individuais e coletivos (artigo 5.º, XXIII), conferindo-lhe os *status* de “cláusula pétrea” (artigo 60, parágrafo 4.º, IV)<sup>25</sup>.

Contudo, a atual Carta Maior preferiu manter a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica (artigo 170, III)<sup>26</sup>, prevendo, inclusive, os requisitos mediante os quais a propriedade de bens imóveis (urbanos ou rurais) cumpre sua função social, como mais à frente se demonstrará.

<sup>24</sup> O artigo 160, inciso III, da Emenda 1/69, incluía a função social da propriedade também entre os princípios regentes da ordem econômica e social.

<sup>25</sup> É o teor do parágrafo 4.º, inciso IV, do artigo 60: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...); IV - os direitos e garantias individuais;”.

<sup>26</sup> Estabelece o artigo 170, *caput*, incisos II e III: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); II – propriedade privada; III – função social da propriedade;”. Lembra José Afonso da Silva que bastava a disposição contida no inciso XXIII, do artigo 5.º, da Carta Magna, para que “toda a forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio constitucional”. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 254.

No entendimento de Celso Ribeiro Bastos, o texto da Carta Maior priorizou o afastamento da pretensão de alguns autores que desejavam “*ver no nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função*”.<sup>27</sup> Pleiteou-se, pois, sem sucesso, ao invés de um direito do particular, um ônus que lhe imporia um autêntico dever decorrente de uma função que deveria cumprir.

Segue o referenciado doutrinador enfatizando que a propriedade, como direito fundamental, não pode deixar de se relacionar com a sua destinação social, pois mesmo os mais absolutos direitos acabam por se impor à necessidade de harmonização com os fins legítimos da sociedade. Ainda que em determinadas passagens o faça de forma implícita, o texto legal estabelece, inegavelmente, limites ao exercício dos direitos individuais.

Apregoa José Afonso da Silva que a função social da propriedade diz respeito à estrutura dela mesma, e não a um mero sistema de sua limitação. Conclui afirmando que este último diz respeito “*ao exercício do direito, ao proprietário; aquela (a função social da propriedade), à estrutura do direito mesmo, à propriedade*”.<sup>28</sup>

Ilustrando a divergência doutrinária estabelecida, Maria Sylvia Zanella Di Pietro confirma a existência de duas grandes correntes acerca da natureza do princípio da função social da propriedade: a primeira defende que esta seria uma forma de manifestação do poder de polícia de que se reveste a Administração Pública; a contrário *sensu*, há quem a compreenda como um novo instrumento que, conjugado aos já existentes, possibilita a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social<sup>29</sup>.

Extrai-se da doutrina que a propriedade é concebida como um **direito individual**. Entretanto, um direito que está condicionado ao bem-estar da comunidade, retratando “*uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário*”.<sup>30</sup>

No dizer do professor Carlos Araújo Leonetti, “*o direito de propriedade sofreu um processo de relativização, ou de publicização, ou ainda de socialização, como preferem alguns*”.<sup>31</sup>

Compreende-se, pois, que o exercício do direito de propriedade se encontra condicionado ao bem-estar social.

<sup>27</sup> *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, p. 124.

<sup>28</sup> Ob. e loc. cit.

<sup>29</sup> *Direito administrativo*, p. 96.

<sup>30</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito...*, *supracitado*, p. 504.

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 26.

Assim está assentado no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do artigo 5.º, *caput*, da Carta Magna:

*“Art. 5.º 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: (...)”*. (grifamos)

Adiante, nos incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV do mesmo artigo, está consignado:

*“XXII – é garantido o direito de propriedade;  
XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;  
XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa<sup>32</sup> e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;  
XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”*.

A Constituição Federal de 1988, imbuída de uma feição predominantemente liberal, parte do pressuposto de que o direito de propriedade não pode deixar de se compatibilizar com a sua destinação social.

Nessa perspectiva, o cerne do sistema político brasileiro repousa no fato de que não há uma contradição irrefragável entre o social e o individual, ou mesmo de que o social evolui na medida em que se esmorecem os direitos individuais.

Conclui-se assim que o liberalismo, ao contrário do que se tem apregoado, não consagra a propriedade como privilégio de alguns, mas sim, acredita ser a gestão individual da propriedade a melhor forma de explorá-la, gerando o bem social. Há, indubitavelmente, no texto da Lei Maior, a crença da maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais.

<sup>32</sup> A indenização justa nada mais é do que uma compensação econômica devida ao expropriado em virtude do sacrifício imposto pelo interesse público. Significa, destarte, a restituição integral ao proprietário do valor econômico que se lhe foi privado, cobrindo danos e prejuízos conseqüentes da expropriação. Em verdade, não se paga “preço”, ainda que na doutrina seja tal palavra comumente empregada, mas ressarcimento do dano sofrido, de modo integral, objetivo e atual, suprimindo, inclusive, a desvalorização monetária e o efeitos inflacionários correlatos.

Diante do quadro exposto, evidencia-se um ambiente que, em tese, se desenvolveria em perfeita sintonia entre a fruição individual do bem e o alcance de sua função social.

Entretanto, tal desiderato não vem corroborar os desvirtuamentos e desmandos observados no universo factível, em que, por diversas oportunidades, são observados abusos levados a efeito por determinados proprietários (de imóveis, normalmente). Tal postura, como de resto qualquer outra relação jurídica, é passível de adequação legal.

Nessa perspectiva, *“as Constituições brasileiras de 1946 e de 1988 foram elaboradas ao tempo em que estas idéias tomavam corpo entre nós, não no sentido de que a propriedade seja socializada pois que um tal conceito contraria as noções mais divulgadas e os princípios seguros consagrados nos códigos de quase todo o mundo, em prol da concepção do domínio como direito subjetivo”*.<sup>33</sup>

Assim, proclama Caio Mário da Silva Pereira que:

*“Sem deixar de ser um direito, com as características de facultas, a propriedade deve ser exercida em sentido social. É o exercício daquele direito que se subordina ao interesse público, e a função social é integrante menos da definição do direito do que ligada ao seu exercício. A utilização dos bens apropriáveis estará, pois, na linha de equilíbrio entre a faculdade reconhecida e a conveniência de todos”*.<sup>34</sup>

Havendo, de tal sorte, uso degenerado, personalista e egoísta, até mesmo deturpado à luz dos interesses pessoais dos próprios possuidores, o direito de propriedade vai expor-se a sanções, fundamentalmente, de duas ordens: as decorrentes da infringência às normas do *poder de polícia*<sup>35</sup>, ou então à perda da propriedade na forma da Carta Maior.

Na realidade a função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas constitucionais que objetiva, inclusive através de medidas de expressiva gravidade jurídica, o reposicionamento da propriedade na sua trilha normal, auferindo à coletividade o que lhe é mais salutar: o bem-estar geral.

Contudo, é de fundamental necessidade precisar que não há um único regime da função social, porque também são diversos os domínios sob os quais se exerce a propriedade. Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha tratado exaustivamente dos bens

<sup>33</sup> Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., 33.

<sup>34</sup> Ob. e loc. cit.

<sup>35</sup> É oportuna à expressão referenciada a seguinte passagem escrita pelo douto Hely Lopes Meirelles: “Dentre os poderes administrativos figura, com especial destaque, o poder de polícia”, (...). *Poder de polícia* é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. *Direito...*, *supracitado*, p. 93.

materiais, em especial ao domínio da terra, rural ou urbana, não obstaculizou a possibilidade de desapropriação de bens imateriais. Cumpre notar, porém, que nestes casos, a mera predominância do interesse público sobre o privado já autoriza a aplicação de medidas que resolvam o momentâneo conflito, entre o individual e o social, sem que se imponha condicionalmente a invocação da função social da propriedade. Conclui-se, pois, que as medidas utilizadas em tais situações não são tão graves para o particular quanto aquelas autorizadas pela supremacia do interesse amplo da coletividade.

Nos termos da Constituição Federal, a função social da propriedade é cumprida quando:

*“Art. 182. (...)*

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

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

*I – aproveitamento racional e adequado;*

*II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;*

*III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;*

*IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.* (grifamos)

Destarte, a partir da Constituição Federal de 1988, parte da doutrina tem se posicionado no sentido de que o direito brasileiro somente protege a propriedade que cumpra a sua função social, ou seja, que aproveite, direta ou indiretamente, à sociedade como um todo (bem-estar geral).

Contudo, as sempre valiosas palavras do professor Caio Mário da Silva Pereira fazem por exigir certa ponderação:

*“A propriedade continua um direito, é individual e de natureza privada. A legislação que impõe limitações ao seu exercício, condicionando-a ao bem estar da coletividade, não lhe retira a característica de direito privado, (...). O que se pode apontar como requisito da conceituação privatística da propriedade é o reconhecimento da liberdade individual em três momentos: a aquisição, o uso e a disposição. (...) Embora pareça contraditório, o*

*direito de propriedade quer em si próprio chamar de absoluto e ilimitado, não obstante as restrições impostas pelo interesse social*".<sup>36</sup>

Sem destruir a noção de direito subjetivo, e sem atentar contra a garantia assegurada ao *dominus*, opera-se a **coletivização do exercício do direito de propriedade**, sub-rogando-se a coisa no seu valor, com que se compensa o proprietário que acaso venha a ser despojado.

Apesar de as leis previstas no artigo 182, § 4.º e artigo 184 não terem sido, ainda, editadas, expressiva parcela da doutrina<sup>37</sup> tem se inclinado pela concepção da eficácia vinculante às normas constitucionais ditas programáticas, de tal sorte que o descumprimento da função social da propriedade gera para o titular da propriedade conseqüências jurídicas concretas.

Dentre algumas das conseqüências discriminadas pelo texto constitucional no que tange à não efetivação da função social da propriedade, destaca-se o disposto no artigo 182, § 4.º e 184, *caput*, §§§ 1.º, 2.º e 3.º, respectivamente<sup>38</sup>:

*"Art. 182. (...)*

*§ 4.º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:*

*I – parcelamento ou edificação compulsórios;*

*II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;*

*III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais". (grifamos)*

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

<sup>36</sup> Ob. cit., p. 40-41.

<sup>37</sup> Segundo o professor Carlos Araújo Leonetti, enquadram-se nessa corrente, além da sua pessoa, os ilustres: Paulo Bonavides, ob. cit., p. 210; Eros Roberto Grau, *A Constituição brasileira e as normas programáticas*, p. 41; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 35.

<sup>38</sup> Vide, ainda, os arts. 153, § 4.º e 156, § 1.º da Constituição Federal de 1988.

§ 1.º *As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.*

§ 2.º *O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.*

§ 3.º *Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação”. (grifamos)*

Seguindo esse entendimento, conclui-se que o “*acervo de medidas ao alcance do Estado, voltadas ao descumprimento da função social<sup>39</sup> da propriedade, só pode ter por objeto terras particulares, sejam urbanas ou rurais*”.<sup>40</sup>

Pode-se ir ainda além. Em verdade, todas as garantias e privilégios que o direito pátrio dispensa à propriedade, em sentido amplo, estão restritos, desde a promulgação da atual Constituição, à propriedade cumpridora de sua função social. A efetivação de tal função necessita ser observada em cada situação concreta, com o máximo de cautela e análise das circunstâncias que permeiam a aparente não utilização da propriedade, sem as quais possibilitar-se-ia a instauração, indesejada, da supressão do próprio instituto da propriedade privada.

### 1.5 Espécies de limitações à propriedade abarcadas pela ordem jurídica

O direito de propriedade é passível de limitações decorrentes da lei, dos princípios gerais de direito e da própria vontade do proprietário.

Tais limitações, por sua vez, podem representar diferentes níveis de sacrifício a cada respectivo proprietário, já que podem compreender “*toda a extensão do seu domínio, em algumas de suas faculdades, contra sua vontade ou voluntariamente, no interesse da coletividade, no próprio, ou no de terceiro*”.<sup>41</sup>

Dentre as diversas formas de limitações legais do direito de propriedade, destacam-se, inclusive pela sua predominância, as que se inspiram no interesse público. Assim, no direito moderno, o primado do interesse público recebeu maior ênfase, influenciando no

<sup>39</sup> De modo contrário, o Decreto-lei n.º 3.365/41, que trata da desapropriação por **utilidade pública**, permite, em seu artigo 2.º, § 2, que “*os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, o ato deverá preceder autorização legislativa*”.

<sup>40</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Comentários...*, supracitado, p. 126.

<sup>41</sup> Orlando Gomes, *Direito Reais*, p. 119.

próprio conceito de propriedade, acarretando, concomitantemente, o alargamento da definição de bem-estar social.

Utilizando medidas restritivas ao direito de propriedade, o Estado tende a diminuir sensivelmente o âmbito de suas próprias virtualidades de caráter burguês.

Alguns princípios gerais de direito, como os da igualdade das propriedades e da repressão ao abuso de direito, são aplicados com tal amplitude que o direito do proprietário neles encontra limitação cada vez mais vigorosa.

No dizer do mestre Orlando Gomes, as limitações e restrições ao direito de propriedade implicam “*no seu conteúdo e no seu exercício, que está abalada sua própria condição tradicional de Direito Privado*”.<sup>42</sup> Finaliza, o doutrinador, que a desnaturação de tal direito traz consigo o seu enfraquecimento interno em razão da política de intervenção do Estado, que se consolida e se expande incessantemente, ponderando, entretanto, ao afirmar que não há de se concluir que o proprietário particular seja apenas mero titular de um domínio útil e o Estado moderno senhor de todos os bens.

### 1.5.1 Classificação das diversas espécies de limitações ao direito de propriedade

São diversos os critérios sugeridos pela doutrina para classificar as limitações ao direito de propriedade, dentre eles os princípios a elas relacionados, levando em conta as suas fontes, extensões e fundamentos.

Considerando especificamente as *fontes*, estas podem ser delimitadas como: legais (contidas em leis, ou regulamentos administrativos), jurídicas (que decorrem da aplicação de certos princípios gerais do direito) e voluntárias (que o proprietário estabelece, sem se demitir do seu direito, ou ao transmiti-lo a outrem).

Já do ponto de vista da *extensão*, as limitações podem atingir o direito em si ou alguma de suas faculdades, podendo variar de medidas que atingem apenas o exercício do direito, restringindo a faculdade de uso, ou poder de disposição, até a desapropriação (medida extrema), mediante indenização.

Por sua vez, no tocante ao *fundamento*, podem-se agrupar as limitações conforme sua inspiração: se tem sua origem no interesse público, pressupõe a idéia de subordinação do direito de propriedade privada aos interesses da coletividade; se parte da

---

<sup>42</sup> Ob. e loc. cit.

premissa da coordenação dos direitos privados, inspira-se no princípio da relatividade dos direitos e no propósito de sua coexistência harmônica.

Há de se considerar, ainda, aquelas *“limitações que se fundam no próprio interesse do dono da coisa, ou de terceiro a quem queira beneficiar, as quais, intuitivamente, hão de provir da vontade do proprietário”*.<sup>43</sup>

Quanto às fontes, cabe acrescentar:

#### 1.5.1.1 Limitações legais:

Dentre as diversas formas de limitações existentes, as denominadas legais são aquelas que se apresentam através de ato irresistível de afirmação da supremacia do interesse coletivo, fundamentadas: ou no *interesse público, social* ou *coletivo*; ou no *interesse de outros proprietários* considerados em função da necessidade social de coexistência pacífica.

Como bem se percebe, as primeiras pertencem ao campo do direito administrativo, podendo atingir o direito de propriedade em toda a sua extensão ou em algumas de suas faculdades. São comumente encontradas expressas em leis especiais, regulamentos administrativos ou até no próprio Código Civil, caracterizando-se pela unilateralidade, não estabelecendo qualquer vínculo de reciprocidade. A “limitação administrativa”, *lato sensu*, mais enérgica ao direito de propriedade é a desapropriação.

Pondera Orlando Gomes:

*“A desapropriação por utilidade pública não é matéria de direito civil, senão de Direito Administrativo. Contudo, interessa também ao civilista, não só porque é um dos modos de perda da propriedade privada, mas também porque o direito do Estado de desapropriar é uma limitação à propriedade. A rigor, a desapropriação não se inclui entre as restrições do domínio. Não pode ser limitação de caráter geral e permanente; e não implica extinção parcial dos direitos do proprietário. Não obstante, como o direito de desapropriação pode ser exercido contra qualquer proprietário, tem-se entendido que constitui, potencialmente, a mais radical restrição que todo proprietário pode vir a suportar no seu direito, pois que dele pode ser*

<sup>43</sup> Orlando Gomes, ob. cit., p. 122.

*totalmente privado contra a vontade*".<sup>44</sup>

As limitações de direito administrativo inspiram-se em variada gama de interesses públicos, podendo-se citar, dentre outros: a segurança pública; a saúde pública; a prosperidade pública; a economia popular; a cultura; a higiene; o funcionamento dos serviços públicos; o urbanismo; a defesa nacional; etc.

Quanto às segundas, embasadas no interesse de outros titulares de direito de propriedade, tratam-se daquelas previstas no campo do direito civil. A razão de sua existência está na finalidade social de harmonia que a ordem jurídica procura assegurar, coordenando os direitos privados para que possam coexistir pacificamente. Afetando parcialmente o exercício do direito de propriedade, pressupõem bilateralidade, já que o vínculo delas gerado emana da reciprocidade presente entre as partes envolvidas, impondo-se, igualmente, a todos os vizinhos.

#### 1.5.1.2 Limitações jurídicas

Há certos princípios jurídicos de incidência no campo dos direitos subjetivos que se apresentam particularizados quando adentram a esfera do direito de propriedade. Dentre eles, destaca-se o princípio da normalidade do exercício dos direitos, segundo o qual o uso não pode se desvirtuar a ponto de expressar verdadeiro abuso de direito, perfeitamente perceptível quando o titular o exerce sem legítimo interesse ou de modo contrário à sua destinação social.

A aplicação do princípio da normalidade ao direito de propriedade importa limitação de caráter geral, sendo neste domínio que a teoria do abuso de direito encontra maior possibilidade de desenvolvimento, pois a prática tem demonstrado que a propriedade é o direito subjetivo mais exposto a exercício anormal.

Neste sentido, os Tribunais pátrios não têm vacilado, conforme bem demonstra a ementa abaixo transcrita:

*“Só não pratica ato ilícito o proprietário que exerce o seu direito de maneira regular ou normal. Constitui ilícito, por ser abusivo, o exercício irregular de um direito reconhecido. A doutrina é unânime em reconhecer como abusivo o comportamento do titular de um direito que o exerce apenas para causar dano a outrem. Se o que*

---

<sup>44</sup> Ob. cit., p. 124-125.

*move o proprietário é mero espírito de emulação, se atua apenas com o propósito de prejudicar o seu vizinho, seu ato é abusivo, entra na órbita da ilicitude, sujeitando seu autor às conseqüências daí defluentes". (TA-RS, Ap. n.º 192.128.924, Rel. Des. Juiz Assis Remonti, ac. 01.12.93. In: RJTA-RS, 86/244)*

### 1.5.1.3 Limitações voluntárias

Como dito anteriormente, a limitação ao direito de propriedade pode resultar da vontade do proprietário. Tal situação ocorre quando se constitui sobre a coisa outro direito real, privando-se algumas de suas faculdades.

No tocante à faculdade de dispor da coisa, ou transmiti-la, o proprietário pode determinar, mediante ato unilateral ou contrato, que: o bem por ele transmitido a outrem obrigue este a satisfazer determinados encargos; durante determinado prazo, não seja possível sua transmissão a outra pessoa; deva permanecer inalienável por certo tempo; ou que seja conservado para transmissão a outra pessoa, observada certa condição ou verificado o termo a que esteja subordinado.

Dentre as principais formas de limitação voluntária, podem-se mencionar: o testamento, a doação, o contrato de compra e venda, a constituição de renda, etc.

Por outro lado, considerando-se o sistema econômico vigente no Brasil, e estando este intimamente relacionado com a manutenção do *status quo*, seus princípios basilares, como o da livre circulação de bens, estão contidos no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a possibilidade de aliená-los não deve ser obstada, em tese, pela lei e, muito menos, pela vontade individual. Contudo, são admitidas exceções à regra da liberdade de alienação.

Uma das exceções acolhidas pelo sistema legal é a *cláusula de inalienabilidade*, mediante a qual se efetua limitação voluntária da propriedade. Esta apresenta duas condições para sua constituição: que seja estipulada no título que serve de causa à transmissão do bem; que essa transmissão seja a título gratuito.

Observe-se que ninguém pode tornar inalienável um bem sobre o qual está exercendo o domínio, já que se poderia escamotear a fraude a credores, por hipótese.

A *contrario sensu*, quando o proprietário aliena seu bem, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, tem a faculdade de determinar que o adquirente não o aliene, durante certo tempo. Então, diferentemente do caso descrito no parágrafo anterior, a pessoa beneficiária já recebe o bem com essa limitação à sua propriedade.

Esclarece Orlando Gomes que a limitação somente pode ser imposta nas transmissões a título gratuito: *“Quem adquire uma coisa a título oneroso não pode sujeitar-se a uma restrição dessa ordem. Por isso, a cláusula de inalienabilidade é estipulada unicamente nos testamentos e doações”*.<sup>45</sup>

Uma vez imposta a inalienabilidade, o dono da coisa fica impossibilitado de aliená-la enquanto perdurarem os efeitos da cláusula. Não é permitida perpetuidade, ainda que seja de caráter temporário (sujeita a termo ou condição que devem advir durante a vida do proprietário) ou vitalício (cessa com sua morte).

Finalmente, cabe relatar que a proibição de alienar não é absoluta. Determinadas ocorrências ou circunstâncias podem aconselhar a alienação da coisa, não sendo, entretanto, o proprietário quem decidirá sobre a sua necessidade ou conveniência. Tal autorização deverá ser concedida, se assim for possível, em Juízo.

#### **1.5.1.4 Limitações de direito positivo**

Há preceitos institucionais de limitação do direito de propriedade que estão regulamentados em lei ordinária.

Dentre as várias leis existentes, pode-se citar: a que regula a desapropriação (Decreto n.º 3.365, de 21.06.1941, com as alterações feitas pela Lei n.º 2.786, de 21.05.1956); a que estabelece o interesse da defesa nacional (Decreto-lei n.º 4.812, de 08.10.1942, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 5.541, de 30.04.1943); a que dispõe sobre as restrições ao aforamento de terrenos e construções de edifícios em zonas fortificadas (Decreto-lei n.º 3.347, de 17.04.1941); no interesse do urbanismo (Decreto-lei n.º 8.939, de 26.01.1946); no interesse cultural (Decreto-lei n.º 25, de 30.11.1937); no interesse do funcionamento do serviço de transporte aéreo (Decreto-lei n.º 7.917, de 30.08.1945); no interesse da saúde pública e da higiene (legislação federal, estadual, municipal); etc.

As limitações acima citadas são ditadas com fundamento no interesse público. Porém, além dessas limitações, como visto, há outras que decorrem do princípio geral de que a propriedade deve ser exercida regularmente (não com abuso de direito) e do princípio legal que confere a possibilidade, em certos casos, do proprietário em limitá-la.

---

<sup>45</sup> Ob. cit., p. 130.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA DESAPROPRIAÇÃO

### 2.1 Origem histórica

Na antigüidade, não havia qualquer forma de legislação protetora do direito de propriedade contra a ação confiscatória do Estado, situação que ensejava ao detentor do poder soberano, apropriações sem qualquer espécie de indenização.

Num ambiente em que prevalecia a insubmissão do monarca às leis, seus caprichos e vontades “transformavam-se em direito”.

Tal realidade começa a ser modificada explicitamente com a implantação, ainda que gradativa, do Estado de Direito, no qual o despotismo e os abusos passaram a ser inibidos através da contraposição de outros direitos, agora verdadeiramente reconhecidos.

Ildefonso Mascarenhas da Silva faz a seguinte ressalva: “*aceitamos o entendimento dos que acham que a desapropriação só foi caracterizada, com os elementos que hoje exigimos, na Revolução Francesa*”.<sup>46</sup>

Complementando a idéia acima, o professor de direito administrativo da Universidade Federal do Paraná Manoel de Oliveira Franco Sobrinho acrescenta que: “*na comparatividade de espaço-tempo, dois documentos históricos deram conteúdo definitivo ao poder de expropriar: a Declaração do Direito do Homem e do Cidadão e o Código de Napoleão. De lá para cá, as legislações se fizeram mias (sic) cuidadosas, em atenção do direito do administrado. Anteciparam ambos esses documentos uma posição irreversível*”.<sup>47</sup>

Evidentemente, todo esse processo, que continua até os dias de hoje, não se concretizou de modo abrupto e instantâneo. Muito pelo contrário, ele foi e continua sendo fruto de intensos conflitos sociais, políticos e econômicos, que, pouco-a-pouco, formalizaram a atual concepção do direito de propriedade.

Foram necessárias profundas transformações advindas do Estado de Direito que, sem negar ao Poder Público a utilização de certa supremacia indispensável ao atingimento do bem coletivo, foi moldando-o rigorosamente à ordem legal, tornando-o legítima manifestação do interesse público, estritamente regulado pela lei.

Em função desse contínuo movimento histórico-cultural, que contemplou a atualidade com as mais diversas figuras jurídicas, no campo do direito de propriedade, surge a

<sup>46</sup> *Desapropriação por utilidade social*, p. 4

<sup>47</sup> *A desapropriação no direito comparado*, p. 8.

desapropriação, hoje percebida como um instrumento que historicamente consolidou o direito de propriedade, diante dos atentados antes cometidos pelo Estado.

Pode-se proclamar, então, que ao confisco sucedeu a desapropriação, instituto que prevê justa, plena e prévia indenização em dinheiro (geralmente), cabível somente em situações legalmente autorizadas (princípio da legalidade administrativa).

## 2.2 Evolução da desapropriação no direito brasileiro

A Constituição Imperial (1824), como já se destacou, garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude, ressalvada a hipótese do bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, quando então haveria prévia indenização.

Entretanto, a Constituição de 1824 deixou à lei ordinária a definição dos casos de desapropriação, o que foi feito pela Lei n.º 422, de 1826. Referida lei especificou as situações de necessidade e utilidade pública, *“mantidas em todas as Constituições posteriores e definidas pelo artigo 590 do Código Civil”*.<sup>48</sup>

A seu turno, a Constituição de 1934 garantiu o direito de propriedade, conquanto não exercido contra o interesse social ou coletivo. Observam-se duas particularidades ínsitas nessa Carta: a exclusão da expressão “em toda a sua plenitude” contida nos textos das suas duas antecessoras e a exigência expressa de **indenização justa** (artigo 113, item 17).

Contudo, com a Constituição de 1937, em seu artigo 122, item 14, a expressão “justa” restou excluída.

Em 21.06.1941, com a edição do Decreto-lei n.º 3.365, ocorreu a unificação das expressões “utilidade pública” e “necessidade pública”, referidas no artigo 590 do Código Civil e na própria Constituição, em *“utilidade pública”*.<sup>49</sup>

Com a Constituição Federal de 1946, no que pertine à indenização proveniente de desapropriação, esta passou a ser exigida, simultaneamente, de modo prévio, justo e em dinheiro. Com respaldo no contexto político vivido à época, seu artigo 147 previa a justa distribuição da propriedade em consonância com a idéia de supremacia do interesse social.

<sup>48</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 133.

<sup>49</sup> Mais adiante, com o evoluir da exposição, serão devidamente abordadas as expressões: “utilidade pública”, “necessidade pública” e “interesse social” (vide item 2.4).

Com a Constituição de 1946 formalizou-se a denominada *desapropriação por interesse social*<sup>50</sup> sob a inspiração do princípio da função social da propriedade, ainda que em seu texto não se encontrasse tal nomenclatura.

Como bem assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*pela Emenda Constitucional n.º 10, de 9-11-64, foi instituída outra modalidade de desapropriação por interesse social, que visava especificamente a reforma agrária, permitindo-se que a indenização fosse feita em títulos da dívida pública quando se tratasse de latifúndio como tal definidos em lei, excetuadas as benfeitorias úteis e necessárias, que seriam pagas em dinheiro*”.<sup>51</sup>

Por sua vez, o Ato Institucional n.º 9, de 25.04.69, veio dispensar o pagamento da indenização. Nessa mesma data, o Decreto-lei n.º 554 passou a disciplinar a desapropriação para reforma agrária.

A Constituição Federal de 1969 manteve as mesmas hipóteses de desapropriação, às quais a atual Constituição de 1988 acrescentou nova modalidade (artigo 182, parágrafo 4.º, inciso III) em que o pagamento da indenização também pode ser feito em títulos da dívida pública.

Registre-se que, além da hipótese acima, que retrata uma especial forma de desapropriação por interesse social, há no texto da Lei Maior a previsão de desapropriação sem indenização<sup>52</sup>, o que, segundo alguns autores, corresponde a verdadeiro confisco<sup>53</sup>, incidente sobre áreas onde se cultivem plantas psicotrópicas legalmente proibidas (artigo 243, *caput.*), sem prejuízo das outras sanções previstas em lei.

### 2.3 Conceito

Ainda que sejam inúmeras as definições encontradas na doutrina, pode-se conceituar, *lato sensu* e sem maiores controvérsias, que a desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, de forma unilateral e compulsória, priva alguém de uma propriedade e a adquire para si, através de indenização prévia, justa e em dinheiro. Far-se-ão, mais adiante, as devidas referências às peculiaridades

<sup>50</sup> Os casos de desapropriação por interesse social foram previstos na Lei n.º 4.132, de 10.09.1962.

<sup>51</sup> Ob. e loc. cit.

<sup>52</sup> Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 152.

<sup>53</sup> Nesse sentido: José Carlos de Moraes Salles, ob. cit., p. 82.

que permeiam as várias espécies de desapropriação acolhidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Perante determinadas situações, pode (e deve) o Poder Público, valendo-se de suas prerrogativas, que são cogentes à esfera privada, desapropriar ou expropriar, através de procedimento regulado por lei, os titulares de suas propriedades.

Dentre as diversas características que mais se destacam na desapropriação, nota-se que a mesma é forma originária de aquisição da propriedade. Por via de consequência, não há de se falar de suscetibilidade a qualquer ordem, havendo, ainda, total liberação de quaisquer ônus que sobre ela incidam.

Torna-se oportuno registrar que a desapropriação é um instituto de direito público, estando, pois, adstrita a essa ordem positiva e principiológica. Sendo assim, objetivando cumprir um fim de utilidade pública, em sentido amplo, o Estado está autorizado a adquirir irresistivelmente um bem de seu titular, seguindo, necessariamente, determinado procedimento legal, e mediante o pagamento de indenização prévia, integralmente justa e única.

Pode-se apontar duas decorrências imediatas do procedimento suso referenciado: o “nascimento” do direito de indenização a favor do expropriado e a transferência do direito de propriedade do expropriado ao expropriante.

Poder-se-ia, ainda, expor tal conjectura de modo planificado nos seguintes termos: a legitimação da desapropriação está na finalidade pública ou no interesse social, agregado ao prévio ressarcimento patrimonial do desapropriado.

Alerta José Cretella Júnior que *“a desapropriação constitui a mais profunda penetração do poder de polícia, no campo do direito privado. É o instrumento jurídico mediante o qual o Estado se apodera do bem privado”*.<sup>54</sup>

## 2.4 Pressupostos

Os pressupostos da desapropriação estão expressamente indicados na Constituição, sendo eles: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social<sup>55</sup>.

De acordo com o insigne M. Seabra Fagundes, seria, a rigor, desnecessário desdobrar em três as causas justificativas do direito de expropriar. Segue o administrativista

<sup>54</sup> *Manual de direito administrativo*, p. 274.

<sup>55</sup> Vide arts. 5.º, inciso XXIV, e 184 da Constituição Federal de 1988.

afirmando: “o conceito de utilidade pública é em si tão amplo, que a menção apenas dessa causa bastaria a autorizar a incorporação ao patrimônio estatal da propriedade privada, tanto quando fôsse (sic) útil fazê-lo, como quando tal se afigurasse necessário ou de interesse social”.<sup>56</sup>

Completa seu raciocínio o autor acima citado alertando que a utilidade não implica, obrigatoriamente, na necessidade ou interesse social, em sentido estrito. Porém, o procedimento que for de necessidade pública ou de interesse social será, forçosamente, de utilidade pública.

A distinção entre utilidade e necessidade pública, que anteriormente se fazia entre esses dois conceitos, não apresenta atualmente relevância jurídica. Isso porque o Decreto-lei n.º 3.365/41 não se refere às hipóteses de necessidade pública previstas no Código Civil (art. 590, § 1.º), definindo no seu art. 5.º tanto as hipóteses de utilidade pública, quanto as de necessidade pública previstas na legislação civil mencionada, sob a denominação única de utilidade pública.

Enfatiza José Cretella Júnior que o rol dos casos de necessidade e utilidade pública previsto no art. 5.º acima referenciado “é taxativo”<sup>57</sup>, como têm assentido a maior parte da doutrina. Não pode, assim, a lei estadual ou municipal ampliá-lo, nem a autoridade expropriante promover a desapropriação para fins diversos aos estabelecidos no Decreto-lei 3.365/41, sob pena de nulidade da expropriação.

Contudo, cabe destacar as diferenciações doutrinariamente apontadas entre as três figuras jurídicas.

A **necessidade pública** é caracterizada quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser transferido, nem procrastinado, e que demanda como solução indispensável a incorporação do bem particular ao domínio do Estado.

Há desapropriação por **utilidade pública**<sup>58</sup> quando a aquisição de certo bem é conveniente ao interesse coletivo, ou seja, quando a utilização da propriedade privada é oportuna e vantajosa ao interesse coletivo, “mas não constitui um imperativo irremovível”.<sup>59</sup>

Quanto ao **interesse social**, este tem por fito solucionar problemas de cunho social. Através de desapropriação apoiada no interesse social, o Estado pretende dar à

<sup>56</sup> *Da desapropriação no direito constitucional brasileiro*, p. 2.

<sup>57</sup> José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 357.

<sup>58</sup> As hipóteses de utilidade pública estão consignadas no artigo 5.º do Decreto-lei n.º 3.365/41 e seu fundamento está assentado no artigo 5.º, inciso XXIV da Constituição Federal de 1988.

<sup>59</sup> Miguel Seabra Fagundes, *ob. cit.*, p. 3.

propriedade privada, seja urbana ou rural, um melhor aproveitamento, atenuando, finalisticamente, as desigualdades presentes na sociedade.

Com base no interesse social, as expropriações buscam atender o plano de habitações populares ou de distribuição de terras, à monopolização de indústrias ou nacionalização de empresas quando relacionadas com a política econômico-trabalhista do governo, etc.

No concernente, ainda, a este último pressuposto desapropriatório, faz-se oportuno o relato das três hipóteses previstas na atual Constituição: a do artigo 5.º, inciso XXIV, regulado pela Lei n.º 4.132, em que a competência é do Poder Público (artigo 5.º da Lei); a que tem fundamento no artigo 182, dependente de regulamentação por lei ordinária, é de competência exclusiva do Município; e a que tem fundamento no artigo 184, referente à desapropriação para a reforma agrária, regulada pelo Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504 de 30.11.1964) e pelo Decreto-lei n.º 554, de 25.04.69, que é de competência exclusiva da União.

A definição de quais sejam os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social não fica a critério da Administração Pública, já que, como bem se percebe, as hipóteses vêm taxativamente expressadas em Lei<sup>60</sup>. Sendo assim, faz-se indispensável indicar no ato expropriatório o dispositivo legal em que se enquadra a situação observada no caso concreto, não bastando a mera menção genérica de um dos três fundamentos.

Tal exigência é totalmente procedente e do interesse do expropriado. De acordo com a hipótese enquadrada no ato expropriatório, serão diversas as circunstâncias a serem verificadas, dentre elas, as referentes à competência, à caducidade, aos beneficiários e à indenização.

## 2.5 Objeto

Em seu artigo 2.º, o Decreto-lei 3.365/41 expõe claramente que todos os bens estão sujeitos à desapropriação, sejam eles: coisas móveis, imóveis ou semoventes; corpóreos ou incorpóreos; públicos ou privados; desde que tenham conteúdo patrimonial. O próprio espaço aéreo e o subsolo também podem ser expropriados quando sua utilização acarretar prejuízo patrimonial ao proprietário do solo.

---

<sup>60</sup> O artigo 5.º, do Decreto-lei 3.365/41, em sua letra “p”, menciona: “*os demais casos previstos por lei especiais*”. De tal sorte, resta afastada a tese de que o poder Executivo poderia criar outras circunstâncias que a seu ver se inseririam no conceito doutrinário de utilidade pública. Repita-se, as hipóteses de desapropriação são apenas as previstas expressamente em lei.

Da mesma forma, também os direitos são objeto de desapropriação, desde que tenham, como supra afirmado, valor econômico. Como exemplo pode-se citar os direitos autorais.

Quanto aos bens públicos, o § 2.º do mencionado Decreto-lei estabelece dois requisitos: que os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios possam ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, não sendo possível à entidade política menor ou local expropriar bens da entidade política maior ou central; em qualquer das hipóteses em que a desapropriação seja possível, deverá ela ser precedida de autorização legislativa da pessoa jurídica expropriante.

A seu termo, o § 3.º acrescentado ao artigo 2.º do Decreto-lei n.º 3.365/41 pelo Decreto-lei 856, de 11.08.1969, proíbe a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa da autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

Elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro que *“aos bens pertencentes às entidades da administração indireta, aplica-se, por analogia, o artigo 2.º do Decreto-lei n.º 3.365, sempre que se trate de bem afetado a uma finalidade pública. Tais bens, enquanto mantiverem essa afetação, são indisponíveis e não podem ser desafetados por entidade política menor”*.<sup>61</sup>

O entendimento exposto corrobora a orientação adotada na Súmula n.º 157 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: *“é necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica”*.

Há, contudo, determinados tipos de bens que são inexpropriáveis, como os direitos personalíssimos, dentre eles o direito à liberdade, à honra, à cidadania, à vida, à imagem, aos alimentos, etc. Mencionados direitos não podem ser expropriados porque não possuem conteúdo patrimonial.

Quanto à desapropriação para reforma agrária, seu objeto é o imóvel rural que não atende à sua função social, conforme o artigo 186 da Constituição, anteriormente transcrito. Porém, o artigo 185 proíbe que essa modalidade de desapropriação incida sobre a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra, e a propriedade produtiva<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 142.

<sup>62</sup> Vide Lei n.º 8.629, de 25.02.1993.

A desapropriação prevista no artigo 182, § 4.º da Constituição Federal tem incidência tão somente sobre solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, e desde que seu proprietário não cumpra as exigências do Poder Público, referenciadas no mesmo dispositivo.

## 2.6 Sujeitos ativo e passivo

De forma sucinta, pode-se afirmar que o sujeito ativo na desapropriação é a pessoa à qual é deferido o direito subjetivo de expropriar, conforme os termos da Constituição e a legislação ordinária.

O Decreto-lei n.º 3.365/41 estabelece em seu artigo 2.º que podem ser sujeitos ativos da desapropriação por utilidade pública: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios.

A legislação ordinária tratou de atribuir poder de expropriar ao Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, através do artigo 14 do Decreto-lei 512, de 21.03.69. Contudo a desapropriação efetuada por esse Departamento deverá se limitar à desapropriação por utilidade pública para fins rodoviários. A declaração é da competência do Diretor Geral da entidade e o procedimento o mesmo previsto no Decreto-lei n.º 3.365/41<sup>63</sup>.

Válido ressaltar, ainda, que a Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 (DOU 17.07.97), aos dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de órgão regulador (ANATEL) e outros aspectos institucionais, estabelece em seu artigo 19:

*“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:*

*(...)*

*XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;” (grifamos)*

<sup>63</sup> Vide artigo 15 do Decreto-lei n.º 512 e Súmula n.º 109 do antigo Tribunal Federal de Recursos.

É fundamental se fazer a seguinte distinção: as entidades indicadas no artigo 3.º do Decreto-lei 3.365/41 não se confundem com os sujeitos ativos da desapropriação. O sujeito ativo é aquela pessoa jurídica que pode submeter o bem à força expropriatória, o que se faz pela declaração de utilidade pública ou interesse social. A seu turno, as “*entidades indicadas no artigo 3.º somente podem promover a desapropriação (fase executória), depois de expedido o ato expropriatório; elas são beneficiárias da desapropriação, já que os bens expropriados passarão a integrar o seu patrimônio*”.<sup>64</sup>

No outro polo da relação processual, o sujeito passivo da desapropriação é o expropriado, que tanto pode ser pessoa física como jurídica, pública ou privada. Quanto às pessoas jurídicas públicas, deve se atentar para a norma do artigo 2.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 3.365/41.

## 2.7 Sucinto relato dos tipos de desapropriação

A Constituição Federal de 1988 consagra dois tipos de desapropriação: a clássica e a especial.

A primeira, está prevista no art. 5.º, XXIV e tem por fundamento a utilidade ou necessidade pública ou o interesse social. Exige indenização prévia, justa e em dinheiro. Pode ser promovida pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

A *desapropriação clássica*, também denominada de comum ou ordinária, representa um meio de atuação permanente do Estado, que se utiliza desta para adquirir bens necessários à realização do interesse público.

Observe-se que nessa espécie de desapropriação não se apresenta o caráter sancionador, perceptível, por exemplo, na desapropriação para fins de reforma urbana ou agrária. O bem a ser desapropriado em tal situação, não o será em virtude do seu inadequado uso, ou em decorrência de desconformidade com o interesse público, mas tão somente em função de uma determinada necessidade demandada pela coletividade.

A *desapropriação especial*, também conhecida como extraordinária, utiliza-se da aplicação do princípio da função social da propriedade, que já fora analisado no capítulo anterior. Subdivide-se em desapropriação para fins de *reforma urbana* e *reforma agrária*.

---

<sup>64</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 139.

São do conhecimento geral os crescentes problemas sociais surgidos com o desordenado crescimento das cidades, em especial dos grandes centros urbanos. Desta forma, a problemática urbanística assume uma dimensão fundamental, da necessidade de se incrementar a oferta imobiliária e o bem estar da sociedade.

Nesse intento, o artigo 182 da Constituição Federal, anteriormente referenciado, volta-se à instrumentalização dos Poderes Públicos, colocando à sua disposição meios adequados para compeli-rem a propriedade urbana, em desconformidade com a sua função social e aos anseios sociais.

Dentre os instrumentos pelos quais se efetivam os fins sociais defendidos pela ordem constitucional, pode-se citar a adequação da propriedade ao respectivo plano diretor, em que os Municípios definem os objetivos a serem atingidos, dispondo, dentre tantos aspectos, o zoneamento e o desenvolvimento urbano, em sentido lato.

A novidade de maior repercussão em matéria urbana é a de que trata o § 4.º do artigo 182 da Constituição Federal de 1988<sup>65</sup>. Muito já se debateu sobre a criação de instrumentos que pudessem oferecer ao Poder Público meios para debelar aquelas situações em que o proprietário recalcitrante se mantinha numa postura não condizente com o interesse social.

O que ora se faculta ao Poder Público, como disposição especial e exclusiva ao Município, é a disposição de uma série de medidas de caráter eminentemente coercitivo, que possibilitam a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, conforme disposto no texto constitucional.

A Carta Magna ainda autoriza ao Poder Público, conforme as situações por ela própria estabelecidas: o parcelamento, ou loteamento, bem como a edificação compulsórios das propriedades que não estejam respaldando o regular aproveitamento do imóvel urbano; a imposição de imposto de alíquota progressiva no tempo sobre a propriedade predial e territorial.

A desapropriação para fins de reforma agrária, em síntese, *“só é viável quando recair sobre imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, nos termos do caput do art. 184 da Constituição Federal. No entanto, os arts. 185 e 186 aludem à função social e o fazem de maneira completamente diferente em cada caso”*.<sup>66</sup>

Dentre as exigências que devem ser acentuadas através deste instituto jurídico pode-se arrolar: o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural; a utilização adequada

---

<sup>65</sup> Vide item 1.4.

<sup>66</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, supracitado, p. 218.

dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

## 2.8 Competência

Primeiramente, cabe esclarecer que a competência para legislar sobre desapropriação é atribuída exclusivamente à União.

Estabelece o artigo 22, inciso II, da Constituição Federal:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*(...)*

*II – desapropriação;”*

Contudo, a competência para desapropriar, ou seja, para promover a declaração expropriatória, segue a seguinte disposição:

a) no caso de desapropriação por utilidade ou necessidade pública: à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e aos Territórios;

b) em se tratando de desapropriação por interesse social:

b.1) para fins de reforma agrária: apenas à União;

b.2) para promover a utilização adequada de imóveis urbanos: apenas aos Municípios<sup>67</sup>;

b.3) para os demais casos: à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e aos Territórios<sup>68</sup>.

Ainda, detêm competência para promover a desapropriação, além das pessoas jurídicas acima referidas: as autarquias, fundações governamentais, empresas públicas,

<sup>67</sup> Observar o artigo 182, § 4.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (vide item 1.4).

<sup>68</sup> Analisar o disposto no artigo 5.º, inciso XXIV, da atual Carta Magna (vide item 1.4).

sociedades de economia mista, permissionárias de serviços públicos, os demais estabelecimentos de caráter público em geral ou que exerçam funções delegadas do Poder Público e concessionários de serviços, quando autorizados por lei ou por contrato<sup>69</sup>.

## 2.9 Do procedimento em geral

Como já foi dito, a desapropriação desenvolve-se através de um procedimento. Este, por se tratar de uma sucessão de atos definidos em lei que culminam com a incorporação do bem ao patrimônio público, compreende, basicamente, duas fases: uma declaratória e outra executória. Esta última se subdivide ainda em uma fase administrativa e uma fase judicial.

### 2.9.1 Fase declaratória

No que se refere à fase declaratória, o Poder Público<sup>70</sup> declara a utilidade pública ou o interesse social do bem para fins de desapropriação.

O ato declaratório deve indicar: o sujeito ativo da desapropriação, a descrição do bem, a declaração de utilidade ou interesse social, a destinação específica a ser dada ao bem, o fundamento legal que autoriza a desapropriação e os recursos orçamentários destinados ao atendimento da despesa.

Embora a declaração de utilidade pública ou interesse social não seja suficiente para transferir o bem para o patrimônio público, essa já produz alguns efeitos, dentre eles: a submissão do bem à força expropriatória do Estado; a fixação do estado do bem, ou seja, suas condições, melhoramentos, benfeitorias<sup>71</sup>, que serão levados em consideração no cálculo da indenização; o direito do agente ou representante do Poder Público de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições; o início da contagem do prazo de caducidade da declaração.

A transferência da propriedade para o Poder Público *“se faz no momento em que é paga a indenização. Portanto, a declaração, por si só, não priva o*

<sup>69</sup> Observar o que dispõe o artigo 3.º do Decreto-lei n.º 3.365/41.

<sup>70</sup> A declaração expropriatória pode ser feita pelo Poder Executivo (ou seja, pelo presidente, governadores, prefeitos ou interventores), por meio de decreto, ou pelo Legislativo (a nível federal, estadual ou municipal), por meio de lei (arts. 6.º e 8.º do Decreto-lei n.º 3.365 de 1941).

<sup>71</sup> Dentre as benfeitorias feitas posteriormente à declaração, serão indenizadas somente as necessárias e, desde que autorizadas pelo Poder Público, as benfeitorias úteis (artigo 26, parágrafo 1.º, da lei de desapropriação).

*proprietário de seu direito de uso, gozo e disposição da coisa. Por tal razão, mesmo após a declaração expropriatória, é lícito ao proprietário fazer uso normal do bem, podendo aliená-lo (art. 70 do Dec. Lei n.º 3.365/41) ou nele construir, não lhe podendo ser negado o alvará de construção”.*<sup>72</sup>

Entretanto, em havendo edificação realizada após a declaração, não fica a Administração obrigada a indenizar-lhe o valor ao expropriado<sup>73</sup>.

Quanto ao prazo de caducidade, são cabíveis algumas considerações. O artigo 10 do Decreto-lei n.º 3.365 determina que a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de *cinco anos*, contados da data da expedição do respectivo decreto. Contudo, o prazo em tela não é fatal, uma vez que, na parte final, o mesmo dispositivo determina que: *“decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração”*.

Contudo, no caso de desapropriação por interesse social pela Lei n.º 4.132, o prazo de caducidade se reduz para *dois anos* a partir da decretação da medida. Tal prazo, diferentemente do estipulado no Decreto-lei n.º 3.365, além de ser mais breve, refere-se à efetivação da desapropriação e às *providências de aproveitamento (utilização) do bem expropriado*. Acrescente-se, ainda, que o dispositivo legal não estabelece período de carência para a renovação da declaração.

É bom se evidenciar que, em qualquer dos casos, o que impedirá a caducidade não será o ajuizamento da petição inicial. Mencionados prazos têm por termo inicial a citação efetuada dentro do prazo de 5 anos ou 2 anos, conforme a hipótese.

Ressumbra de tal realidade que a incidência da declaração e seus efeitos são compulsórios ao proprietário, *“sujeitando-o, a partir daí, às operações materiais e aos atos administrativos e judiciais necessários à efetivação da medida”*.<sup>74</sup>

### 2.9.2 Fase executória

A segunda fase pode ser administrativa ou judicial, compreendendo os atos através dos quais o Poder Público promove a desapropriação. Envolve, desta forma, as

<sup>72</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, supracitado, p. 224.

<sup>73</sup> Dispõe a Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal: “Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a declaração for efetivada”.

<sup>74</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 135.

medidas necessárias à efetivação da desapropriação, promovendo a integração do bem ao patrimônio público.

Será administrativa a fase executória quando houver acordo entre expropriante e expropriado acerca da indenização, quando então devem ser observadas as formalidades estabelecidas para a compra e venda. Tratando-se de bem imóvel exigir-se-á, evidentemente, a escritura transcrita no Registro de Imóveis.

Porém, não havendo acordo entre expropriante e expropriado, segue-se a fase judicial, iniciada pelo próprio Poder Público, que deverá obedecer o procedimento prelecionado no Decreto-lei n.º 3.365/41<sup>75</sup>. O mesmo procedimento deve ser aplicado à desapropriação por interesse social, fundada na Lei 4.132, em função do que estabelece seu artigo 5.º. Havendo omissão, o Código de Processo Civil funcionará de modo subsidiário (vide artigo 42 do Decreto-lei 3.365/41).

Já no que se refere à desapropriação para fins de reforma agrária, o procedimento a ser adotado será o definido no Decreto-lei n.º 554, de 25.04.69, sob a ressalva de sua utilização respeitar o preceituado pela atual ordem constitucional.

O caráter da decisão na fase judicial poderá ser meramente homologatório. Isso ocorrerá no caso em que as partes acertarem o preço da indenização, quando, então, o acordo valerá como título para transcrição no Registro de Imóveis.

Por outro lado, não acordando as partes o valor da indenização, a fase executória segue contenciosamente, no decorrer da qual a indenização será fixada pelo magistrado, após o arbitramento.

De acordo com o que está assentado no artigo 20 do Decreto-lei 3.365/41, na tramitação do processo judicial as únicas questões que poderão ser discutidas estarão relacionadas: ou com o *quantum* indenizatório, ou com algum vício processual. Observe-se que “*qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta*”.<sup>76</sup> Mencionado preceito legal é aplicado, igualmente, à desapropriação por interesse social prevista na Lei 4.132<sup>77</sup>.

Tendo em vista o disposto nos artigos 9.º e 20 da lei de Desapropriação, acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

<sup>75</sup> A matéria encontra-se regulada pelos artigos 11 a 30 do Decreto-lei n.º 3.365/41.

<sup>76</sup> Artigo 20, *in fine*, do Decreto-lei 3.365/41. Esse dispositivo completa-se com a norma do artigo 9.º do mesmo Decreto-lei, que veda ao Poder Judiciário, no processo de desapropriação, decidir se se verificam, ou não, os casos de utilidade pública.

<sup>77</sup> Vide artigo 5.º da Lei 4.132 e artigo 12 do Decreto-lei n.º 554.

*“Se houver alguma ilegalidade no ato declaratório de utilidade pública ou interesse social, quanto à competência, à finalidade, à forma ou mesmo quanto aos fundamentos, o expropriado terá que propor ‘ação direta’, que poderá ser tanto uma ação ordinária declaratória da nulidade, como mandado de segurança, se houver lesão a direito individual líquido e certo, como até mesmo ação popular, se se verificarem os pressupostos previstos no art. 5.º, inciso LXXIII, da Constituição”.*<sup>78</sup>

O proprietário poderá requerer, ainda, indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal cabível. Para tanto, bastará, após a declaração de utilidade pública, haver excessos ao poder conferido ao expropriante, que, através de seus agentes, pode incidir em abuso de poder.

Registre-se, contudo, que a indenização, em se tratando de desapropriação de imóvel, deve ser prévia, conforme exige o mandamento constitucional. Assim, a desapropriação somente se completa depois de efetuado o pagamento ou a consignação.

## **2.10 Imissão provisória na posse**

Instaurado o processo expropriatório e declarada a utilidade pública do bem, pode o Poder Público, dentro do prazo de validade da declaração, alegar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, quantia definida segundo os critérios estabelecidos pelo Decreto-lei n.º 3.365/41. Em tal caso, ficando caracterizada a incompatibilidade da medida de urgência a ser tomada com o tempo despendido com o procedimento legal da desapropriação, o juiz fica obrigado a conceder ao expropriante a posse provisória do bem.

Importante evidenciar que dentre os requisitos apontados pelo artigo 15 do Decreto-lei n.º 3.365/41, arrolam-se a alegação de urgência e o depósito, pelo expropriante, de quantia fixada em conformidade com a lei.

Nesse ponto, demonstrando objetivamente o expropriado que a alegação de urgência é inverídica, o magistrado deverá negar a imissão provisória na posse, uma vez que a urgência é claramente um de seus requisitos legais.

A nova sistemática constitucional tratou de esclarecer que a avaliação do imóvel não pode mais ser apenas aproximada, o que feriria os preceitos da indenização justa e prévia. Assim, expedientes como os que até então eram usados, *“de considerar a indenização*

---

<sup>78</sup> Ob. cit., p. 138.

*igual ao valor venal do imposto Predial do ano anterior, fere frontalmente o conceito de indenização justa. Deixava de respeitar o valor integral, atual e objetivo, conceitos defendidos pela Constituição Federal de 1988”.*<sup>79</sup>

Portanto, o valor da indenização deverá ser determinado pelo magistrado<sup>80</sup> através dos meios probatórios que perceber necessários, fundamentalmente a perícia, a fim de obter o justo preço.

Alegada a urgência, o Poder Público tem o prazo de cento e vinte dias para requerer a imissão provisória na posse. Este prazo é improrrogável e a declaração de urgência não pode ser renovada<sup>81</sup>.

O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, arbitramento ou fixado pela sentença, poderá levantar 80% da quantia depositada (artigo 33 do Decreto-lei n.º 3.365/41), desde que apresente prova da propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem desapropriado, assim como publicações de editais, com prazo de dez dias para conhecimento de terceiros.

Fundamental advertir que a imissão provisória na posse não se confunde com o direito que o expropriante tem de entrar nos imóveis declarados de utilidade pública a fim de proceder a certas verificações<sup>82</sup>. Isso porque somente na imissão provisória na posse há, efetivamente, a transferência da posse do bem objeto da desapropriação ao expropriante, ainda que em caráter provisório, o que não ocorre com o direito de simples penetração no imóvel, limitado a medições e verificações do mesmo.

Diz-se que a imissão é provisória na posse em razão, precipuamente, de que a posse em questão não se trata da posse que acompanha a propriedade, pois para adquirir esta última o Poder Público deverá pagar a justa indenização fixada pelo juiz, após o arbitramento no qual se apurará o real valor do bem expropriado.

A imissão provisória na posse obedecerá o rito estabelecido pelo Decreto-lei n.º 1.075, de 22.01.1970, quando a propriedade se tratar de prédios residenciais urbanos, habitados pelo proprietário ou por compromissário comprador com título registrado.

---

<sup>79</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, supracitado, p. 228.

<sup>80</sup> Nesse sentido: Recurso Especial n.º 120.576-SP – Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Humberto Gomes – DJ 17.08.98.

<sup>81</sup> Vide artigo 15, §§ 2.º e 3.º do Decreto-lei n.º 3.365/41.

<sup>82</sup> Vide artigo 7.º do Decreto-lei n.º 3.365/41.

## 2.11 Retrocessão

O direito do expropriado à retrocessão ou à reversão do imóvel está assegurado no artigo 1.150<sup>83</sup> do Código Civil, ainda que o Decreto-lei n.º 3.365/41 tenha se mantido silente quanto a matéria.

Referido direito é observado quando ao bem expropriado não é conferido o destino estipulado no ato declaratório da utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social<sup>84</sup>, ou por ter cessado a utilidade pública (*lato sensu*) ou o interesse social, ou por ter ocorrido desvio de finalidade<sup>85</sup>.

Evidentemente, em ocorrendo as hipóteses acima arroladas a desapropriação terá se revelado aparentemente sem razão. De tal sorte, o ordenamento jurídico prevê uma satisfação jurídica ao expropriado, a possibilidade deste último em reaver a propriedade que lhe pertencia anteriormente.

Num primeiro momento, na vigência da Lei 1.021, de 1903, o instituto da retrocessão era tido em sua acepção exata e técnica. Seria, portanto, o direito do expropriário de reivindicar o bem expropriado que não havia sido destinado à finalidade pública previamente declarada<sup>86</sup>.

Contudo, o que enseja ao particular ação de retrocessão não é a mera mudança na destinação do bem desapropriado. Há que ocorrer o desvio de finalidade ou a predestinação. Sendo assim, se ao bem desapropriado para um fim público for dado outro fim também público, não há nenhuma ilicitude ou desvio de finalidade, pois o bem foi utilizado em prol da comunidade.

Nesse particular, Diógenes Gasparini destaca que o desvio específico “*se caracteriza pela alteração de um fim público por outro fim público, [o que] não propicia retrocessão pois é irrelevante para o direito*”.<sup>87</sup>

No mesmo contexto, percebe-se o desvio de caráter genérico ou “*desvio de finalidade não é vício que nulifica a nova destinação. Sua ocorrência só enseja ao expropriado o direito de retrocessão*”.<sup>88</sup>

A súmula 111 do Supremo Tribunal Federal, posto que versando sobre problema tributário, reflete a orientação jurisprudencial a respeito: “*É legítima a incidência*

<sup>83</sup> Dispõe o artigo 1.150 do Código Civil: “A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou”.

<sup>84</sup> Darcy Bessone, *Direitos Reais*, p. 228.

<sup>85</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, supracitado, p. 230.

<sup>86</sup> Vide artigo 2.º, § 4.º da Lei 1.021, de 1903, regulamentado pelo Decreto 4.956, de 09.09.1903.

<sup>87</sup> *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2.ª ed., 1992, p. 453.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 452.

*do imposto de transmissão inter vivos sobre a restituição, ao antigo proprietário, de imóvel que deixou de servir à finalidade de sua desapropriação”.*

Esclarece o professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Darcy Bessone, sobre a retrocessão: *“trata-se de uma solução tácita, pela qual o expropriado, pagando preço idêntico ao da indenização recebida, recupera o domínio do imóvel”*.<sup>89</sup>

Cabe consignar a ressalva de que boa parte da doutrina compreende que o instituto da retrocessão parece ter ficado sem efeito por força do disposto no artigo 35 do Decreto-lei n.º 3.365/41, pelo menos no seu sentido etimológico. Segundo essa corrente, tendo o Decreto-lei em referência estabelecido que os bens incorporados ao patrimônio público não são objeto de reivindicação, o direito do expropriado resolve-se em perdas e danos<sup>90</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello acentua que é sustentável o entendimento de que o ex-proprietário não pode reaver o bem, mas tão-somente ver-se indenizado, caso este não lhe seja oferecido, na forma do citado artigo 1.150, ou seja, em havendo violação do direito de preferência à re aquisição do bem<sup>91</sup>.

Contudo, ressalta o autor suso referenciado:

*“Esta, contudo, não é a solução exata para o problema. A questão deve ser resolvida a nível constitucional – e não legal. Se as razões constitucionais que justificam a desapropriação não se confirmam, nenhum motivo haveria para o bem persistir, sem nenhum proveito público, em poder do expropriante, com injustificado sacrifício para o expropriado”*.<sup>92</sup>

Conclui-se, portanto, que o direito de preferência é o direito cujo qual ao expropriado é assegurado o oferecimento do bem desapropriado, não aplicado à finalidade pública, para que possa readquiri-lo pelo mesmo preço por que foi indenizado.

---

<sup>89</sup> Ob. e loc. cit.

<sup>90</sup> Vide: Celso Ribeiro Bastos, *Curso...*, supracitado, p. 231; Hely Lopes Meirelles, *Direito...*, supracitado, p. 525.

<sup>91</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 430.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 430.

### 3 DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

#### 3.1 Origem histórica e noções preliminares

A desapropriação indireta tem sua origem no direito francês. Naquele ordenamento jurídico, além dos casos previstos em determinadas leis, os tribunais franceses têm ampliado a abrangência do “instituto” às situações de domínio ilegítimo pela Administração Pública da propriedade particular.

Todavia, de acordo com João Nunes Sento Sé, em França:

*“Informam Duez e Debeyre que ela permaneceu desconhecida até 1810, a partir de quando os tribunais judiciais passaram a ter certa competência em matéria de expropriação. De 1810 a 1850, teve um campo de aplicação muito largo. Desde que uma propriedade sofria, por parte da Administração, uma ‘depreciação definitiva’. Dizia-se que ocorreria desapropriação indireta, ensejando competência judiciária para a indenização”.*<sup>93</sup>

No período seguinte, de 1850 a 1880, aproximadamente, considerando o período de esplendor da teoria, foi ela reconduzida a um campo de aplicação mais restrito. Para que o prejuízo fosse tido como uma desapropriação indireta, ensejando competência judiciária, exigia-se que a Administração Pública se houvesse apoderado de um bem, a fim de se apropriar dele. Tornava-se necessário que o atentado tivesse consistido em uma ocupação definitiva de um bem imóvel<sup>94</sup>.

A partir de 1880 a teoria da desapropriação indireta sofreu certo declínio no direito alienígena. Tal situação foi ocasionada pelo surgimento de uma nova e mais ampla teoria: a *emprise* (apropriação). A *emprise* ocorre quando a Administração pratica um atentado, sob a forma de desapossamento, contra a propriedade privada imóvel, mas em condições tais que esse atentado não pode ser considerado como desprovido totalmente de base legal, como ocorre com a denominada *via de fato*. Como se percebe, a noção de *emprise* é mais abrangente do que a de desapropriação indireta sendo esta o seu exemplo clássico, indo, contudo, além, já que engloba outras hipóteses, como a requisição de imóvel.

Conforme assinala a cientista política Cláudia de Rezende Machado de Araújo, na doutrina francesa se contempla, com maior destaque, três juristas em especial ao tratar da

<sup>93</sup> *Desapropriação indireta*, p. 140.

<sup>94</sup> João Nunes Sento Sé, ob. cit., p.140-141.

desapropriação indireta. São eles: George Vedel, Marcel Waline e H. Berthélemy. Assim sendo, para a exposição que segue, utilizar-se-ão os estudos realizados pelos autores em referência, através da análise da tradução e apontamentos da autora inicialmente mencionada<sup>95</sup>.

Define George Vedel que a desapropriação indireta é: *“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”*.<sup>96</sup>

Complementando a idéia acima, Marcel Waline esclarece que: *“é possível que o domínio de uma propriedade seja consumado pela Administração sem o processo regular de desapropriação, mas de boa-fé; ele resulta indiretamente de uma operação inadequadamente traçada, sem a intenção de anexar fraudulentamente uma propriedade privada”*.<sup>97</sup>

Finalmente, acrescenta H. Berthélemy: *“pode ocorrer, através de operações jurídicas ou materiais, que a Administração ocupe, de maneira definitiva, uma propriedade privada sem ter podido ou sem ter recorrido ao processo de desapropriação”*.<sup>98</sup>

Desta feita, H. Berthélemy admite haver casos em que a Administração não pôde se valer do adequado processo de desapropriação antes de se apossar definitivamente da propriedade particular.

Exemplificando, pode-se citar o caso de apossamento efetuado pela Administração de uma propriedade particular resultante de erro no planejamento de uma obra pública, o que não corresponderia, evidentemente, a uma forma fraudulenta de “apropriação”. Nesse caso, haveria a necessidade de o particular recorrer ao Poder Judiciário para que o mesmo estipulasse a indenização devida.

Os autores acima partilham da idéia da necessidade da intervenção do Poder Judiciário para fixar a indenização devida ao proprietário expropriado, bem como para tornar válida a transferência da propriedade. Desta forma, competente é o juízo no qual se processaria a desapropriação, já que presentes todos os elementos de fundo de uma desapropriação, faltando, contudo, a instauração do processo legalmente estabelecido.

Nesse sentido George Vedel expõe: *“é importante observar que a transferência da propriedade não se opera juridicamente através da construção da obra*

<sup>95</sup> Cláudia de Rezende Machado de Araújo, *Desapropriação indireta*, p. 271.

<sup>96</sup> *Droit Administratif*. v. 2, Paris: Presse Universitaire de France, 1959, p. 537, apud Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. e loc. cit.

<sup>97</sup> *Précis de Droit Administratif*. Paris: Montchrestein, 1969, p. 77, apud Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. e loc. cit.

<sup>98</sup> *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1933, p. 698-699, apud Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. e loc. cit.

*pública, ela será adquirida apenas quando o proprietário tiver requerido nos tribunais judiciais a fixação de indenização que lhe é devida e lhe será paga”.*<sup>99</sup>

Como dito anteriormente, os doutrinadores franceses têm admitido duas modalidades de desapropriação indireta: a primeira, abrange os casos previstos em lei; a segunda, apesar de não haver previsão legal específica, resulta do uso ilegítimo da propriedade particular pelo Estado, em virtude da construção de obra pública. Neste último caso, há efetiva invasão da propriedade particular pela Administração Pública, sem o devido processo de desapropriação.

Os casos de desapropriação indireta apontados por H. Berthélemy na lei francesa são relacionados: às vias públicas (Lei de 16.09.1807) para abrir novas vias ou alargar as já existentes e que admite incorporar ao patrimônio público a parcela da propriedade particular necessária para atingir esses dois fins; à ocupação prolongada por mais de cinco anos em virtude de obras públicas; à instalação de aparelhos telegráficos<sup>100</sup>.

O jurista francês Maurice Hauriou adita à relação feita por H. Berthélemy o caso de uma ocupação temporária em matéria de minas, por mais de um ano<sup>101</sup>.

Cláudia de Rezende Machado de Araújo lembra que:

*“A desapropriação indireta resultante do domínio ilegítimo da Administração, no direito francês, não está prevista em lei, ela é uma criação doutrinária e jurisprudencial”*<sup>102</sup>. *Quando a Administração constrói uma obra pública numa propriedade particular, através do princípio da via de fato (voie de fait), o proprietário pode recorrer ao Judiciário para que expulse a Administração de sua propriedade. Em contrapartida, essa expulsão fica prejudicada pelo princípio da intangibilidade da obra pública (L’ouvrage publique mal planté ne se détruit pas); de outra sorte, o particular não pode ter sua propriedade restituída”*.<sup>103</sup> (grifamos)

A desapropriação indireta originada do *domínio ilegítimo da Administração* em França, foi a forma expropriatória que melhor serviu de subsídio aos tribunais brasileiros, resultando na **construção jurisprudencial** hoje aceita pelos nossos julgadores.

Roberto Mattoso Câmara Filho, promovendo a aproximação do tema ao contexto nacional, assevera:

<sup>99</sup> Ob. e loc. cit., *apud* Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. cit., p. 272.

<sup>100</sup> H. Berthélemy, ob. cit., p. 699-700, *apud* Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. cit., p. 272.

<sup>101</sup> *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. [s.e.], p. 772-773, *apud* João Nunes Sento Sé, ob. cit., p. 139.

<sup>102</sup> Contudo, lembra a autora que: “a desapropriação indireta, no direito brasileiro, é antes uma criação pretoriana que doutrinária”. ob. cit., p. 277.

*“A ideação da desapropriação indireta foi de paternidade jurisprudencial, ao se defrontarem nossos tribunais com o fato, freqüentemente entre nós por motivos diversos, da ocupação e mesmo tomada de posse de imóveis de propriedade de particulares pela Administração Pública, sem uma co-respectiva providência de expropriação amigável ou judicial, com a circunstância de já se ter processado a incorporação material do imóvel ao domínio público”.*<sup>104</sup>

Pesquisando a origem da expressão desapropriação indireta no Brasil, Joaquim de Almeida Baptista afirma que ela: *“foi atribuída ao saudoso Min. Orosimbo Nonato, que a teria usado, pela primeira vez, em idos tempos, e, com a seqüência, foi incorporada em nosso vocabulário jurídico”.*<sup>105</sup>

Restaria a dúvida de como proceder, devolvendo o imóvel ao particular ou conservando a obra pública nele edificada e restituindo-o de seu prejuízo.

A Administração tem poder de desapropriar, de um modo geral, desde que **reconheça a desapropriação**. Caso o invasor da propriedade individual fosse um particular, o proprietário expropriado poderia utilizar-se dos interditos possessórios. Entretanto, no caso de o invasor ser a própria Administração, a solução apresentada pela esmagadora maioria dos julgados é a “desapropriação indireta”, que irá fixar a indenização devida ao particular.

Com o surgimento e amadurecimento da teoria da desapropriação indireta no Brasil, começa a operar uma inusitada modificação nos pleitos judiciais.

Num primeiro momento, os proprietários, ao terem conhecimento do apossamento, ajuizavam ações possessórias ou a reivindicatória, mas esbarravam no desaparecimento do bem particular, transformado em rua, praça, jardim, rampa, estrada, aeroporto, dentre tantas outras obras, o que gerava óbice incontornável à reivindicação da posse e da propriedade. Já num segundo momento, as ações foram sendo transformadas em pleitos indenizatórios.

Assim, *“a ação de reivindicação, ou de reintegração, converte-se em indenizatória. Foi esta exatamente a fórmula prática e criativa, encontrada pelos Tribunais, para solucionar o conflito entre o interesse público<sup>106</sup> e o direito do particular. Seria,*

<sup>103</sup> Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. cit., p. 272-273.

<sup>104</sup> *A desapropriação por utilidade pública*, p. 499.

<sup>105</sup> *Da não aplicação do art. 34 da lei de desapropriações (Dec.-lei 3.365, de 31.6.41) às ações de desapropriação indireta*, p. 121.

<sup>106</sup> Importante trazer à baila a ponderação feita por Odete Medauar: “Outra dificuldade no exame do tema diz respeito à tradução em fórmula conceitual. Ora se menciona que interesse público consiste na soma dos interesses particulares; ora se fala que vai além dessa soma. Significa interesse específico da sociedade, distinto por sua própria essência dos interesses particulares; ou soma ou elevação ao máximo de bens e serviços. (...). A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. (...). [Entretanto] a divisão categorial entre interesses privados

*realmente, um formalismo oneroso e desnecessário restituir o bem ao particular, para obrigar depois a Administração a expropriá-lo pelo meio regular*".<sup>107</sup>

Quanto à competência para se analisar a desapropriação indireta, se esta seria judiciária ou administrativa, no Brasil, tal questão não tem produzido divergências doutrinárias em razão de não existir uma Justiça administrativa especial, como ocorre em França.

### 3.2 Conceito de desapropriação indireta

Antes de formular um conceito de desapropriação indireta, cabe retornar a algumas considerações acerca do instituto da desapropriação.

Assinalou-se que a desapropriação é um procedimento formal que tem seus pressupostos previstos na Constituição Federal brasileira e legislação ordinária, encontrando-se totalmente disciplinado em lei.

Sendo um procedimento de essência administrativa através do qual a Administração expropria o administrado de um bem, à desapropriação é necessário o preenchimento dos requisitos constitucionalmente exigidos, ou seja, a utilidade ou necessidade pública ou o interesse social e, em regra, a prévia e justa indenização em dinheiro.

Por outro lado, em função da supremacia do interesse público sobre o individual, é conferido ao Estado o **domínio eminente**<sup>108</sup> sobre todos os bens existentes em seu território, disciplinando o uso destes de forma a atingir o bem-estar de toda a sociedade<sup>109</sup>.

Em meio a estas peculiaridades, Hely Lopes Meirelles trata a desapropriação como a forma mais drástica da manifestação do poder de império, ainda que de caráter discricionário no concernente às opções de utilidade pública e de interesse social, "*só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal*".<sup>110</sup>

---

individuais e formalmente iguais e interesse geral, distinto daqueles, é mito do século XIX. (...). [Assim] o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social e nasce da **composição** entre os vários interesses públicos ou interesses privados e de grupo". *O direito administrativo em evolução*, p. 178 ss. (grifamos).

<sup>107</sup> Hely Lopes Meirelles, *Desapropriação indireta na posse*, p. 316-317.

<sup>108</sup> A noção de domínio eminente do Estado "não designa direito de propriedade, mas poder que o mesmo detém, sobre as pessoas e bens, dentro do seu território, e que serve de fundamento para institutos típicos do direito público". José Cretella Júnior, *Tratado geral da desapropriação*, p. 39.

<sup>109</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito...*, *supracitado*, p. 506.

<sup>110</sup> *Ibidem.*, p. 506.

Assim, inobstante constituir-se num ato discricionário e unilateral do Estado, a desapropriação é um procedimento que deve seguir todas as fases, exigências e formalidades estabelecidas na legislação que a disciplinam, não podendo ser feita ao arrepio da lei.

Tal consequência resulta do fato de que todo ato originado de competência discricionária decorre de autorização legal a que o administrador, diante dos casos concretos que enfrenta, venha a adotar para a solução que melhor atenda ao interesse público também estabelecido em lei.

A seu turno, a Constituição brasileira de 1988, consagrando a propriedade como um dos direitos e garantias fundamentais, determina a legalidade do procedimento desapropriatório uma vez respeitados todos os requisitos e pressupostos legais.

É justamente nesse ponto que aparece a questão da desapropriação indireta. Quando a Administração Pública desrespeita as normas constitucionais e, sem o devido processo legal, priva o proprietário dos poderes inerentes a seu direito, o que constitui puro arbítrio, o particular sofre prejuízo pelo próprio Estado, titular do monopólio da Justiça.

Celso Ribeiro Bastos conceitua a desapropriação indireta como:

*“O apossamento irregular do bem imóvel particular pelo Poder Público, uma vez que não obedeceu ao procedimento previsto pela lei. Esta desapropriação pode ser impedida por meio de ação possessória, sob a alegação de esbulho. Entretanto, a partir do momento em que a Administração Pública der destinação ao imóvel, este passa a integrar o patrimônio público, tornando-se insuscetível de reintegração ou reivindicação”.*<sup>111</sup>

Em outras palavras, pode-se afirmar que a desapropriação indireta é a decorrência primeira dos princípios da **intangibilidade da obra pública e/ou da continuidade da prestação do serviço público**<sup>112</sup>, que lhe serve, inclusive, de fundamentação jurídica, pois impede a retomada do bem após a sua afetação pelo domínio público, ensejando ao particular a busca em juízo da devida indenização.

No mesmo sentido, pontifica Hely Lopes Meirelles que a desapropriação indireta:

*“(...) não passa de esbulho*<sup>113</sup> *da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai*

<sup>111</sup> Ob. cit., p. 229-230.

<sup>112</sup> A expressão “serviço público” referenciada em conjunto ao “princípio da intangibilidade da obra pública” é utilizada por alguns autores, dentre eles: Hely Lopes Meirelles, *Desapropriação...*, supracitado, p. 316; Cláudia de Rezende Machado de Araújo, op. cit., p. 275.

<sup>113</sup> Nesse sentido: Joaquim de Almeida Baptista, ob. cit., p. 121.

*generalizando em nossos dias, mas que a ele pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios*<sup>114</sup>. 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”.<sup>115</sup> (grifamos)

Sinaliza o mesmo autor que da conceituação acima não destoam os administrativistas pátrios e estrangeiros mais atualizados com a matéria, que, com palavras diversas sustentam sempre a ilicitude do apossamento administrativo, que retira a propriedade do particular “*sem declaração expropriatória [geralmente], sem indenização prévia e sem o devido processo legal de despojamento do domínio privado*”.<sup>116</sup>

Contudo, convém destacar que alguns doutrinadores vislumbram uma diferenciação crucial entre as nomenclaturas desapropriação indireta e **esbulho** (ou via de fato) da propriedade privada. Dentre os defensores dessa distinção, pode-se indicar João Nunes Sento Sé, que, apoiado na predominante interpretação doutrinária francesa assim ressalta:

*“O conteúdo de desapropriação indireta vem sendo distorcido entre nós, com graves prejuízos para o proprietário. Olvidando firme posição doutrinária no sentido da admissibilidade dos interditos contra atos da Administração, ela está permitindo o prosseguimento de obras iniciadas em condições visivelmente irregulares, remetendo o proprietário, com graves sacrifícios, para uma interminável luta judicial em busca de sua indenização. (...). Torna-se necessário, contudo, distinguir as hipóteses em que há desapropriação indireta e aquelas em que existe via de fato. (...). De outro modo não há desapropriação indireta, mas via de fato ou **esbulho** da propriedade privada. Conseqüentemente, o juiz deve ordenar a paralisação da via de fato, ou mesmo prevenir a sua execução, até que o Poder Público pague a indenização competente”*.<sup>117</sup> (grifamos)

Conclui o autor acima, que em ambas as hipóteses, é vedado ao juiz mandar destruir a obra pública, ou partes dela. Da mesma forma, caso o proprietário não reaja em tempo hábil e o apossamento se consume, sendo seu imóvel utilizado em uma **obra pública**, nada mais lhe restará senão pleitear a respectiva indenização.

É de fundamental importância consignar que a desapropriação indireta não constitui um processo expropriatório. Representa, isto sim, “*um processo de reparação do*

<sup>114</sup> Nesse mesmo sentido: Roberto Mattoso Câmara Filho, ob. cit., p. 504.

<sup>115</sup> *Direito...*, supracitado, p. 504.

<sup>116</sup> Hely Lopes Meirelles, *Ação de desapropriação indireta*, p. 253.

<sup>117</sup> Ob. cit., p. 153.

*prejuízo sofrido, destinado a evitar a inobservância do princípio da intangibilidade da obra pública*”<sup>118</sup>, apresentando como único elemento de similitude à desapropriação regular “a possibilidade do registro da sentença na circunscrição competente, transferindo o domínio da área, após o pagamento da indenização”.<sup>119</sup>

A desapropriação indireta, via de regra, é observada em situações de urgência ou de puro arbítrio. Porém só o perigo iminente<sup>120</sup> como causa pode justificar o caráter irregular do apossamento administrativo<sup>121</sup>.

No rigor técnico, a palavra *indireta* não possui adequado significado jurídico; “trata-se de um eufemismo empregado (e consagrado) pela doutrina e pela jurisprudência para nominar este repugnante ilícito perpetrado pela Administração Pública contra o particular”.<sup>122</sup> Consagrada pela doutrina, embora com impropriedade terminológica, retrata uma agressão do poder discricionário em face da lei existente e não aplicada.

A denominação *indireta*, como doutrinariamente vem sendo prolatada, se efetiva sem o processo regularmente estabelecido em lei, **nascendo de fato** iminente e impondo forçada cessão da propriedade. É, por assim dizer: “desapropriação de fato, não de direito. É anormal, irregular, quando não motivada, ilegal”.<sup>123</sup>

Sem maiores conjecturas, pode-se afirmar que a expressão “desapropriação indireta” é tida como imprópria, em razão de que toda a desapropriação deve ser precedida de declaração expropriatória regular, na qual se aponte o bem a ser desapropriado, especificando a sua destinação pública ou de interesse social. Desta forma, não há, nem pode haver desapropriação de fato, ou indireta<sup>124</sup>.

Observa-se, entretanto, que a desapropriação indireta não representa uma operação inteiramente desprovida de base jurídica, mas de uma operação permitida à Administração, conquanto tocada de irregularidade. Tal imperfeição, que deve estar evidente, advém da afronta ao procedimento legal estabelecido para a efetivação da desapropriação regular ou direta.

Há que se apontar, ainda, a divergência existente sobre a circunstância de haver, ou não, interesse público no ato administrativo que limita a propriedade particular. Face a evolução do direito administrativo contemporâneo, há que se perceber que o interesse público não se contrapõe necessariamente ao interesse privado, pois é plenamente admissível

<sup>118</sup> João Nunes Sento Sé, ob. cit., p. 145.

<sup>119</sup> Joaquim de Almeida Baptista, ob. cit., p. 122.

<sup>120</sup> Vide o inciso XXV, do artigo 5.º, da Constituição Federal, transcrito no item 1.4.

<sup>121</sup> Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Desapropriação*, p. 141.

<sup>122</sup> Luiz Rodrigues Wambier, *Antecipação de tutela e desapropriação indireta*, p. 288.

<sup>123</sup> Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ob. e loc. cit.

<sup>124</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito...*, supracitado, p. 504.

*“uma relação não de contraposição extrínseca, mas de composição [compatibilidade] entre os diversos interesses”*.<sup>125</sup>

Contudo, persistindo na doutrina majoritária a idéia do sacrifício de um interesse (privado) em benefício de outro (público), superior portanto, o interesse público pode, e deve, ser entendido como a “soma” do interesse individual com o interesse coletivo, evitando-se ao máximo o sacrifício de qualquer um deles.

Não se olvide, entretanto, que o direito não é uma ciência exata, questão que lhe impõe inafastável proporcionalidade e ponderação na medida em que se aplica a norma jurídica, com a subsunção dos fatos concretos à sua autoridade.

Da mesma forma, parece oportuno esclarecer que a desapropriação indireta não deve ser concebida como uma forma expropriatória que possa ser utilizada em substituição ao processo legal. Ao contrário, é um modo excepcional de aquisição forçada da propriedade pelo Poder Público.

De tal sorte, deve-se excluir da noção de desapropriação indireta o elemento intencional, afastando-se dela a idéia de uma invasão consciente da propriedade particular, ainda que para a construção de uma obra pública.

Aprofundando-se no tema, João Nunes Sento Sé percebe que a desapropriação indireta ocorre apenas:

*“Nos mesmos casos de utilidade pública em que se admite que a Administração desapropriar, para a implantação de uma obra. (...). [Tal situação ocorre porque] a desapropriação por interesse social não pode ensejá-la, visto que os bens expropriados sob esse fundamento destinam-se, não a uma obra, mas à venda ou locação a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista em lei. A não ser assim, não há desapropriação indireta, mas via de fato ou esbulho da propriedade privada”*.<sup>126</sup>

Claro é, entretanto, que, se o proprietário não reage em tempo hábil e o apossamento se consuma, sendo o seu imóvel utilizado em uma obra pública, nada mais lhe resta do que pleitear a devida indenização.

Colhe-se da doutrina a distinção entre a desapropriação indireta e as desapropriações tácita e condicional.

A desapropriação tácita é uma forma de desapropriação assemelhada à desapropriação indireta, decorrente do apossamento, da ocupação ou da destruição da

<sup>125</sup> Odete Medauar, ob. cit., p. 183.

<sup>126</sup> Ob. cit., p. 145.

propriedade particular. A indenização, na situação avençada, é efetuada posteriormente, por via administrativa ou judicial. Aparece quando, *“motivada por serviços a realizar, se promovem medidas no sentido de prover obras em fase de execução programada, obras e serviços que, abrangendo determinadas áreas, reclamam passagem obrigatória a fim possam ser executadas”*.<sup>127</sup>

Faz-se próprio retomar à questão do permissivo constitucional disposto no inciso XXV, do artigo 5.º. A *Lex Maxima* de 1988, sem refutar o direito de propriedade, autoriza à autoridade competente, em caso de iminente perigo público, a **utilização** de propriedade particular, assegurando ao proprietário, todavia, indenização ulterior se houve dano. Contudo, não se retira a propriedade do particular. Esta é apenas ocupada, e indenizados os proprietários pelos eventuais prejuízos ocorridos.

Com respeito à forma de desapropriação condicional, modalidade de desapropriação direta<sup>128</sup>, esta é uma ocupação temporária, enquanto perdurar o interesse público, justificando-se nos tempos de intranqüilidade social (ordem pública) ou períodos economicamente conturbados.

Nesse último caso, há uma inversão da ordem das operações, condicionando-se, diante da motivação e da finalidade, de modo acautelatório e à margem dos casos previstos, o apossamento da propriedade, e a sua devolução, quando desaparecido o interesse público.

Se o Estado necessita, por exemplo, construir uma estrada, de ferro ou de rodagem, mas fica na dúvida quanto à porção de terreno que deve desapropriar, recorrerá ao instituto da desapropriação condicional, decidindo-se, depois, pela solução mais conveniente, a qual decorre do relatório apresentado pela comissão de avaliação que fixará a indenização.

Cabe lembrar que a Carta Maior estabelece que a indenização proveniente de desapropriação deverá ser justa, em dinheiro e **prévia**, com exceção àqueles casos nela própria previstos<sup>129</sup>.

### 3.3 A desapropriação indireta no direito brasileiro

Indubitavelmente, a desapropriação indireta é uma realidade no Direito brasileiro, evidenciada por inúmeras decisões das diversas instâncias, inclusive do Pretório

<sup>127</sup> Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ob. cit., p. 142.

<sup>128</sup> José Cretella Júnior, ob. cit., p. 34.

Excelso, onde já se proferiu: “*A desapropriação indireta não é um conceito doutrinário, e sim uma realidade processual, consagrada pela jurisprudência*”.<sup>130</sup>

Entretanto, as disposições legais referentes à desapropriação são postas, em determinados casos, à margem pelo Poder Público.

Quando a Administração pretende se apropriar de certo bem pertencente a um particular, por motivo de interesse público, repita-se, deve observar uma série de normas que disciplinam o seu comportamento. Deste modo, necessita levar em conta o direito do expropriado, expressamente resguardado pela Constituição Federal e legislação correlata.

Via de consequência, cumpre ao Poder Público declarar, inicialmente, a utilidade pública ou o interesse social do bem objetivado. E, em seguida, ou efetiva a desapropriação mediante **acordo** ou propõe a **ação expropriatória**.

Porém, na desapropriação indireta, em virtude das circunstâncias excepcionais que a ensejam, a situação é “processada” de maneira diversa. A ocupação do imóvel pela Administração dá-se sem a existência do ato declaratório de utilidade pública (via de regra), e principalmente, sem o pagamento da justa e prévia indenização pecuniária.

Ademais, a Administração nem realiza a desapropriação de modo amigável, nem ingressa em juízo: simplesmente se apossa do imóvel reputado necessário à obra pública. Paradoxalmente, transfere ao proprietário o ônus de promover a expropriação.

Nesse ponto, convém relatar a oposição existente entre as soluções propugnadas pelo Código Civil e a da desapropriação indireta a respeito da situação de quem edifica em terreno alheio.

Segundo o artigo 547 do Código Civil, o dono perde, em proveito do proprietário do solo, as construções que fez, mas se agiu de boa-fé, terá direito a uma indenização. *A contrario sensu*, se teve sua motivação viciada pela má-fé, não terá direito a nenhuma indenização, podendo mesmo ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos<sup>131</sup>.

Caso prevalecesse a norma em referência quando envolvido o interesse público, a Administração Pública perderia, em favor do dono do imóvel ocupado, as construções nele feitas, recebendo ou não uma indenização, a depender de sua boa ou má-fé.

<sup>129</sup> Vide o inciso XXIV, do artigo 5.º, da atual Constituição Federal brasileira, já transcrito no primeiro capítulo do presente trabalho, em seu item 1.4.

<sup>130</sup> Recurso Extraordinário n.º 14.007-SP, Rel. Min. Ribeiro da Costa.

<sup>131</sup> Observe-se, a propósito, que o anteprojeto de código civil, oriundo do anteprojeto elaborado pelo professor Orlando Gomes, no seu artigo 434, estatui que: “Se a construção ou plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou, ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante o pagamento de indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”. *Apud* Silvio Rodrigues, *Direito civil: direito das coisas*, p. 102.

Ainda, no caso da última hipótese, poderia ser compelida a repor as coisas no *status quo ante* e a pagar os prejuízos.

Entretanto, é sabido que tal situação não ocorre para com a Administração. Essa não perde, em benefício do *dominus soli*, as construções realizadas. Nem pode ser obrigada a repor as coisas no estado anterior, diante dos princípios da **intangibilidade da obra pública** e da **continuidade da prestação do serviço público**. A Administração Pública não está sujeita às normas de direito privado.

Fica claro, então, que no caso vertente a regra vai dar lugar à exceção: o proprietário é quem perde a área objeto do desapossamento, tendo direito a uma indenização.

Vê-se, pois, que o bem apossado aparentemente é integrado<sup>132</sup> ao domínio público, não por título legal, mas por situação de fato que torna impossível o seu retorno ao domínio do particular. Daí porque a ação cabível deve ser de procedimento ordinário de cunho indenizatório e não a reivindicatória. Logo, a ação não será regida pelo procedimento estabelecido no Decreto-lei 3.365/41, pois o seu rito (ordinário) é outro, pautado unicamente pelo Código de Processo Civil<sup>133</sup>, sem as peculiaridades da ação de desapropriação típica<sup>134</sup>.

Pode-se, ainda, analisar a questão pelo seguinte ângulo: o efeito prático resultante da construção de obras públicas sobre imóveis pertencentes a particulares. Bens como ruas e logradouros públicos, de um modo geral, não exigem transcrição ou registro, pois que a sua dominialidade pública resulta, tão-só, de sua destinação pública, que o integra no patrimônio público da entidade a que pertence. Daí porque estes bens só podem ser alienados ou devolvidos a quem quer que seja, mediante desafetação por lei, com a respectiva autorização para a transferência de seu domínio a terceiro.

A doutrina tem considerado que não é o título de aquisição civil nem a transcrição imobiliária que conferem ao bem o caráter de público. Quem o faz é a destinação administrativa, que possibilita o uso comum do bem, a partir de então afetado pela dominialidade pública. Exatamente por pertencer à sociedade em geral é que não está esse bem sujeito à transcrição no registro imobiliário.

---

<sup>132</sup> Adiante será analisada a divergência existente entre o fato de haver, ou não, a integração imediata do bem afetado ao domínio público.

<sup>133</sup> Nesse mesmo sentido: Hely Lopes Meirelles, *Ação...*, supracitado, p. 256.

### 3.4 No direito comparado

Após ter discorrido sobre a concepção francesa relativa à desapropriação indireta e a influência precípua que esta promoveu no direito pátrio, convém relatar, ainda que sucintamente, a interpretação desenvolvida pelo direito argentino, espanhol e português acerca do tema, uma vez que retratam, com o direito francês, as principais concepções aludidas pela doutrina brasileira.

Sentindo a necessidade de um tratamento adequado a matéria, a Lei argentina n.º 21.499 enfrentou-a de modo a regulamentar a questão da expropriação irregular (para nós “indireta”).

Conceituam os autores José Canasi e B. V. Basavilbaso a desapropriação indireta, também denominada no direito argentino como “desapropriação inversa”, como a tomada da posse de imóvel qualificado por declaração de utilidade pública pela Administração Pública sem adoção de procedimento expropriatório aplicável<sup>135</sup>.

De sublinhar que para este último autor, na tradição jurídica argentina, a desapropriação indireta tem como requisito a declaração de utilidade pública sobre o imóvel apossado pela Administração. Caso não haja a declaração de utilidade pública, diz o administrativista ter o proprietário, então, o recurso de: *“acciones e interdictos possessórios, de la acción negatoria y de la reivindicatoria, remedios eficaces, como dice la Corte Suprema, que la ley civil establece en beneficio del agraviado contra los actos y hechos ilegítimos de terceros, sean particulares o de la administración pública”*.<sup>136</sup>

Recapitulando, na definição de desapropriação indireta presente na doutrina e jurisprudência brasileira, não há a exigência alhures percebida, uma vez que não se faz necessário o apontamento, em declaração de utilidade pública, do imóvel apoderado pela Administração Pública.

Ao se referir à corrente doutrinária que compreende a desapropriação indireta como uma teoria inconstitucional, Norberto Guarinello, que defende a sua transformação em norma legal, assevera que a definição espanhola “desapropriação irregular” é mais conveniente do que a expressão desapropriação indireta, tão difundida no Brasil. Notícia o

<sup>134</sup> Vide RT 528/167.

<sup>135</sup> José Canasi, *Derecho Administrativo*, [s.e.], [s.d.], p. 351; B. V. Basavilbaso, *Derecho Administrativo*, [s.e.], 1956, p. 472, *apud* Roberto Mattoso Câmara Filho, *ob. cit.*, p. 501.

<sup>136</sup> B. V. Basavilbaso, *ob. e loc. cit.*, *apud* Roberto Mattoso Câmara Filho, *ob. loc. cit.*

autor que o instituto em Espanha recebe tratamento doutrinário similar ao despendido pelos juristas brasileiros, e que a mesma apresenta sua origem, igualmente, na jurisprudência<sup>137</sup>.

Já em Portugal, a Constituição não exige a antecipação da indenização, em tema de desapropriação, e o direito ordinário chancela, expressamente, a desapropriação sem forma de processo, fundada em estado de necessidade<sup>138</sup>. Desta forma, o pleito indenizatório apresenta-se relacionado ao recebimento de pecúnia não pela alegação da falta de seu prévio depósito, mas pela inércia por vezes percebida no Poder Público.

### 3.5 Crítica e defesa doutrinárias da desapropriação indireta

Pequena parcela da doutrina, ainda que visualizando a desapropriação indireta como “*uma matéria designativa do comportamento administrativo desfeito às determinações legais e constitucionais*”<sup>139</sup>, no que é seguida pela doutrina majoritária, defende a necessidade de sua absoluta **invalidação**, inadmitindo qualquer hipótese de convalidá-la.

Percebendo-a como um movimento que tangencia a Administração para a zona da arbitrariedade, implicando o exercício de um “poder desautorizado” pela lei e violando as normas tutelares da propriedade individual, a antijuridicidade do ato administrativo lhe afetaria de modo a invalidá-lo totalmente.

A antijuridicidade, reconhecida *una voce* pela doutrina e jurisprudência, decorre, obviamente, do fato de a Administração expropriante palmilhar um caminho diverso daquele observado pela ordem legal para a obtenção forçada de um bem de domínio particular. Até esse ponto, não se apresentam grandes oposições jurídicas sobre o tema.

Todavia, a controvérsia começa a surgir quando é questionada a possibilidade de atribuir efeitos de um procedimento limpidamente jurídico à “desapropriação indireta”.

Apesar de reconhecer a injuridicidade da expropriação indireta, a doutrina e jurisprudência têm conferido ao particular “*recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente*”<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> *Problemas atuais da desapropriação indireta*, p. 406-407, apud Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. cit., p. 274.

<sup>138</sup> Marcelo Caetano. *Manual de direito administrativo*. t. 2, São Paulo: Brasileira, p. 959-960, [s.d.], apud Carlos Ayres Britto, José Sérgio Monte Alegre. Desapropriação indireta – inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, n. 74: 251, abr./jun. 1986.

<sup>139</sup> Carlos Ayres Britto; José Sérgio Monte Alegre, ob. cit., 242.

<sup>140</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, p. 206.

Os defensores da inconstitucionalidade da teoria percebem como correta a aplicação do artigo 926 do Código de Processo Civil, que garante a reintegração do possuidor na hipótese de esbulho, sendo que a única restrição admitida em favor de quem desencadeia a indireta expropriação é o do parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

*“Art. 928.(...).*

*Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”*.<sup>141</sup>

Indagam alguns doutrinadores se a posição majoritária dos operadores do direito não estaria esfacelando o direito à propriedade privada.

Dentre as principais conseqüências indicadas em desprestígio do “instituto”, destacam-se:

a) nega-se a garantia do procedimento legal, proporcionando a instabilidade das relações jurídicas entre a Administração Pública e o administrado, em detrimento de sua segurança;

b) despoja-se o direito de propriedade de um dos seus elementos intrínsecos, ou seja, a faculdade de seu titular reavê-la de quem ilegalmente a detenha;

c) reconhece-se que o interesse público não está condicionado a uma determinada via legal, aceitando-se a tese de que os fins justificam os meios;

d) estimula-se a máquina administrativa do Estado a subtrair-se ao procedimento formal, para ingressar no domínio das vias de fato e comodidade arbitrárias;

e) dá-se ao instituto da desapropriação uma exegese ampliativa, esquecendo-se de que ela é medida excepcional e, como tal, deve ser interpretada restritivamente;

<sup>141</sup> Humberto Theodoro Júnior, *Código de processo civil anotado*, p. 384.

f) coloca-se o administrado em posição menos cômoda que aquela pré-indicada em lei, como a privação da possibilidade de levantamento de parte do preço indenizatório do bem expropriado;

g) usurpa-se uma competência exclusiva do Poder Judiciário, que é a de autorizar o órgão expropriante a imitar-se provisoriamente na posse do bem de propriedade particular e de expedir o título com base no qual se fará a transcrição;

h) relega-se o conceito efetivo de interesse público ao plano do interesse meramente coletivo, aviltando-se o interesse do particular, que na realidade faz parte de sua composição intrínseca.

Questiona-se, finalmente: “*por que razão, ou quais os motivos que levam os jurisconsultos e aplicadores do Direito a ‘convalidar’ a expropriação por via transversa?*”.<sup>142</sup>

Efetivamente, a Lei Maior acobertou a propriedade particular contra as arremetidas do Poder Público. Para tanto, desenhou de modo exauriente as possibilidades de seu despojamento provisório e definitivo.

Partindo de tal realidade, a legislação ordinária estabeleceu o *modus operandi* para a desapropriação, objetivando garantir justamente a compatibilização do interesse público (não apenas individual ou meramente coletivo), sempre superior, com o direito do proprietário, conferindo-lhe uma prestação pecuniária que compensasse o real prejuízo imposto.

Entretanto, a desapropriação indireta surge de uma situação de fato em que o poder expropriatório é utilizado sem respeitar os preceitos constitucionais e legais previamente estabelecidos.

Em que pese o posicionamento dos que assim discordam, tendo sido o bem particular afetado ao interesse público, ainda que à revelia da lei, ao particular desapossado resta buscar o reconhecimento do seu direito à justa e integral indenização pecuniária.

Não se pode obscurecer, é fato, que o Decreto-lei 3.365/41 abriga a possibilidade de uma atuação administrativa *ex officio*, capaz de restringir a liberdade de uso e de gozo da propriedade privada. São as hipóteses de: **penetração** nos prédios objeto da desapropriação, para reconhecimento ou mapeamento do terreno, de uma parte (artigo 7.º); e,

<sup>142</sup> Carlos Ayres Britto, José Sérgio Monte Alegre, ob. cit., p. 243-244.

de **ocupação temporária** de terrenos não edificados, “*vizinhos às obras e necessários à sua realização*” (artigo 36).

Apesar dessa prerrogativa, “*àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal*” (artigo 7.º, *in fine*).

Não se assevera, portanto, que o ordenamento jurídico, em algum momento, esteja autorizando a expropriação irregular dos bens particulares. A própria normação do Decreto-lei 3.365/41 repele esse tipo de apossamento, pois que, ao indicar as duas únicas vias de efetivação do despojamento compulsivo, que são o acordo com o expropriado e a sentença judicial (por meio de carta de sentença ou de adjudicação), torna dependente de autorização jurisdicional a imissão provisória da Administração na posse da propriedade do administrado.

Respeitada a argumentação aduzida em prol da inconstitucionalidade da desapropriação indireta para efeito de retornar o estado de coisas ao *status quo ante*, essa não foi acolhida pela esmagadora maioria dos julgadores e doutrinadores que enfrentam o assunto. Isso porque:

a) a afetação do imóvel ao uso público inviabiliza a ação reivindicatória;

b) pelos *princípios da intangibilidade da obra pública e da continuidade da prestação dos serviços públicos*, as edificações da Administração não podem ser demolidas (pois tal destruição de obras públicas seria contrária ao interesse público) e a prestação dos serviços públicos não pode ser interrompida (uma vez que são prestados em caráter geral), respectivamente.

Como o Poder Público possui um dever-poder de sempre atuar visando o interesse público, deverá desapropriar, desde que apoiado nos pressupostos constitucionais e legais.

Entretanto, diante de uma situação de fato extremamente peculiar, quando os atos praticados pelo Poder Público resultam finalisticamente num interesse público, ainda que seu primeiro movimento não estivesse legitimado integralmente por este último, seria demasiadamente oneroso a todos os administrados (inclusive o próprio particular vitimado) fazer retornar o estado anterior do imóvel.

Destaque-se que mesmo o particular desapossado tem interesse em que a obra ou serviço colocados à disposição da generalidade não seja destruída ou cesse de atuar. Ele também contribuiu com os recursos despendidos para a sua feitura, estando igualmente interessado na prestação estatal dela advinda, ainda que a origem da mesma lhe tenha

atingindo o **patrimônio privado**, dado este que apenas inicialmente poderia ensejar o afastamento do interesse público (ainda não concretamente observado).

Caso fosse admitida a hipótese de demolir a obra realizada ou a cessação do serviço prestado, como no caso de um hospital ou colégio públicos, além dos gastos advindos da construção, implementação e, ao final, demolição dos mesmos, posteriormente, o Poder Público deverá efetuar a desapropriação, nos moldes legais, face o dever/poder que lhe impõem as demandas públicas.

Inelutavelmente, a propriedade é um direito passível de expropriação pelo Poder Público, devendo lhe ser conferido destino condizente aos anseios da sociedade como um todo, fim este que confere a afetação do bem particular ao interesse público.

c) em virtude de que o artigo 35 do Decreto-lei n.º 3.365/41 reza:

*“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”.*

Valendo-se de uma visão pragmática, a doutrina majoritária está inclinada em salvaguardar tanto o direito à indenização do administrado “expropriado indiretamente”, como a própria sociedade, que não poderá ser penalizada pelas arbitrariedades do agente público.

Restaria indagar, entretanto, que tipo de responsabilidade daria ensejo o ato do agente público que, através de abuso ou desvio de poder, infringe a lei e prejudica o proprietário?

O poder de desapropriar é concedido ao Estado, nos termos da Constituição Federal e da legislação pertinente ao tema. Concomitantemente, foram estabelecidas limitações ao exercício desse poder que devem ser respeitadas pelos agentes estatais.

As hipóteses em que se verificam as condições limitativas do direito de propriedade são de definição legislativa, cabendo ao legislador complementar a regra constitucional genérica, particularizando os casos de incidência do poder expropriatório.

Assim, a competência do Poder Executivo para decretar a desapropriação é uma faculdade vinculada diretamente à lei. Torna-se de supina importância enfatizar que o espaço destinado ao administrador para optar em matéria de desapropriação não incide no tocante à criação das hipóteses de permissão ou cabimento do ato expropriatório, mas

unicamente quanto à apreciação dos motivos, ou seja, da **conveniência e oportunidade** da decretação da medida.

A competência administrativa, além de suas condições extrínsecas de validade, subordina-se interiormente à observância do requisito de sua finalidade pública.

Em meio a essa realidade exsurge que o princípio da finalidade corresponde à aplicação da lei, ou seja, na forma e razão que esta prefere (exige), justificando-a, bem como o objeto em vista do qual foi formulada.

Conseqüentemente, o princípio da finalidade não está numa relação de mera decorrência, mas de verdadeira inerência com o princípio da legalidade (administrativa!), estando contido nele.

Deste modo, o agente público que se utiliza de prerrogativas inerentes ao cargo ou função pública que exerce deve responder pelos seus atos administrativa, civil e criminalmente, sob pena de se instituir a total ingerência dos deveres/poderes do Estado.

Oportuno referenciar que o Poder Público é gerido por seres humanos investidos de poderes para atingir determinada finalidade pública, tornando-se imperioso um controle efetivo e eficaz da conduta funcional do administrador público.

Como é sabido, esse controle pode se dar no âmbito interno dos órgãos, ou de forma externa, principalmente através do Poder judiciário. Nesse contexto, o inciso V, do artigo 6.º, do Decreto-Lei n.º 200, de 27 de fevereiro de 1967, elenca que o controle constitui um dos princípios fundamentais da Administração<sup>143</sup>.

Arremata Carlos Eduardo Vieira de Carvalho que: *“a crítica negativa que se faz à ‘solução de fato’, adotada doutrinariamente pelos órgãos judiciais para a questão da desapropriação indireta, parte, a meu ver, de uma visão apenas parcial da matéria”*.<sup>144</sup>

Mais adiante, esclarece o mesmo autor: *“De fato, a impressão que recolho de tal tipo de crítica é a de que o ‘instituto’, embora enfaticamente contestado como uma modalidade de desapropriação, acaba sendo analisado como tal, ainda que se reconheça como uma forma espúria de despojamento do senhorio alheio, por via de autoridade”*.<sup>145</sup>

A título ilustrativo, sobre a violação do preceito constitucional da prévia indenização, convém lembrar que a sua exigência consta da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujos princípios foram adotados pelo Preâmbulo da Constituição

<sup>143</sup> Mauro Roberto Gomes de Mattos, *Da legalidade da antecipação de tutela contra o poder público – controle efetivo dos atos administrativos*, p. 17.

<sup>144</sup> *Desapropriação indireta*, p. 179.

<sup>145</sup> Ob. cit., p. 178.

francesa de 1946, e reafirmados pela de 1958, sem que tal exigência constitua obstáculo à desapropriação indireta naquela ordem jurídica<sup>146</sup>.

Conclui-se, então, que a desapropriação indireta é uma **solução de equilíbrio** a uma situação de fato. Compreendida, geralmente, como um esbulho, em que a Administração Pública é a esbulhadora e o administrado o esbulhado, a maioria dos doutrinadores tem aceito a desapropriação indireta como uma solução sensata a uma condição que afronta o ordenamento jurídico com prejuízo à estabilidade e paz sociais.

### **3.6 A afetação da propriedade imóvel particular pelo Poder Público opera sua imediata transferência para o patrimônio do ente público esbulhador?**

Evidencie-se que, enquanto na desapropriação regular prepondera o ato legal expropriatório, na desapropriação indireta, o Poder Público relega o devido procedimento legal e o substitui por um ato de força irresistível ao particular.

As situações são, portanto, inteiramente diversas, produzindo conseqüências também diferentes. Dentre as principais, destaca-se que a integração do domínio do bem despojado pela desapropriação legal só se transfere e se integra no patrimônio público pela sentença adjudicatória. Nesse ponto, autores renomados como Hely Lopes Meirelles, apregoam que *“na desapropriação indireta o bem se integra no patrimônio público pelo só ato do apossamento”*.<sup>147</sup>

Divergindo da exegese supra citada, há autores que, sem negar os efeitos da desapropriação indireta e o dever de indenizar, não aceitam a idéia de que a simples afetação do bem particular a um fim público possa constituir forma de transferência da propriedade. Desse modo, *“quando se aplica à desapropriação indireta a regra do art. 35 do Decreto-lei 3.365, há que se entender que esta aplicação se faz por analogia, já que essa desapropriação não é medida suficiente para incorporar o bem à Fazenda Pública”*.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> João Nunes Sento Sé, ob. cit., p. 144-145.

<sup>147</sup> *Desapropriação...*, supracitado, p. 309-310. Ainda nesse sentido: Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., p. 229-230; Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. cit., p. 281. Entendem de modo diverso: Juarez Freitas, *Estudos de direito administrativo*, p. 102; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 153; Joaquim de Almeida Baptista, ob. cit., p. 121-122; Roberto Mattoso Câmara Filho, ob. cit., p. 505-506. Arremata o último autor que: “só após efetivado o pagamento da indenização pelo Poder Público, é que se adjudica o imóvel ao Poder Público, (...), haverá uma decisão que incorpore o bem ao domínio público e deva ser levada ao registro de imóveis, à semelhança da sentença do art. 29, da lei de Desapropriação”.

<sup>148</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 153.

Desta feita, se o particular não pleitear a indenização em tempo hábil, permitindo a prescrição de seu direito, o Poder Público deverá regularizar a situação do imóvel através da ação de usucapião.

Entretanto, com a destinação do imóvel, ou seja, a sua transformação num “bem de uso comum”, na qualificação do inciso I do artigo 66 do Código Civil, há quem perceba a sua transferência para o domínio público do ente expropriante. Dispõe o inciso em tela:

*“Art. 66. Os bens públicos são:*

*I – de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;”.*

Mesmo perdurando a divergência apresentada, esta é extremamente reduzida quando a questão é colocada nos seguintes termos: o bem afetado torna-se, daí por diante, fora da esfera jurídica de seu antigo possuidor, que deverá recorrer ao Poder Judiciário para ter garantido seu direito à indenização.

Parece de bom tom, diante dos conflitos interpretativos anteriormente suscitados, concluir que a propriedade particular irregularmente apossada pelo Poder Público **não é transferida** para o domínio público em virtude, tão somente, pela destinação pública a ele conferida. O que ocorre, *data maxima venia*, é a superveniência de uma força irresistível ao particular em reaver a **posse** de seu imóvel, quando esta já está comprometida face os princípios da *intangibilidade da obra pública* e/ou da *continuidade da prestação do serviço público*.

Colhe-se do corpo do acórdão do Recurso Extraordinário n.º 102.574-PE, o seguinte ensinamento de seu Relator, o Ministro Soares Muñoz (v.u. – DJU de 08.11.84):

*“A chamada ação de desapropriação indireta é, na sua substância, ação reivindicatória que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar à posse do autor, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. O autor, assim como na reivindicatória, tem de provar o seu domínio e a posse injusta do réu. Satisfeitos esses pressupostos, a devolução do imóvel será substituída pelo ressarcimento do seu valor segundo for avaliado. A sentença é que constituirá o título de transmissão do domínio, uma vez paga pelo esbulhador a indenização correspondente ao ato ilícito que praticou. Ação real que é, a ela se aplica o art. 95 do Código de Processo Civil, nos termos da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, indicada na petição recursal e no parecer”.* (grifamos)

Perde, então, o proprietário, certo direito que não é a propriedade e, reciprocamente, a Administração Pública ganha o que o proprietário perdeu: *“é a posse, tornando-se, pois, a pessoa administrativa a possuidora da coisa alheia”*.<sup>149</sup>

Dado o caráter definitivo da posse em apreço, é preciso transferir, necessariamente, a propriedade para a Administração e conceder a respectiva indenização ao proprietário. Tal situação, contudo, poderá se concretizar através do usucapião extraordinário, da ação de procedimento ordinário de indenização por desapropriação indireta ou da desapropriação direta, que regularizarão a situação do imóvel.

No mesmo diapasão, colaciona-se o seguinte posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*“A jurisprudência predominante na Corte é no sentido de que, ainda que adquirida, a propriedade, após o Decreto expropriatório ou o respectivo apossamento administrativo, o novo adquirente faz juz à indenização porquanto, só com esta (indenização) aperfeiçoa-se a transferência do domínio”*. (Recurso Especial n.º 135.553-SP – Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 17.04.98 – DJU 01.06.98) (grifamos)<sup>150</sup>

Ainda, pode-se analisar o tema sob o seguinte aspecto: a esmagadora maioria dos defensores da transferência da propriedade particular para o ente público esbulhador, através tão-somente de sua destinação pública, não abrem mão de que o prazo prescricional para a propositura da ação indenizatória é de 20 anos, o que é totalmente correto.

Perceba-se, entretanto, que há uma inafastável controvérsia entre a arguição da possibilidade da incorporação do bem particular ao domínio público tão-somente pela sua destinação pública e a utilização do prazo vintenário do usucapião para a respectiva ação indenizatória. Como se pode sustentar que o prazo prescricional da ação indenizatória é aquele destinado ao usucapião, forma originária de aquisição da propriedade, se já haveria ocorrido a transferência do domínio?

Salvo melhor entendimento, embora se pleiteie indenização, *“o direito do proprietário permanece enquanto o proprietário do imóvel não perde a propriedade pelo usucapião extraordinário em favor do poder público”*.<sup>151</sup>

<sup>149</sup> José Cretella Júnior, ob. cit., p. 33.

<sup>150</sup> Conferindo interpretação idêntica à ementa acima citada, pode-se referenciar ainda: Recurso Especial n.º 108.546-PR – Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Milton Pereira – DJU 10.08.98.

<sup>151</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 153.

### 3.7 Há legitimidade jurídica do promitente comprador para receber a indenização proveniente da desapropriação indireta?

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, ainda que adquirida a propriedade após o Decreto expropriatório ou o apossamento administrativo, o novo adquirente tem direito à indenização, visto que só mediante a indenização dá-se a transferência do domínio.

Assim, desnecessária é a existência de cláusula no contrato de compra e venda ou de promessa de venda ou de cessão, de que o novo adquirente se sub-roga no direito à indenização. Evidentemente, o exercício desse direito é ínsito (ou expresso) no negócio jurídico.

Destarte, após grandes debates acerca da questão, atualmente não se tem contestado a legitimidade *ad causam* dos cessionários de promessa de compra e venda de imóvel para figurar na ação de indenização por desapropriação indireta. O fundamento que comumente é apresentado objetivando a declaração de ilegitimidade para se receber a devida indenização da Fazenda Pública, é o de que não há como os promissários transferirem à expropriante o domínio do imóvel, após o recebimento do preço.

Contudo, no foro, nota-se que normalmente ocorre a indicação de livros e inscrições e encadeamento dos registros de promessa de compra e venda e respectiva cessão, de modo a não deixar dúvidas de que os cessionários de promessa de compra e venda do imóvel, mediante escritura pública devidamente registrada e com o **preço quitado**, não há como se negar o direito a receber os valores devidos a título de indenização.

Ora, se os compromissários vendedores outorgam todos os direitos e ações aos promitentes compradores, não há óbice algum a se reclamar, pois a ação de desapropriação indireta nada mais é do que o exercício de um destes direitos.

Havendo de tal sorte disposição dos promitentes compradores em apresentar a competente certidão correspondente à adjudicação compulsória, por hipótese, através de sentença transitada em julgado (registrada e com negativa de ônus e alienação), por mais razão ainda não se desqualificará a legitimidade processual à demanda judicial.

Seria, com a devida vênia, contrário aos preceitos do direito processual moderno negar-se o exercício do direito de ação pelo fato de não ser o autor da demanda judicial o titular do domínio do imóvel, uma vez comprovado que a atual propriedade é efêmera e em trâmites de irrecusável transferência.

Em situações especiais como a presente, em que se procura a garantia de que se está pagando indenização a quem tem direito, poder-se-á, se para tanto for exigido, na fase executória da ação, para a liberação do depósito, requerer a apresentação pelo promitente comprador da certidão de adjudicação, por sentença transitada em julgado, em seu favor.

Daí resulta que a questão da apresentação da prova do domínio fica diferida para a oportunidade do pagamento do preço, que só será efetivado se e quando for apresentada a prova da propriedade.

Ressalte-se que a Fazenda Pública não corre o risco de vir a ser prejudicada mediante pagamento do *quantum* indenizatório sem que lhe seja transferido o domínio do imóvel.

Consoante a predominante doutrina, todos os bens móveis e imóveis são desapropriáveis, inclusive direitos e ações e, especificamente, os direitos reais e, até, a **posse**. Assim é que adverte Hely Lopes Meirelles: “*A desapropriação da propriedade é a regra, mas a posse legítima ou de boa-fé também é expropriável por ter valor econômico para o possuidor. (...). Certamente a posse vale menos que a propriedade, mas nem por isso deixa de ser indenizável, como tem reconhecido e proclamado os nossos tribunais*”.<sup>152</sup>

Com efeito, se a posse é indenizável, com mais razão é indenizável a posse apoiada em compromisso de compra e venda, devidamente quitado.

O artigo 44, inciso I, do Código Civil considera imóvel, para os efeitos legais, os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram.

Conseqüentemente, o compromisso de compra e venda ou de cessão constitui direito real sobre imóvel, estando inscrito no Registro Imobiliário competente, constituindo objeto de desapropriação. Se assim é, uma vez havendo apossamento indevido sobre bem dado em promessa de venda ou de cessão, a hipótese é inconfundivelmente de desapropriação indireta, que só se aperfeiçoa com o pagamento de justa indenização.

Não há, *data venia*, como se exigir que o titular de direito real sobre imóvel permaneça espoliado de seu bem, sem prévia indenização. Inviável, deste modo, falar-se em ilegitimidade ativa dos promitentes compradores.

Com escólio na doutrina e jurisprudência majoritária colaciona-se a seguinte ementa:

**“PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DEVIDAMENTE REGISTRADA. DIREITO GERAL SOBRE IMÓVEL PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE DO**

<sup>152</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito...*, supracitado, p. 505.

**PROMITENTE COMPRADOR PARA RECEBER INDENIZAÇÃO.** (...) *A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte (20) anos. Súmula 119/STJ*.<sup>153</sup>  
(Recurso Especial n.º 135.553-SP – Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 17.04.98 – DJU 01.06.98) (grifamos)

### 3.8 Qual o prazo prescricional da ação de desapropriação indireta?

A jurisprudência<sup>154</sup> reputou a ação de desapropriação indireta como **ação real**<sup>155</sup>. Desta feita, surgiu a questão do prazo prescricional do artigo 177, do Código Civil.

Após exaustivos debates judiciais, ficou fora de dúvida que o apossamento administrativo constitui ato ilícito contra o direito de propriedade, preponderando o dever de indenizar através de ação de desapropriação indireta sob a qual se impõe a interpretação sistemática dos artigos 177 e 550, do mesmo diploma legal.

Roberto Mattoso Câmara Filho, utilizando dos argumentos de Clóvis Bevilácqua transcreve seu entendimento: *“as ações reais extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente elimina o do antigo titular”*.<sup>156</sup>

De fato, a prescrição aquisitiva é ao mesmo tempo causa de aquisição e de extinção de direitos. Então, há predominância da força geradora, sendo que a extinção vem por via de consequência. O proprietário perde o domínio porque o adquire o possuidor, no caso o Poder Público.

Para Cláudia de Rezende Machado de Araújo, aplica-se às ações de desapropriação indireta a prescrição aquisitiva. Propugna a autora: *“estas ações são consideradas ações reais e desta forma prescrevem em 10 anos entre presentes e 15 anos entre ausentes, nos termos do disposto no art. 177 do Código Civil”*.<sup>157</sup>

<sup>153</sup> Vide igualmente o acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 157.352-SP – DJU 24.08.98 – que teve como Relator o Ministro Garcia Vieira.

<sup>154</sup> Discutiu-se se ação de desapropriação indireta teria natureza real ou pessoal. Se entendida como uma ação de indenização comum, ela teria natureza pessoal; todavia, se considerada como uma reivindicatória que se resolve em perdas e danos, seria uma ação de natureza real. Prevalece na Suprema Corte o entendimento de que sua natureza é de ação reivindicatória, que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade do imóvel voltar à posse do proprietário, em face do caráter irrecorrível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. Vide: Recursos Extraordinários ns.: **109.853-SP** – Rel. Min. Neri da Silveira (DJU de 19.12.91); **102.574-PE** – Rel. Min. Soares Munhoz (DJU de 08.11.84).

<sup>155</sup> A ação real, trata-se de: “ação que tem por objetivo um direito de propriedade ou um direito real sobre coisa alheia”. Marcus Cláudio Acquaviva, ob. cit., p. 76.

<sup>156</sup> *Código civil comentado*, p. 450, apud Roberto Mattoso Câmara Filho, ob. cit., p. 501-502.

<sup>157</sup> Cláudia de Rezende Machado de Araújo, ob. cit., p. 276.

Segue a autora afirmando que *“este dispositivo deve ser interpretado em harmonia com os arts. 550 e 551 do mesmo Código. Sendo assim, o proprietário expropriado indiretamente de um bem poderá reclamar a indenização através da ação de desapropriação indireta até que o Estado adquira a propriedade do bem através do usucapião”*.<sup>158</sup>

Os defensores dessa corrente doutrinária, partem do pressuposto de que não há no ordenamento jurídico brasileiro um mandamento que afirme que a propriedade pode ser perdida pelo seu não uso, tão simplesmente.

Então, caso o apossamento tenha ocorrido sem justo título e boa-fé, o que é mais corriqueiro, o prazo para que a Administração adquira a propriedade do bem expropriado indiretamente, através do usucapião<sup>159</sup> (extraordinário), será de 20 anos<sup>160</sup>. Enquanto isso não acontecer, o proprietário poderá reclamar a indenização pela perda do seu imóvel, em função do ilegítimo domínio exercido pela Administração.

Entretanto, a ação proposta em face do Poder Público deverá ser intentada dentro do prazo quinze anos, entre ausentes, ou dez anos, entre presentes, se a posse do ente expropriante se fundar em justo título e boa-fé.

A análise da questão do prazo vintenário deve levar em conta, ainda, a relação existente entre o decurso do prazo e o usucapião. Nesse particular, de grande valia a explanação feita no Recurso Especial n.º 2.442-MG, que teve como Relator o Ministro Adhemar Maciel (Segunda Turma – m.v. – j. 18.12.97 – DJU 16.03.98), assim ementado:

*“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO.*

*A decretação da prescrição, quando se trata de imóvel particular afetado à destinação pública sem o devido processo legal, depende tão-só do decurso do prazo de vinte anos, independentemente da intenção de usucapir. Não é a usucapião do imóvel que impede a indenização, e sim, a perda do prazo para a propositura da ação de reivindicação. Hipótese em que a afetação do domínio público é manifesta, na medida em que a propriedade privada foi utilizada para a construção de uma rodovia. Recurso especial conhecido e provido”.*  
(grifamos)

Da ementa acima exprime-se o seguinte questionamento: a inviabilização da indenização do imóvel particular afetado à destinação pública sem o devido processo legal

<sup>158</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>159</sup> A palavra usucapião “vem do latim usu + capere, isto é, adquirir pelo uso, pela posse. Alguns autores se referem ao usucapião, outros preferem a palavra no feminino, a usucapião. O CC escolheu o gênero masculino para o vocábulo, seguindo a doutrina ainda dominante. Enfim, nas palavras de Serpas Lopes, podemos lembrar que o assunto interessa mais aos gramáticos do que ao jurista,...”. Marcus Cláudio Acquaviva, ob. cit., p. 1.248.

depende, ou não, simultaneamente, do decurso do prazo do usucapião e da perquirição do *animus domini*?

A resposta à indagação em referência não é uníssona nos Tribunais brasileiros. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem vacilado a respeito do tema.

Contudo, respeitadas as opiniões em contrário, parece prosperar a tese da não necessidade de perquirir o *animus domini* quando transcorrido o prazo do usucapião.

Por conseguinte, decorridos vinte anos, o proprietário já não tem ação de reivindicação, de que a ação de indenização é mero sucedâneo. É fundamental evidenciar que não é o usucapião do imóvel que impede a indenização, mas sim a perda do prazo para a propositura da ação de reivindicação.

Então, a ação de usucapião somente é exigível do Poder Público quando o proprietário não pleiteia a indenização em tempo hábil, permitindo a prescrição do seu direito à justa indenização. Assim, o usucapião regularizará a situação patrimonial do imóvel, com o qual se operará a transferência da propriedade.

O direito à indenização aparece, então, “*como um sucedâneo do direito de reivindicação do imóvel, ficando sujeito ao mesmo prazo prescricional*”.<sup>161</sup>

A seu turno, Hely Lopes Meirelles esclarece não haver contradição alguma em se afirmar o caráter real da ação de desapropriação indireta e dizer que se trata de uma ação de indenização comum. Nesse sentido destaca:

*“Carpenter foi mais veemente e classificou de erro crasso o disposto no art. 177 do CC, que ‘passou incólume através de todas as discussões do plenário da Câmara e do Senado’. E arremata: ‘A prescrição das ações reais de que fala o art. 177 do Código não é uma verdadeira e própria prescrição de ações; é a consequência inevitável, para o antigo possuidor, do usucapião completado ou consumado pelo atual possuidor; é o próprio usucapião, que tanto pode ser encarado pela sua face positiva, consoante a qual o atual possuidor adquire direito real, como pela sua face negativa, consoante a qual o antigo possuidor perde o mesmo direito real, que passa para o atual possuidor que completou o prazo do usucapião’.*”<sup>162</sup>

Sensível à realidade tão precisamente pontuada pelo autor em evidência, a jurisprudência excluiu as ações reais da prescrição quinquenal, tão desejada pelas Fazendas

<sup>160</sup> Nesse sentido: Recurso Especial n.º 124.010-SP – Segunda Turma – m.v. – Rel. Min. Adhemar Maciel – j. 04.12.97 – DJU 16.03.98.

<sup>161</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 153.

<sup>162</sup> Luiz F. Carpenter. *Manual do código civil brasileiro*. v. 4, [s.e.], 1929, p. 357-358, apud *Desapropriação...*, supracitado, p. 316.

Públicas. Isto se deve, também, ao fato de que tal “lógica” reconheceria, finalisticamente, um usucapião de cinco anos, que não aquele de caráter especial descrito na Constituição de 1988.

De modo contrário, há doutrinadores que compreendem ser de 5 anos o prazo prescricional para intentar a ação de indenização por desapropriação indireta, utilizando de embasamento legal ora o artigo 177 do Código Civil, em virtude da aparente confusão existente entre seu texto e conjunto do Código Civil, ora o Decreto n.º 20.920 de 06.01.32, que se passará a analisar.

Essa última corrente, defendida, dentre outros autores, por Alceu di Nardo, entende que a indenização devida nos casos de desapropriação indireta é apenas um crédito que o particular possui contra a Fazenda Pública, estando, portanto, sujeito à prescrição quinquenal do artigo 1.º do Decreto n.º 20.920, que dispõe:

*“Art. 1.º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim, todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originam”.*

Os defensores da incidência do quinquênio prescricional a essas ações afirmam que a lei é clara, aludindo expressamente a toda e qualquer ação, o que levaria à conclusão de que também as ações reais por ele são alcançadas. Dizem que só assim se justificaria a redundância a toda e qualquer ação “seja qual for a sua natureza”.

Pouco importa, argumentam, que o Código Civil não tenha previsto um usucapião de cinco anos a favor das Fazendas Públicas, não restando ao proprietário ação para reaver a coisa.

Finalmente, afirmam os seguidores dessa diretriz que a prescrição extintiva ou liberatória ocorre sem a necessidade concomitante de caracterização do usucapião:

*“Por outro lado, não se há de consultar o direito sobre (sic) usucapião, para se decidir sobre (sic) qualquer questão sobre (sic) prescrição. Se o que usucapiu pode alegar contra o titular de ação real, ou de pretensão real, o seu direito usucapido, tal alegação é objeção, e não exceção: por ela afirma que não mais é titular de pretensão real, ou de ação real, aquele (sic) que se apresenta com a sua exigência, uma vez que, se o tivesse sido, teria perdido do direito, de que se irradiou a pretensão, ou a ação, pelo contragolpe do fato jurídico do usucapião”.*<sup>163</sup>

<sup>163</sup> Alceu Di Nardo, *Aplicação da prescrição quinquenal às chamadas ações de desapropriação indireta*, p. 190.

De sua vez, os que se colocam no campo oposto alegam que, se o Código Civil estabelece os prazos ao fim dos quais o possuidor adquire o domínio da coisa, enquanto esses prazos não decorrem, o domínio permanece com o proprietário. Assim, concluem que quando o Decreto n.º 20.910/32 fala em “todo e qualquer direito ou ação”, refere-se a toda e qualquer ação pessoal. As reais não são atingidas pelo quinquênio prescricional<sup>164</sup>.

Em defesa de seu posicionamento, expõe Alceu di Nardo: “*caberá ao proprietário despojado diligenciar, dentro do prazo de cinco anos, contados da ocupação das terras, no sentido do recebimento da co-respectiva indenização. Outro caminho não lhe restará*”.<sup>165</sup>

Completa o doutrinador: “*Ora, se se transformaram, dada sua nova destinação, em benefício de uso comum e, se em razão dessa nova condição são insuscetíveis de reivindicação ao particular que delas se viu privado restará apenas o direito de receber a co-respectiva indenização: o seu direito de propriedade se transmuda em direito a simples crédito*”.<sup>166</sup>

Assim, alude que para o recebimento da indenização, ou seja, o direito ao recebimento de prestações em dinheiro, expressão patrimonial em que se converteu o seu antigo direito de propriedade sobre a coisa, como qualquer outro direito obrigacional, se extinguiria com o lapso definido no Decreto 20.910/32.

*Data venia*, o entendimento acima encontra-se totalmente superado.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula n.º 119<sup>167</sup>, refletindo a interpretação majoritária da doutrina e da jurisprudência, pacificou a matéria:

“*A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos*”.<sup>168</sup>

Pode-se argumentar, ainda, que a prescrição a favor do Poder Público, como preceito geral que é, deixa de ter aplicação quando há um preceito de caráter especial. Este, respaldado em garantias individuais imutáveis via emenda e constitucionalmente asseguradas, deve prevalecer sobre aquele.

<sup>164</sup> Nesse sentido: Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 288-289.

<sup>165</sup> Ob. e loc. cit.

<sup>166</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>167</sup> DJU 16.11.94, 31.143.

<sup>168</sup> Como precedentes podem ser citados os Recursos Especiais de ns.: **4.009-0-SP** (Segunda Turma – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 03.09.90 – DJU 24.09.90); **7.188-0-SP** (Primeira Turma – Rel. Min. Garcia Vieira – j. 16.06.93 – DJU 30.08.93); **7.553-0-SP** (Primeira Turma – Rel. Min. Milton Pereira – j. 22.09.93 – DJU 18.10.93); **20.213-2-SP** (Primeira Turma – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 05.10.92 – DJU 16.11.92); **30.674-0-SP** (Primeira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 25.10.93 – DJU 22.11.93); **36.954-1-RJ** (Segunda Turma –

Inelutavelmente, a compreensão jurisprudencial harmonizou-se na afirmação de que, na desapropriação indireta, o direito de ação não é atingido pela prescrição quinquenal, assentamento prestigiado no seguinte aresto, *ad exemplum*:

*“Desapropriação indireta – Indenização – Prescrição Inexistente. Direito de pleitear indenização. Inocorrência de prescrição extintiva. Ausência de negativa de lei (art. 172, V, 173 e 550 do Código Civil). Dissídio jurisprudencial não configurado. Recurso não conhecido”. (Recurso Especial n. 213-PR – Segunda Turma – v.u. – Rel. Min. Miguel Ferrante – j. 21.08.89 – DJU [198\_])<sup>169</sup>*

Na mesma linha interpretativa, o Ministério Público Federal assim se manifestou: *“a respeito da matéria, o Col. Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que: ‘...vivo o domínio, não pode deixar de ser considerada viva a ação que o protege. Enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade, por efeito de usucapião do expropriante, vale o princípio constitucional sobre o direito à indenização, e tem ele ação de desapropriação indireta’”*.<sup>170</sup>

O extinto Tribunal Federal de Recursos já contemplava tal entendimento:

*“Desapropriação indireta. Prescrição. Inocorrência, no caso. Enquanto o proprietário do imóvel não perder a propriedade por força do usucapião que favoreça o expropriante, sobrevive o direito a indenização, podendo a ação ser ajuizada no prazo da reivindicação”*.<sup>171</sup>

Não se perca de vista, de acordo com o que foi demonstrado, que a desapropriação indireta é fruto, eminentemente, de um **ilícito administrativo**, daí serem os tribunais francamente favoráveis à total indenização do proprietário expropriado indiretamente.

Preciosa, ainda, é a ressalva de que se encontra em vigor, após diversas reedições, a Medida Provisória n.º 1774-25, de 06 de maio de 1999. O texto deste ato normativo (precário) tem o objetivo principal de acrescentar e alterar dispositivos do Decreto-lei n.º 3.365 de 21 de junho de 1941, e da Lei n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.

---

Rel. Min. Ministro Américo Luz – j. 15.09.93 – DJU 25.10.93); **33.399-8-SP** (Segunda Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 04.04.94 – DJU 18.04.94).

<sup>169</sup> *RSTJ*, 1(3):1005-1153, nov. 1989, p. 1088.

<sup>170</sup> Recurso Extraordinário n. 6.833-RS. *apud RSTJ*, Brasília, a. 7, (72): 17-48, agosto 1995, p. 26 (Recurso Especial n.º 7.553-0-SP – Primeira Turma – Rel. Min. Milton Pereira – j. 22.09.93 – DJU [199\_]).

<sup>171</sup> AC-158.762-GO – Quarta Turma – Rel. Min. Pádua Ribeiro.

Inobstante a flagrante inconstitucionalidade da Medida Provisória em referência, senão diante dos ditames inafastáveis da relevância e urgência (artigo 62 da Constituição Federal), ao menos em razão de sua arbitrária reprodução e choque com a garantia constitucional da justa indenização, cabe transcrever trecho de seu corpo:

*“Art. 1.º O Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, passa a vigorar com acréscimo de um parágrafo único ao seu art. 10 e de um art. 15-A, com a seguinte redação:*

*‘Art. 10. ....*

*Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.’(NR)*

*‘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 seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.*

*§ 1.º O disposto no caput deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.*

*§ 2.º Nas ações referidas no parágrafo anterior, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.’ (NR)”.<sup>172</sup> (grifamos)*

Através da análise das ementas colacionadas ao longo deste trabalho, poder-se-á notar que a Medida Provisória supra citada tem sido totalmente desconsiderada, mantendo-se os entendimentos e conclusões alcançadas pelos Tribunais pátrios ao longo do progressivo amadurecimento da matéria junto aos mesmos.

<sup>172</sup> Publicação no Diário Oficial n.º 86, Seção 1, de 7 de maio de 1999, p. 39.

### 3.8.1 Início da contagem do prazo prescricional

O momento inicial da “posse ilícita” é o *dies a quo* do prazo do usucapião em favor do Poder Público. Esse entendimento é predominante nos Tribunais Superiores, sendo que referido “prazo corre da data em que efetivamente se deu o apossamento administrativo”.<sup>173</sup>

Entretanto, se o proprietário consentiu na posse do Poder Público, o *dies a quo* passa a ser o momento em que cessou o consentimento e a posse se tornou ilegítima. Nessa hipótese, há que distinguir duas situações:

a) fixou-se um prazo para o apossamento pelo Poder Público, e então o início do prazo do usucapião é a partir do dia final de tal prazo;

b) não se fixou prazo para o apossamento, e então mister é que o proprietário notifique o Poder Público para entregar a posse.

Já na hipótese de o Poder Público se apossar do imóvel, para depois abandonar sua posse, que ficou vaga ou foi adquirida por outro, e veio de novo, *a posteriori*, a possuí-la, não se conta, para efeito de usucapião, a posse anterior<sup>174</sup>, incidindo o artigo 552, do Código Civil:

*“Art. 552. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor (art. 496<sup>175</sup>), contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas”.*

A contento, se o Poder Público ceder a posse direta a terceiro, conservando a posse indireta, conta-se tal posse para efeito de usucapião. Isso porque a posse mediata é tão posse e tão poder fático, quanto a imediata. Torna-se indispensável, desta maneira, que a posse tenha sido própria, como se fosse do dono.

Há situações que exigem um exame mais apurado para a definição do termo inicial da contagem do prazo prescricional. Nesse intento, colaciona-se a ementa do

<sup>173</sup> Trecho colhido da ementa do acórdão do Recurso Especial n.º 124.010-SP – Segunda Câmara – m.v. – Rel. Min. Adhemar Maciel – j. 04.12.97 – DJU 16.03.98.

<sup>174</sup> Nesse sentido: Roberto Mattoso Câmara Filho. ob. cit., p. 504-505.

<sup>175</sup> É o teor do artigo 496 do Código Civil: “O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”.

Recurso Especial n.º 118.765-PR, proveniente da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, e que teve como Relator o Ministro José Delgado (v.u. – j. 01.12.97 – D.J. 16.03.98), *in verbis*:

**“ADMINISTRATIVO. CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO.**

1. O ato inequívoco de reconhecimento de domínio, como se caracteriza o representado por decreto expropriatório, é causa contribuidora para a interrupção da prescrição para fins de ação ordinária de indenização por desapropriação indireta.

2. Terras ocupadas e depois desapropriados (sic) no Estado do Paraná para abertura de rodovias.

3. Expedição do Decreto n. 20.671, de 20.07.70, desapropriando os referidos imóveis. **Eficácia de ter provocado a interrupção da prescrição.**

4. Precedentes jurisprudenciais: Resp n. 3656, Rel. Min. Garcia Vieira, RSTJ, vol. 13, pág. 405; Resp n. 5.051-MS, Rel. Min. Geraldo Sobral, DJ de 01.04.91; Resp n. 6.578-0-PR, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 09.05.94; Resp n. 21.222-8-BA, 2ª T, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 11.04.94; Resp n. 63.706-6, Rel. Min. César Asfor, julgado em 31.05.95; Resp n. 4.010-SP, Rel. Min. Américo Luz, DJ de 31.08.92; Resp n. 5.687-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 26.11.90; Resp n. 10206-SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 23.09.91.

5. **Recurso especial provido para afastar a prescrição**”. (grifamos)

No Recurso Especial em referência, debateu-se, em síntese, se na relação jurídica havia, ou não, a incidência “do princípio de que a prescrição se interrompe por ato inequívoco do sujeito a quem ela aproveita” (p. 02), conforme prelecionado pelo artigo 172, inciso V, do Código Civil.

Depreende-se do caso aludido, que o ponto de partida para a contagem do prazo prescricional nem sempre será a posse, do qual surge a pretensão usucapienda por parte da Administração Pública. Isso porque qualquer ato inequívoco que reconhecer o direito do proprietário desapossado, fatalmente interromperá o prazo prescricional da ação de indenização por desapropriação indireta, senão vejamos, *in verbis*:

*“Art. 172. A prescrição interrompe-se:*

*(...)*

*V – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor”.*

A hipótese acima referenciada foi apreciada no Recurso Especial n.º 62.375-PR (Segunda Turma – v.u. – Rel. Min. Peçanha Martins – j. 20.08.98 – DJU 26.10.98), resultando na ementa abaixo transcrita, *in verbis*:

“CIVIL – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – PRESCRIÇÃO – DECRETO DE UTILIDADE PÚBLICA – INTERRUPTÃO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA – PRECEDENTES STJ.

- A desapropriação indireta, quanto à sua natureza jurídica, é ação real, prescrevendo em 20 (vinte) anos.

- O decreto de utilidade pública do imóvel expropriado importa em reconhecimento do direito à indenização, **interrompendo** o prazo prescricional vintenário.

- Recurso conhecido e provido”. (grifamos)

O reconhecimento da propriedade do particular vítima do desapossamento ilegal levado a cabo pelo Poder Público, independentemente da posse que até então vinha desenvolvendo, interrompe a prescrição da ação indenizatória.

O artigo 553 do Código Civil brasileiro é taxativo, *in verbis*:

“Art. 553. As causas que obstem, suspendem, ou interrompem a prescrição, também se aplicam ao usucapião (art. 619, parágrafo único), assim como ao possuidor se estende o disposto quanto ao devedor”.

Oportuno trazer à colação a ementa do acórdão proferido no Recurso Especial n.º 21.222-8, de que foi Relator o Ministro Hélio Mosimann (Segunda Turma – j. 12.05.94 - DJU 25.07.94):

“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. POSSE VINTENÁIA, SEM INTERRUPTÃO, NEM OPOSIÇÃO. ÂNIMO DE DONO. REQUISITOS ESSENCIAIS, CAUSA INTERRUPTIVA DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 172 – V E 550 DO CÓDIGO CIVIL.

Para se consumar o usucapião, faz-se necessário o decurso de vinte anos **ininterruptos e sem qualquer oposição, além da posse com ânimo de dono.**

Qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito, constitui causa interruptiva da prescrição. Faltando um dos requisitos indispensáveis – o *animus domini* – e demonstrada, ainda, a ocorrência de ato dando causa à interrupção do prazo, impossível o reconhecimento do usucapião. Afastada a

*prescrição aquisitiva, prossegue, nos ulteriores termos processuais de desapropriação indireta*". (grifamos)

Não resta dúvida de que o decreto expropriatório de bem ocupado por ente público retrata, com explicitude, o seu conhecimento do fato jurídico irradiador da obrigação e da pretensão que do apossamento emanam, acarretando como consequência inevitável a interrupção da prescrição<sup>176</sup>.

Vale lembrar que dentre os elementos apontados pela doutrina e jurisprudência como sendo indispensáveis para que a prescrição ocorra, destacam-se três em especial: a fixação legal de um tempo; o decurso desse tempo; negligência ou inação do titular de direito.

### **3.9 Requisitos indispensáveis ao ajuizamento da ação de indenização por desapropriação indireta e a não aplicabilidade do artigo 34 do Decreto-lei 3.365/41**

Como já analisado, muitas vezes o Poder Público (*lato sensu*) se "imite" na posse de um imóvel antes sequer de decretá-lo de utilidade pública ou interesse social, muito menos depositando o valor correspondente.

O resultado desse verdadeiro esbulho possessório é a imposição ao proprietário desapossado, que assim se vê prejudicado diante da perda dos poderes inerentes à sua propriedade, de ter de recorrer ao Poder Judiciário para resguardar o direito de ser indenizado pelos prejuízos provocados pelo Poder Público.

A ação de procedimento ordinário de indenização por desapropriação indireta visa justamente prevenir e exigir a responsabilização do Poder Público, cobrando-lhe em pecúnia todos os danos que aquele ato de violência e ilegalidade proporcionaram ao proprietário particular (em especial).

Os fundamentos jurídicos da ação de indenização encontram-se tanto na Constituição Federal de 1988 como na legislação infra-constitucional pátria. Dentre os principais dispositivos jurídicos utilizados no foro e que servem de fulcro para a ação em referência podem-se citar:

- a) Constituição Federal de 1988: art. 5.º *caput* e incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV;

<sup>176</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil*, t. 4, p. 220-221.

b) Código Civil: arts. 159 *caput* e parágrafo único, 1.059, 1.060 e 1.061.

Contudo, existem certos requisitos indispensáveis para o ajuizamento da ação de indenização. O primeiro deles é a prova do domínio do imóvel pelo particular autor da ação, o que é possível através de certidão de filiação expedida pelo Cartório do Registro de Imóveis.

O segundo requisito trata-se da comprovação dos pagamentos regulares dos impostos incidentes sobre o bem objeto do apossamento irregular como: o imposto territorial urbano (expedido pela respectiva prefeitura) ou rural (expedido pelo INCRA)<sup>177</sup>.

Outro ponto a ser levado em consideração é o concernente ao prazo para a propositura da ação. Como afirmado no item 3.8 do presente capítulo, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que referido prazo é o mesmo do usucapião, variando de acordo com a situação concreta e existência, ou não, de justo título e/ou boa-fé.

Em razão das peculiaridades da desapropriação indireta, o Poder Público cria uma situação em que o particular desapossado deverá buscar a tutela jurisdicional, propondo demanda judicial à qual não estaria obrigado em uma desapropriação regular. São invertidos, portanto, os pólos processuais cabendo ao proprietário prejudicado assumir os ônus inerentes à figura de autor.

Estabelece o artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil:

*“Art. 333. O ônus da prova incumbe:*

*I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.*

Assim, incumbe ao particular/demandante demonstrar efetivamente que a ocupação, a redução do coeficiente de aproveitamento do bem, sua alteração estrutural, sua depreciação ou o esvaziamento do seu conteúdo econômico realmente ocorreram.

Ainda, quanto aos requisitos da petição inicial, precisa é a ementa do acórdão proferido no Recurso Especial n.º 106.838-SP (Segunda Turma – v.u. – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 19.11.98 – DJU 01.02.99) ao definir qual a ação correta à espécie:

*“PROCESSO CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. REQUISITOS SATISFEITOS.*

*O direito pretoriano criou a expressão desapropriação indireta para caracterizar um estado de fato, decorrente de apossamento*

<sup>177</sup> Carlos Alberto Dabus Maluf, *Teoria e prática da desapropriação*, p. 236.

*administrativo, no qual, por força da afetação do bem ao domínio público, só resta ao proprietário a indenização que receberia se o imóvel tivesse sido desapropriado segundo o processo regular; a ação cabível, neste caso, é a ação ordinária de indenização, substitutiva da ação de reivindicação – corretamente articulada na espécie. Recurso especial não conhecido”. (grifamos)*

Por outro lado, como a ação de procedimento ordinário de indenização por “desapropriação indireta” exige, necessariamente, vários elementos dos quais alguns se encontram elencados no artigo 34 do Decreto-lei 3.365/41, a exigência da comprovação destes após o exame de mérito (sentença transitada em julgado) mostra-se totalmente desnecessária.

Estabelece o artigo acima citado:

*“Art. 34. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com prazo de 10 (dez) dias, para conhecimento de terceiros.*

*Parágrafo único. Se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo”.*

Nesse sentido a ementa abaixo demonstra o entendimento já pacificado no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

**“ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR APOSSAMENTO ILÍCITO (desapropriação indireta).**

*Prova Dominial Resolvida na Fase de Conhecimento (Legitimação ativa “ad causam”). Levantamento do Valor Indenizatório depositado. Inaplicabilidade do Art. 34, Decreto-lei 3.365/41.*

*1. Afirmada a legitimação ativa “ad causam”, com pressupostos na prova de propriedade, examinada no processo de conhecimento, quando da execução, descabe a aplicação do art. 34, DEL 3.365/41, na ocasião do levantamento do valor indenizatório depositado e estabelecido na sentença de mérito.*

*2. Precedentes jurisprudenciais (STJ e STF).*

*3. Recurso não provido”.*

*(Recurso Especial n.º 103554-SP – Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – j. 17.09.98 – DJU 30.11.98) (grifamos)*

### 3.10 Procedimento, foro competente e intervenção do Ministério Público

O processo expropriatório regular, no seu devido procedimento legal, está indicado no Decreto-lei n.º 3.365/41, em seus artigos 11 a 30, só sendo aplicáveis as disposições do Código de processo Civil no caso de alguma omissão (artigo 42).

Sendo totalmente omissos o Decreto-lei n.º 3.365/41 com relação à ação de indenização para haver o justo pagamento do bem apossado ilegalmente pela Administração, não resta outra saída senão concluir que a mesma é regida exclusivamente pelas normas da lei processual civil comum.

Em todas as ações condenatórias de indenização por desapropriação indireta utiliza-se do procedimento ordinário, consignado no Código de Processo Civil, para a reparação dos prejuízos acarretados ao proprietário do bem apossado pelo Poder Público.

Como afirmado, a ação de desapropriação indireta é uma ação de indenização, que não apresenta “*caráter meramente indenizatório, de índole obrigacional, mas sendo de natureza real*”.<sup>178</sup> Tratar-se, então, na sua substância, de “*ação reivindicatória que se resolve em perdas e danos*”<sup>179</sup>, em virtude do caráter irreversível da afetação pública do bem expropriado pelo Poder Público. Mas, como possui “*por objeto a reparação dos prejuízos causados ao particular pelo ilegal desapossamento de seu bem, deve seguir, na fixação da indenização, os mesmos parâmetros da desapropriação comum*”.<sup>180</sup>

Por apresentar natureza real, na desapropriação aplica-se o artigo 95 do Código de Processo Civil, ou seja, o *forum rei sitae* (a ação deverá ser proposta no lugar onde se situar o imóvel). É o seu teor:

*“Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre o direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova”*.<sup>181</sup>

Celso Agrícola Barbi esclarece, em síntese, que nas ações de direito real sobre imóveis, o sistema do Código de Processo Civil é o seguinte:

*“a) quando o litígio recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra*

<sup>178</sup> Recurso Especial n.º 6.724-PR – Segunda Turma – Rel. Min. Hélio Mosimann. In: RSTJ 63/209.

<sup>179</sup> Recurso Extraordinário n.º 102.574-PE – Rel. Min. Soares Muñoz.

<sup>180</sup> Hely Lopes Meirelles, *Desapropriação...*, supracitado, p. 311-312.

<sup>181</sup> Humberto Theodoro Júnior, *ob. cit.*, p. 49.

*nova, o foro é o da situação do imóvel, e a competência de natureza funcional, não podendo ser modificada por acordo, tácito ou expresso, entre as partes; b) quando o litígio não estiver incluído na categoria anterior, o foro competente é o da situação do imóvel, mas a competência é territorial, relativa, podendo ser modificada por acordo, expresso ou tácito, entre as partes; e o autor, salvo caso de convenção em contrário, pode optar pelo foro do domicílio do réu”.*<sup>182</sup>

Observe-se que, embora a primeira hipótese acima referenciada (“a”) do artigo 95 esteja inserido na Seção III (*Da Competência Territorial*) do Capítulo III (*Da Competência Interna*) do Título IV (*Dos Órgãos Judiciários e dos Auxiliares da Justiça*) do Livro I (*Do Processo de Conhecimento*) do Código de Processo Civil, na verdade, pertence à categoria funcional, porque o que se tem em vista é que a “*atribuição da competência ao juiz de determinado lugar se faz pelo fato de aí ser mais fácil, ou mais eficaz, a sua função*”.<sup>183</sup>

Confirmando tal realidade, o artigo supra não admite convenção para modificar a competência nas ações desse tipo, isto é, considera-a como **competência absoluta**.

Assim sendo, caso o foro em que se propôs a ação indenizatória seja considerado absolutamente incompetente, haverá a incidência do exposto no artigo 113, § 2.º, do Código de Processo Civil, que estabelece:

*“A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente da exceção.*

(...)

*§ 2.º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”.*

Pela pujança de suas sempre valiosas lições, indispensável a transcrição do apontamento feito pelo insigne Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que assim declarou:

*“O art. 113, § 2.º, é regra jurídica da exclusão de nulidade, e não de sanção. Nenhuma outra regra jurídica dos arts. 243-250 precisou ser invocada, salvo para se saber, teoricamente, o que seria nulo por outro motivo. Não é regra jurídica de sanção. Apenas supõe a distinção entre atos decisórios e atos ordinatórios, para exprimir que a incompetência do juiz não afeta a esses, e afeta àqueles. Decisórios são quaisquer atos em que o juiz, podendo dizer ‘não’, ou ‘sim’, ao*

<sup>182</sup> *Comentários ao código de processo civil*, p. 319.

<sup>183</sup> Celso Agrícola Barbi, *ob. cit.*, p. 318.

*requerimento da parte, ou de ofício, sobre matéria que não seja o desenvolvimento do processo, deu uma ou outra resposta”.*<sup>184</sup>

Corroborando esse entendimento, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através da Ação Rescisória n.º 13.523-3, assim assentou:

*“PROCESSUAL E CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – AÇÃO REAL – SITUAÇÃO DO IMÓVEL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – RESCISÃO DO JULGADO (CPC: arts. 91, 95, 113 e § 2º e 485-II). PROCEDÊNCIA. De natureza real, a ação condenatória a indenização por desapropriação indireta, é da competência do juízo da situação da coisa, porque funcional e, pois, absoluta. Rescindível o acórdão que substituiu a sentença, porque absolutamente nula, em face da incompetência absoluta do órgão julgador”. (Órgão Especial – Rel. Des. Newton Luz – Acórdão n.º 3605 – DJ 20.03.98) (grifamos)*

O Superior Tribunal de Justiça voltou a assim se pronunciar, no Recurso Especial n.º 30958-SP, sendo Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, e no Recurso Especial 15238-PR, tendo como Relator o Ministro Adhemar Maciel, sendo que deste último colhe-se a seguinte ementa:

*“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NATUREZA REAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. FORO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL. ATOS PROCESSUAIS NÃO DECISÓRIOS; PRESERVAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I – A ação de indenização em razão de desapropriação indireta é de natureza real, pelo que deve ser proposta no foro da situação do imóvel (primeira parte do art. 95 do CPC). Precedentes do STJ; REsp. num. 13.435/PR, REsp. num. 2.478/PR, REsp. num. 6.522/PR e REsp. num. 5.440/PR”. (“JUIS” – Jurisprudência Informatizada Saraiva – n.º 09) (grifamos)*

No tocante à necessidade, ou não, do comparecimento do Ministério Público no processo de desapropriação indireta, a jurisprudência dominante tem acolhido a tese de que essa intervenção não é necessária.

Segundo o artigo 82 do Código de Processo Civil compete ao Ministério Público intervir nas causas que tratem de: interesses de incapazes (inciso I); estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, disposições de última vontade (inciso II); de causas que apresentam interesse público (inciso III).

<sup>184</sup> *Comentários ao código de processo civil, t. 2, p. 328.*

De modo a esclarecer a posição da doutrina e jurisprudência quanto à questão, faz-se necessária a transcrição do artigo 82, inciso III do Código de Processo Civil:

*“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:*

*(...)*

*III – em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.*

Na espécie, nota-se que, via de regra, não é comum haver interesse de incapaz ou alguma das hipóteses do inciso II do artigo *sub examem*. No foro, a intervenção do Ministério Público normalmente é exigida nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural ou nas quais exista o interesse público.

Isso quer dizer que não basta tratar de uma ação de desapropriação indireta para que, necessariamente, seja ouvido o *Parquet*. Há, fundamentalmente, que existir efetivo interesse público na causa, mesmo que a atuação do Ministério Público seja de fiscal da lei.

Neste ponto, não se deve confundir interesse público com interesse da Fazenda Pública. Dessa forma, tem-se ventilado que o interesse público é o interesse geral da sociedade, concernente a todos e não só ao Estado.

Demonstrando tal realidade, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no Recurso Especial n.º 28.110-0-MG (Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU de 14.12.92):

*“A prefeitura Municipal confundiu interesse da Fazenda Pública com interesse público. A intervenção do Ministério Público no caso de interesse da Fazenda Pública não é obrigatória”.*

Reforçando a mesma exegese, colhe-se do Recurso Especial n.º 114.537-RO (Segunda Turma – v.u. – Rel. Min. Pádua Ribeiro – DJU de 19.05.97):

*“A jurisprudência das duas Turmas especializadas é no sentido da desnecessidade de intervenção do Ministério Público nas ações expropriatórias”.*<sup>185</sup>

<sup>185</sup> No mesmo sentido os Recursos Especiais: n.º 99.124-PR – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – DJU de 22.04.97; n.º 33.247-7-RS – Rel. Min. Pádua Ribeiro – DJU de 20.02.95.

O Ministro Gomes de Barros no Recurso Especial n.º 91.854-MG (Segunda Turma – v.u. – DJU de 02.09.96) na qualidade de seu Relator atingiu o ponto central da matéria:

*“A intervenção do Ministério Público no processo de ressarcimento por desapropriação indireta não é necessária, porque o Estado, autor, já está assistido por órgão especializado: seu advogado”.*

De fato, não é sustentável juridicamente, *data venia*, a necessidade da intervenção do *Parquet*. Estando o ente público esbulhador devidamente representado, o simples fato de existir demanda judicial contra si não pressupõe o interesse público. Recentemente o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n.º 167.894-SP – Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Garcia Vieira – j. 04.06.98 – DJU de 24.08.98) determinou:

*“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERVENÇÃO – OBRIGATORIEDADE.*

(...)

*Na desapropriação indireta inexistente interesse público que justifique a intervenção do ‘PARQUET’”.*

### **3.11 Indenização e honorários advocatícios**

Indiscutivelmente, a indenização devida pela Administração ao particular deve ser a mais ampla e integral possível sob pena de privilegiar o ente público que age ilegalmente.

A propósito da Constituição Federal prever que a indenização deve ser justa e geralmente prévia e em dinheiro, na situação em que há o apossamento ilícito pelo ente público, obviamente, ela deixa de ser paga conforme estipula a *Lex Maxima*. De tal sorte, deverá ser ao menos justa e em dinheiro, cobrindo: o valor real do bem; suas eventuais rendas; os danos emergentes e os lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios; custas e despesas judiciais; honorários advocatícios e periciais; publicação de editais; correção monetária; dentre outros.

Cogita-se, mais recentemente, face ao preceito constitucional da justa e ampla indenização, que nela seja compreendida a reparação pelo **dano moral** impingido ao

proprietário desapossado, face a violência a ele dirigida, conforme as especificidades do caso concreto.

Normalmente, divide-se a indenização em duas partes: a *principal*, compreendida como o valor real e atual do bem expropriado, e, a *acessória*, que deve ser computada separadamente (de acordo com o que determina o artigo 25 do Decreto-lei 3.365/41), de modo que o total corresponda exatamente ao desfalque sofrido pelo particular.

Através da parcela acessória, que é tão importante quanto a principal para compor a justa reparação do dano, são computados os *juros compensatórios* – que substituem os frutos que o expropriado deixou de perceber em razão da perda antecipada da posse do imóvel, ou seja, pelo não uso de sua propriedade – e os *juros moratórios* – devidos pelo retardamento no pagamento do valor da indenização.

A jurisprudência definiu que os juros compensatórios são devidos na desapropriação indireta da mesma forma que o são na desapropriação direta. Sendo assim, são da ordem de seis por cento ao ano, já que essa é a renda considerada normal de imóvel explorado economicamente, respaldando “*a finalidade de indenizar o expropriado pelo não uso de sua propriedade, durante o período de que dela foi privado e não padece da limitação legal dos juros moratórios, que têm diversa finalidade*”.<sup>186</sup>

O Supremo Tribunal Federal em sua mais recente manifestação sobre a incidência de juros compensatórios na desapropriação indireta, modificou sua disposição anterior, esboçada na Súmula n.º 345<sup>187</sup>, definindo que os mesmos são contados a partir da ocupação<sup>188</sup>.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça deu a seguinte interpretação ao assunto através da Súmula n.º 114<sup>189</sup>:

*“Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre os valor da indenização, corrigido monetariamente”.*<sup>190</sup>

<sup>186</sup> RTJ 89/332.

<sup>187</sup> Segundo a Súmula n.º 345 do Supremo Tribunal Federal, “na desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos a partir da perícia, desde que tenha atribuído valor atual ao imóvel”. Conforme afirmado, tal posicionamento está totalmente superado.

<sup>188</sup> Vide: RTJ 80/525, 106/473, 68/74; RDA 118/232; Agravo Regimental (em Agravo de Instrumento) n.º 181.001-SC – Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – v.u. – Rel. Min. José Delgado – DJU 24.08.98.

<sup>189</sup> DJU 03.11.94, p. 29.768.

<sup>190</sup> Observar os Recursos Especiais ns.: 2.101-0-PR (Segunda Turma – Rel. Min. Hélio Mosimann – j. 17.03.93 – DJU 05.04.93); 25.201-9-PR (Primeira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 16.12.92 – DJU 15.03.93); 38.970-4-SP (Segunda Turma – Rel. Min. Peçanha Martins – j. 20.06.94 – DJU 15.08.94); 43.796-2-SP (Segunda Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 02.05.94 – DJU 23.05.94).

Nesse sentido, traz-se à colação a ementa do Recurso Especial n.º 40.229-8-SP (Primeira Turma – v.u. – j. 02.05.94 – DJU 23.05.94) de que foi Relator o Ministro Milton Luiz Pereira:

*“Os juros compensatórios servem para compensar a desapropriação material, causadora de dano à propriedade, recomposição patrimonial que homenageia o princípio constitucional da justa e ampla reparação conseqüente ao injusto desapossamento, estabelecendo o equilíbrio entre a situação econômica anterior e a posterior. Compondo e integrando a própria indenização, incluem-se, implícita e explicitamente, como objeto da causa petendi da ação expropriatória, não comportando restritiva interpretação do pedido indenizatório.*

*Na desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos, desde a imissão na posse, contados sobre o valor simples da indenização (valor do laudo) e, a partir dessa avaliação, considerando-se o correspondente valor corrigido monetariamente, cálculos que não constituem o anatocismo”.*

Válido lembrar que na desapropriação direta os juros compensatórios *“incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”*.<sup>191</sup>

Conforme noticiado no item 3.8, encontra-se em vigor a Medida Provisória n.º 1774-25, que vem sendo arbitrariamente reeditada. Embora alvo de duras críticas já que explicitamente afronta a Constituição Federal, esta Medida Provisória fixou em seu artigo 15-A *caput* e § 1.º que os juros compensatórios na desapropriação indireta são de seis por cento ao ano. Tal percentagem não vem sendo respeitada pela grande maioria dos julgadores.

Já os juros moratórios são devidos à taxa de seis por cento ao ano, desde o trânsito em julgado da sentença (artigo 1.062 do Código Civil). Não se tem apregoado diferenças entre os casos de desapropriação direta e indireta. Assim, dispõe a Súmula n.º 70<sup>192</sup> do Superior Tribunal de Justiça:

*“Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”*.<sup>193</sup>

<sup>191</sup> Súmula n.º 113 do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>192</sup> DJU 04.02.93, p. 775.

<sup>193</sup> Vide Recursos Especiais ns.: **862-SP** (Segunda Turma – Rel. Min. Hélio Mosimann – j. 17.10.90 – DJU 04.02.91); **13.075-SP** (Primeira Turma – Rel. Min. Garcia Vieira – j. 17.02.92 – DJU 30.03.92); **14.339-SP** (Segunda Turma – Rel. Min. Peçanha Martins – j. 01.06.92 – DJU 03.08.92); **20.652-SP** (Segunda Turma – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 24.06.92 – DJU 03.08.92).

Justificando a determinação pretoriana, transcreve-se a ementa do Recurso Extraordinário n.º 106.594-0-SP, que teve como Relator o Ministro Rafael Mayer e Relator para o acórdão o Ministro Otávio Gallotti (j. 26.11.85 – DJU 19.12.85):

*“Ação de indenização, por desapropriação indireta. Os juros moratórios contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença. Precedente do Supremo Tribunal: Ação Cível Originária n.º 297 (Sessão de 2/5/85). Recurso Extraordinário que se conhece, para, por maioria, negar-lhe provimento”.*

No mesmo julgado, colhe-se a seguinte lição do Ministro Otávio Gallotti:

*“Verifico, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 90.656, consolidou-se a orientação de que, nas ações expropriatórias, ‘os juros moratórios à taxa de 6% fluem desde o trânsito em julgado da sentença final e são devidos pelo atraso no pagamento da indenização’, como expressa a ementa do acórdão (RTJ 99/708). São inúmeros os julgados que perfilharam esse entendimento (R.E. 92.733, 93.765, 94.186, 95.969 e 96.418)”.*

Finalmente, acresça-se, ainda, o teor da Súmula n.º 12<sup>194</sup> do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a sua absoluta aplicação nos casos de desapropriação indireta, por razões óbvias:

*“Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”.*

De modo a corroborar o pacífico entendimento presente nos Tribunais brasileiros, traslada-se a ementa do Recurso Especial n.º 14.918-0-PR, de que foi Relator o Ministro Demócrito Reinaldo (Primeira Turma – j. 23.05.94 – DJU 20.06.94):

*“Os juros compensatórios são cumuláveis com os moratórios, por isso possuem natureza jurídica diversa. Aqueles prestam-se a reparar o particular pelos frutos civis não percebidos em razão da antecipada ocupação do imóvel pelo expropriante, no caso de desapropriação indireta. Estes visam penalizar a Administração pelo retardo no pagamento da indenização (mora solvendi). Aplicação da Súmula 12/STJ.*

*Os juros compensatórios são devidos à taxa de doze por cento ao ano, tendo por dies a quo de incidência, na desapropriação indireta, a*

<sup>194</sup> DJU 05.11.90, p. 12.448

*antecipada ocupação do imóvel, dies ad quem à data do efetivo pagamento da indenização fixada em juízo. Precedentes”.*

Na fixação dos honorários, não é adotada a regra contida no § 1.º, do artigo 27, da Lei de Desapropriação, que fixa os mesmos tomando por base a diferença entre o valor indenizatório fixado e a oferta. Como na desapropriação indireta não há qualquer oferta pecuniária, o esquema posto pela citada norma resta prejudicado visto que inobservado um dos elementos por ela indicados.

Desta forma, para a fixação dos honorários sucumbenciais, a regra incidente é a do artigo 20 (e seus parágrafos) do Código de Processo Civil.

### **3.12 Há possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em ação de indenização por desapropriação indireta visando o depósito de quantia definida segundo os critérios estabelecidos no Decreto-lei 3.365/41 a título de indenização?**

Partindo-se da premissa da especialidade da pessoa do Estado, guardião da ordem jurídica, há muito se propugnou que a solução mais adequada para regular seu poder de subordinação não é a fornecida pelo Direito privado, que regula relações entre iguais (ao menos juridicamente).

Numa realidade em que já se evidencia uma considerável evolução e assentamento dos princípios basilares da autonomia da responsabilidade administrativa, inegável é o fato de que a responsabilidade estatal não se confunde com de caráter comum, visto que ela demanda *“regras especiais que variam segundo as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”*.<sup>195</sup>

Os empreendimentos públicos geralmente ultrapassam em importância àqueles efetuados pelos particulares, o que pode ocasionar prejuízos de extrema gravidade aos proprietários despojados de seus bens, quando não observado, evidentemente, o procedimento legalmente estabelecido. Esses prejuízos, não raramente, são desconhecidos pelo direito civil.

Na desapropriação indireta a relação estabelecida entre o Estado e o particular visa paralisar o direito de propriedade, ocasionando inclusive a inviabilização da reivindicação do bem afetado ao interesse público.

<sup>195</sup> Maria Cristina Cereser Pezzella; Anelise Becker, *Medida liminar em ação de indenização por desapropriação indireta*, p. 203.

Dentro da lógica acima exposta, forçoso concluir que os atos ilícitos advindos da Administração Pública (Direito Público), não podem ser equiparados àqueles cometidos pelas pessoas de direito privado; indubitavelmente há que se invocar um direito público de indenização.

Não obstante os efeitos gravosos da desapropriação indireta, os doutrinadores e julgadores têm encarado o tema através da ótica exclusiva do direito civil, das normas atinentes à indenização comum por ato ilícito. No máximo, concedem ao expropriado juros compensatórios (e moratórios no caso de atraso no cumprimento da sentença transitada em julgado) e correção monetária, não analisando a essência da flagrante injustiça e desrespeito ao princípio da igualdade, representados pela demora no pagamento da indenização e violência dirigida contra o administrado.

Não se pode prescindir que a complacência com os mandos e desmandos da Administração Pública serve de verdadeiro estímulo para a consecução de tais abusos. Ao invés de receber uma sanção face a ilicitude cometida por intermédio da “desapropriação indireta”, o Poder Público recebe um prêmio: a possibilidade de sequer ser exigido o pagamento ou, se acaso o for, todos os benefícios da condição de réu, acrescidos ainda da tormentosa espera pelo precatório.

Na medida em que se começa a vislumbrar uma outra concepção acerca dos conceitos de real e justa indenização, não apenas no sentido meramente formal, há uma aproximação mais coerente do tema aos preceitos da efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse particular, o cabimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional na ação de indenização por desapropriação indireta vem conduzir uma solução mais justa para o administrado (e porque não, a sociedade como um todo!) e, ato contínuo, intimida-se a Administração Pública, diante da hipótese desta última vir a ser condenada “liminarmente”, a reiterar o apossamento irregular das propriedades particulares.

Boa parte da doutrina brasileira ainda apresenta uma nítida tendência em considerar todas as medidas “liminares” como de caráter apenas cautelar. O professor Ovídio Araújo Baptista da Silva há muito lembra que *“temos de ter muito cuidado no examinar esses provimentos antecipatórios, ou liminares, porque alguns deles podem ser cautelares, enquanto outros não”*.<sup>196</sup>

---

<sup>196</sup> *Medidas e ações cautelares*, p. 97.

Assinala o doutrinador acima citado: “*O que define a cautelaridade é a ocorrência de jurisdicionalidade em medidas e ações de mera segurança, vale dizer, sem satisfatividade do direito subjetivo ou da pretensão assegurada*”.<sup>197</sup>

Como se sabe o provimento “cautelar” nem sempre é cautelar porque nele normalmente há um juízo condenatório e, portanto, satisfativo. Assim, muitas vezes não se assegura algo, mas antecipa-se, desde logo, em prestação jurisdicional satisfativa (não apenas assegurativa).

Perceba-se que apesar da medida de cunho satisfativo ser provisória<sup>198</sup> e tomada sem plena cognição (plano normativo), tal circunstância não a torna provimento cautelar. Sendo assim, a medida conforma-se perfeitamente com o procedimento ordinário de conhecimento.

No caso específico da desapropriação indireta, quando a Administração Pública age de modo evidentemente ilícito, é inconcebível auferir-lhe o privilégio da condição de ré comum, já que apesar de dispor da prerrogativa de desapropriar de acordo com a lei, furta-se do procedimento legal para ingressar no domínio do esbulho, transferindo ao proprietário o ônus de vir a Juízo para reclamar seu direito à respectiva indenização.

A desapropriação não é auto-executória. Aliando tal realidade à garantia constitucional da justa e prévia indenização em dinheiro, nada deveria obstaculizar uma decisão “liminar” nos casos em que esteja presente a plausibilidade do direito pleiteado pelo proprietário desapossado. Induvidosamente, na esmagadora maioria dos casos, percebe-se ao menos essa plausibilidade do direito do demandante.

É realmente inconcebível onerar de tal maneira o proprietário, vítima de um ato de extrema violência e gravidade como é o caso da “desapropriação indireta”.

Destarte, no intuito de conferir ao autor da demanda judicial, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos, foi incluído no Código de Processo Civil o instituto da tutela antecipada. Referido instituto está expressamente estabelecido no artigo 273 do Código de Processo Civil, que reza:

*“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*

*I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;  
ou*

<sup>197</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>198</sup> Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, p. 23.

*II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*

*§ 1.º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*

*§ 2.º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

*§ 3.º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.*

*§ 4.º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

*§ 5.º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.*

A antecipação dos efeitos da tutela tem cabimento, *lato sensu*, desde que o autor da demanda judicial demonstre a forte plausibilidade de seu direito (verossimilhança), através de prova inequívoca, e, cumulativamente, provando o *periculum in mora* ou, alternativamente, demonstrando o abuso do direito de defesa do réu ou seu intuito estritamente protelatório. Essa última hipótese é perfectibilizada claramente pelo Poder Público quando deixa de fazer o que o que a Carta Magna ordena: pagar a justa e prévia indenização em dinheiro.

Outro ponto que chama a atenção é que a medida sob análise não tem caráter possessório, visto que a ação em que é requerida trata-se de indenização, baseada no princípio constitucional de indenização prévia.

O depósito a que se refere o § 1.º do artigo 15 do Decreto-lei 3.365/41 foi, em princípio, criado à luz da perda econômica dos poderes relativos à propriedade. Assim, nada impede seja aplicado tal dispositivo às desapropriações ditas indiretas. Propõe-se o seguinte questionamento acerca da desapropriação indireta: “*Se esta, indenizado ou não o proprietário, também é forma de ‘aquisição’ de propriedade pelo Estado (embora ilícita), por que não atribuir-lhe, ainda que na falta de disposição legal expressa, as regras consignadas para a desapropriação regular?*”<sup>199</sup>

Obviamente, o depósito anterior ao apossamento não é mais possível. Pode (melhor seria afirmar: **deve**), no entanto, ser efetuado o mais breve possível; a determinação do depósito liminar do valor correspondente à indenização, sempre que obedecidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos das medidas liminares, terá o condão de resguardar o direito do proprietário esbulhado quando da propositura da ação indenizatória, ou durante sua tramitação, através da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

A corrente doutrinária que se opõe a interpretação acima exposta baseia-se, em síntese, no artigo 475 do Código de Processo Civil e no *caput* do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, abaixo citados respectivamente:

*“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*

*(...)*

*II – proferida contra a União, o Estado e o Município;”* (grifamos)

*“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.* (grifamos)

Como bem ser percebe, ambos os textos normativos utilizam-se do vocábulo *sentença*, não obstante, assim, uma decisão interlocutória que determine a antecipação de todos, ou de alguns, dos efeitos da tutela jurisdicional final, como adiante será analisado.

À primeira vista poder-se-ia imaginar que a própria Constituição Federal de 1988 impõe limitação a sobrevivência prática das medidas “liminares” em ações de indenização por desapropriação indireta. Contudo, é fundamental perceber qual a origem do instituto do *precatório*.

O precatório foi criado com objetivo primeiro de evitar a procrastinação indefinida dos pagamentos vinculados a decisões judiciais, afastando igualmente a possibilidade de privilégios e desordem administrativa. Torna-se impossível, entretanto, compreender o instituto do precatório sem referenciar a sua fonte criadora: o *princípio da moralidade administrativa*.

O princípio da moralidade certamente é o princípio do qual mais se exige rapidez em seu aprimoramento, face às inúmeras situações advindas do cotidiano contemporâneo, e o seu papel complementador à moralização das relações entre o erário e seus credores<sup>200</sup>.

Sob essa perspectiva, o fato da própria Constituição Federal exigir a expedição do precatório não serve de fator limitativo à sua não expedição quando primado o

---

<sup>199</sup> Maria Cristina Cereser Pezzella, Anelise Becker, ob. cit., p. 206.

cumprimento moral e constitucional da efetividade da prestação jurisdicional e da prévia indenização (principalmente quando a Carta Magna é infringida pelo Poder Público).

Conseqüentemente, se *“há verdadeira convergência de objetivos entre os institutos, concebê-los como antinômicos consistiria num ilogismo”*.<sup>201</sup>

Parte da doutrina assevera que algumas disposições constitucionais são efetivamente princípios a serem observados e não normas. No caso analisado, tem-se de um lado a garantia da indenização justa e prévia e de outro determinação à observância do precatório: considerá-las como princípios, que de fato são, e não como normas, embora com elas se pareçam, torna-se o ponto central da controvérsia.

Assim compreendendo, nada impede que um princípio, dadas as circunstâncias, limite a incidência dos demais. Perceba-se que nem mesmo os princípios que mais se assemelham às normas estabelecem conseqüências jurídicas a serem seguidas inelutavelmente, quando satisfeitas as condições previstas.

Quando os princípios se interferem, como o que garante a indenização justa e prévia e o que determina a atenção ao precatório, impõe-se ao julgador a necessidade ponderar a importância de cada um, tomando-se por rumo a consecução da verdadeira e única Justiça.

Maria Cristina Cereser Pezzella e Anelise Becker destacam:

*“A interferência entre depósito liminar e instituto do precatório é solucionada na medida em que se questiona se se deve atribuir maior peso a uma concepção estrita da idéia de precatório, exigindo sua observância, qualquer que seja a origem dos créditos, ou se, quando oriundos de prática de ato absolutamente ilícito por parte do Poder Público, não pode ser flexibilizado em favor de uma medida processual moralizadora e que vem a amenizar o sacrifício indevidamente sofrido pelo administrado”*.<sup>202</sup>

Na desapropriação indireta, situação extremamente peculiar, a atribuição de maior relevância à aplicação do princípio da moralidade do próprio ato administrativo faz com que o comprometimento cego ao princípio da legalidade, já tangenciado quando do apossamento administrativo, perca sua força, face o objetivo maior da efetividade da prestação jurisdicional.

A obediência estrita ao precatório apenas seria razoável se anteriormente todos os requisitos legais houvessem sido atendidos, inclusive pela própria Administração Pública.

<sup>200</sup> Milton Flaks, *Precatório judiciário na Constituição de 1988*, p. 89.

<sup>201</sup> Maria Cristina Cereser Pezzella; Anelise Becker, ob. cit., p. 207.

Desta forma, e em última instância, percebe-se o desrespeito tanto ao princípio da legalidade como ao da moralidade administrativa.

Dentre as soluções possíveis à “objeção” aparentemente intransponível do precatório, pode-se citar dentre as mais ventiladas:

a) a formação imediata do precatório (provisório), logo após a decisão concessiva de liminar, e sua remessa, de modo a garantir sua inserção na ordem cronológica dos pagamentos, independentemente, desta forma, do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Segundo esta hipótese, caso ocorresse o pagamento antes do final do processo, a importância pecuniária ficaria à disposição do Juízo, assim como ocorreria caso a Administração Pública tivesse feito o depósito prévio conforme estabelece o ordenamento jurídico;

b) outra alternativa plausível consiste na interpretação literal e declarativa do artigo 100 da Constituição Federal. Seu texto se refere, expressamente, à necessidade de precatório quanto às sentenças judiciais, o que não se confunde com a decisão interlocutória fulcrada no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Nos termos dessa última solução, *“os pagamentos das condenações antecipadas contra a Fazenda Pública (Municipal, dos Estados ou da União) far-se-iam sob a forma de depósito judicial e ocorreriam independentemente de precatórios requisitórios, justamente porque determinados por decisão judicial (interlocutória) não afeiçoada à espécie indicada no texto da norma constitucional (sentença)”*.<sup>203</sup>

De modo a conferir efetividade a essa alternativa de integração das regras orçamentárias com a norma do artigo 273 do Código de Processo Civil, seria totalmente possível utilizar-se das seguintes dotações orçamentárias:

a) às chamadas **despesas variáveis**, que não criam para o Poder Público a obrigação de sua execução, permitindo o cumprimento de decisões de antecipação de tutela;

b) às **reservas de contingência**, pela qual o orçamento anual contém dotação global não especificadamente dirigida à cobertura de uma determinada despesa.

---

<sup>202</sup> Ob. cit., p. 207.

Que pese a interpretação literal (filológica ou gramatical) ser considerada o critério mais “pobre” dos procedimentos interpretativos, todavia, a solução propugnada viria à tona como uma alternativa de operatividade para o alcance real das garantias constitucionais mais abrangentes (do amplo acesso à Justiça e da efetiva e **eficaz** solução à pretensão posta *sub judice*), sob as quais se encerram todas as outras garantias do processo.

Por outro lado, nem se diga que a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública estaria impedida pelo disposto na Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, com a redação que lhe deu a Medida Provisória 1.570, de 26 de março de 1997, convertida na Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997.

A norma em referência proibiu a concessão de liminares (cautelares, em 1992, e de antecipação de tutela, em 1997) contra o Poder Público e, quanto às liminares cautelares, ao menos, *“já foi carimbada de inconstitucional, porque viola, com muita força, princípios constitucionais do processo, como o devido processo legal e o da amplitude de acesso à Justiça”*.<sup>204</sup>

A proibição legal de liminares incide fatalmente em violação ao texto constitucional. Como se não bastasse àquelas anteriormente citadas, há também ofensa aos princípios constitucionais da divisão das funções do Estado (artigo 2.º), da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5.º, inciso XXXV) e do devido processo legal (artigo 5.º, inciso LIV).

A argumentação acima aduzida objetiva, sucintamente, a conjugação de diversas garantias constitucionais, concluindo:

a) à garantia do direito de propriedade (e o seu comprometimento com a função social que deve desempenhar) vincula-se a possibilidade da desapropriação, desde que respeitados os preceitos constitucionais;

b) é ínsito no dispositivo consagrador dos precatórios requisitórios a prevalência do princípio da moralidade administrativa, evitando-se qualquer forma de privilégio, seja qual for o credor;

c) na mesma trilha, a garantia de acesso à Justiça apresenta o sentido hodierno de efetividade da prestação jurisdicional, de concretização da tutela, não se limitando à mera hipótese de estar em juízo.

---

<sup>203</sup> Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 291.

Assim, no caso específico da desapropriação indireta, há que se ponderar uma linha de equilíbrio entre os diversos direitos, prerrogativas e princípios jurídicos que garantem o respeito ao patrimônio privado e a garantia do Poder Público de desapropriar bens pertencentes aos particulares, com fundamento na utilidade pública (*lato sensu*) ou no interesse social, mediante depósito judicial pecuniário prévio e justo.

O que não se pode é admitir que o ordenamento jurídico institua e mantenha exceções que a ordem constitucional e o legislador constituinte foram enfaticamente contrários. Resguardar os interesses do Poder Público nunca foi sinônimo (e provavelmente jamais significará) de respeito ao interesse público, sempre superior a todos os demais.

No foro, é fato, são raras as vozes que se manifestam favoravelmente à possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público. Contudo, perante a argumentação acima forjada, com a devida vênia dos que dela discordam, a antecipação dos efeitos da tutela nas ações de procedimento ordinário de indenização por desapropriação indireta não se faz apenas cabível e sensata, como muito principalmente da mais imprescindível importância para a segurança e legitimidade do próprio Estado de Direito, verdadeiramente democrático.

### **3.13 Recente interpretação sobre a desapropriação indireta**

A doutrina brasileira em sua absoluta maioria tem se posicionado no sentido da não possibilidade de indenização em matéria de limitação administrativa.

Tal assertiva é decorrente, normalmente, de que a limitação, por ser uso genérico do poder de polícia, restringe o uso, gozo e fruição do direito de propriedade, de modo a relativizá-los. Essa relatividade decorre do princípio da função social da propriedade.

Nessa direção, se estende a limitação administrativa que, vista sob a ótica dos poderes utilizados pelo Estado em prol da coletividade, afronta o preceito constitucional insculpido no inciso XXII, artigo 5.º, mas que se coaduna perfeitamente, na análise teleológica da norma fundamental com a função social que a propriedade deve cumprir.

---

<sup>204</sup> Luiz Rodrigues Wambier, ob. cit., p. 300.

Dentre as muitas orientações jurisprudenciais estabelecidas, entretanto, percebe-se uma modificação substancial no entendimento dos institutos da limitação administrativa e da desapropriação indireta.

O modelo clássico concebido acerca da limitação administrativa se perfaz na ordem jurídico-positiva imposta a bens, pessoas ou atividades, restringindo o exercício pleno e ilimitado de direitos garantidos por essa mesma ordem. Tais restrições justificam-se quando de interesse da sociedade, que se beneficiará muita mais do novo status quo relativo à situação anterior à instituição da limitação.

Cumprir lembrar que o fundamento do poder de polícia, que lastreia a limitação administrativa, é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, nos limites da lei. Suas premissas sociais são encontradas no estudo da política, sociologia e antropologia, tamanha a amplitude e multidisciplinariedade do tema.

Por compreender a tradução da vontade coletiva, é a lei que serve de meio e de limite para a consecução da limitação administrativa e que traz em si o escopo de corresponder ao anseio popular. Indica, assim, que o uso do poder regulamentar ou do poder normativo apenas servem de meio para a execução de preceitos legais.

Os Tribunais de Justiça do país começam a vislumbrar a possibilidade de indenização aos proprietários de imóveis limitados por restrições impostas pelo Poder Público. A figura conhecida na doutrina e jurisprudência majoritária como desapropriação indireta vem sendo utilizada, pouco-a-pouco, com um significado mais amplo.

O Supremo Tribunal Federal conceituou desapropriação indireta, resumidamente, como: *“a limitação administrativa que praticamente retira o conteúdo econômico da propriedade”*.<sup>205</sup> Então, se uma limitação (ou tombamento, ou requisição, ou ocupação) infringe dano ao proprietário, é mister que o Estado o repare proporcionalmente ao prejuízo causado.

Não se pretende rechaçar a construção jurisprudencial vigente no sentido da não indenização do dano virtual, não efetivo. Contudo, urge fomentar uma crescente demanda social que procura ver reconhecido o direito à indenização de indelével dano efetivo.

Há limitações que, incontestavelmente, não apenas diminuem o valor real disponível do imóvel como impossibilitam o uso dessas propriedades de qualquer modo.

Conforme se apregoa, a desapropriação indireta passa a ser toda intervenção do Estado na propriedade que venha a impossibilitar o uso e gozo desse bem, retirando-lhe o conteúdo econômico. Esta definição objetiva afastar as várias formas pelas quais se camufla

<sup>205</sup> Recurso Extraordinário n.º 134.297-8-SP – Primeira Turma – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 22.09.95.

uma verdadeira desapropriação indireta, que assume a forma de limitação, de servidão, dentre tantas outras. **Pouco importam os nomes utilizados**; importa, isto sim, a essência individualizada de cada ato.

Estando garantido constitucionalmente o domínio do proprietário e o direito à reparação dos danos decorrentes da atividade estatal, ainda que imbuída das melhores intenções para com a coletividade, o Poder Público não pode, data venia, fazer com que um particular custeie, isoladamente, a instituição de um benefício coletivo, com o detrimento de seu próprio patrimônio.

Ainda que contrariando a doutrina majoritária, parece, indubitavelmente, que ao “instituto” da desapropriação indireta tem-se proporcionado novos contornos, seja para ampliar o conceito até então vigente ou mesmo para ensejar uma nova discussão acerca do próprio conceito individualista da propriedade privada.

Do corpo do acórdão prolatado no Recurso Especial n.º 95.395-SP (Segunda Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – DJU 15.12.97 – fl. 2), em que os r. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, acordaram no sentido da “indenização das propriedades particulares, (...), tenha ou não o Estado de São Paulo se apossado fisicamente das respectivas áreas, situação que, por si só, mutila a propriedade”. Colhe-se adiante: “Isso é mais do que limitação administrativa, e a indenização da propriedade independe do desapossamento; basta o impedimento à exploração do imóvel – na espécie, caracterizado pela decisão de fl. 30 que indeferiu o desmatamento”.

Sensível a uma nova perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça recentemente decidiu:

*“ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DE ESTAÇÃO ECOLÓGICA. MUTILAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS IMÓVEIS NELA SITUADOS. DIREITO À INDENIZAÇÃO.*

*A criação da Estação Ecológica da Juréia-Itatins, impedindo a exploração de recursos naturais existentes nas áreas por ela abrangida (Lei 6.902, de 1981, art. 7.º, § 1.º, “b”), implica a indenização das respectivas propriedades, tenha ou não o Estado de São Paulo se apossado fisicamente dos imóveis, situação jurídica que, por si só, mutila a propriedade. Recurso especial não conhecido”.*

(Recurso Especial n.º 70.412-SP – Segunda Turma – m.v. – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 05.05.98 – DJU 24.08.98) (grifamos)

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou a matéria, posicionando-se no seguinte sentido:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ESTAÇÃO ECOLÓGICA – RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR – PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, PAR. 4.) – LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DIREITO DO PROPRIETÁRIO À INDENIZAÇÃO – DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR – RE NÃO CONHECIDO.*

*- Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.*

*- A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes”. (Recurso Extraordinário n.º 134.297-8-SP – Primeira Turma – v.u. – Rel. Min. Celso de Melo – DJU 22.09.95) (grifamos)*

Por outro lado, pouco importa que os proprietários de imóveis continuem ou não na respectiva posse; importa, isto sim, o fato de não poderem explorá-los economicamente, proibição que, fora de qualquer dúvida, mutila o direito de propriedade.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao demonstrar seu posicionamento a respeito da questão agitada, diverge quanto à ocorrência de limitação administrativa, enfatizando:

*“Com efeito, se a limitação administrativa não é senão o perfil do direito, parece razoável entender que sempre que seja necessário um ato específico da Administração impondo um gravame, por conseguinte criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão. Por este motivo entendemos que tanto o tombamento pelo Patrimônio Histórico quanto a declaração de que uma determinada área particular é de reserva florestal são*

*casos de servidão e não de limitação administrativa, como normalmente se afirma.*

*Há grande interesse em distinguir as limitações das servidões, porque as primeiras não obrigam o Poder Público a indenizar o proprietário dos bens afetados, enquanto as segundas devem ser indenizadas sempre que impliquem real declínio da expressão econômica do bem ou lhe subtraíam uma utilidade fruída pelo titular dele”.<sup>206</sup> (grifamos)*

Acrescente-se que para a doutrina majoritária, a servidão administrativa é observada como um ônus real, um autêntico *pacti*, ou seja, uma obrigação (com especificidade) de suportar. Já na limitação administrativa há um mero *non facere*, uma obrigação de não fazer (com generalidade).

Permanecendo a divergência doutrinariamente estabelecida, importante assinalar que, independentemente da percepção de um ou de outro instituto jurídico, ambas as correntes afirmam ser inafastável o dever de indenizar as restrições (concretas) ao direito de propriedade, que lhe esvaziem o conteúdo econômico.

---

<sup>206</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 405-406.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve como escopo central analisar os principais aspectos ventilados sobre a teoria da desapropriação indireta, buscando desde a sua origem até sua atual acepção, os motivos que a ensejaram e as razões pelas quais é considerada uma realidade no direito brasileiro.

Percebe-se, diante dos dados e posicionamentos jurídicos carreados, que sobre o tema paira intensa celeuma, sendo que, paradoxalmente, as divergências estabelecidas não têm despertado a devida atenção da maior parte dos operadores jurídicos, que parecem preferir a comodidade da reprodução de fórmulas predispostas, relegando seu comprometimento crítico a um plano secundário.

Por outro lado, tendo em vista seu relacionamento com vários institutos jurídicos, em especial o direito de propriedade e a desapropriação direta ou regular, sobre estes se tornou imprescindível a busca de suas origens e fundamentos jurídicos.

Adotando-se como premissa a idéia de que ditas “construções” humanas advieram das mais diferentes etapas “evolutivas”, muitas das quais anteriores às instituições democráticas e ao próprio Estado de Direito, embora por ele certamente modificadas, objetivou-se trazer à colação elementos que servissem de subsídio à melhor difusão das informações pertinentes ao tema central.

Assim, preliminarmente, estudou-se a evolução do direito de propriedade, pontuando em especial sua concepção hodierna. A ordem constitucional brasileira tem no direito de propriedade um dos elementos basilares da sua própria estrutura política, jurídica e social, exigindo sua adequada utilização e proteção, principalmente no que tange à função social que deve desempenhar.

Feito isto, promoveu-se a compreensão da dinâmica que resultou por relativizar alguns dos elementos inerentes ao direito de propriedade, em especial a questão de sua oponibilidade *erga omnes* diante da circunstância específica do ente esbulhador ser o próprio Poder Público. Tal situação expôs a necessidade de sua reinterpretação diante da percepção de um interesse hierarquicamente superior, ou seja, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Em meio a essa realidade, resultante certamente dos conflitos de interesses, evidencia-se a existência de um movimento tendente a adequar o direito de propriedade às demandas sociais, à “função social da propriedade”, atualmente respaldada na ordem constitucional.

Nesse contexto, referenciou-se o instituto jurídico da desapropriação, que bem representa a condução do poder estatal a uma relação de responsabilidade recíproca perante cada membro da sociedade, o que além de demonstrar que a propriedade privada não pode ser concebida como um direito inatingível, por outro lado, estabeleceu que aos proprietários expropriados é devida indenização prévia, justa e em dinheiro.

Assim, atualmente, compete ao Poder Público, com fundamento sempre no interesse público e nos pressupostos de utilidade pública (*lato sensu*) ou interesse social, o dever-poder da promoção da desapropriação, desde que respeitados os mandamentos constitucionais.

Contudo, colhe-se da realidade do fatos situações em que o próprio Poder Público afronta violentamente a propriedade privada, apossando-se da mesma sem indenizar o proprietário, que se vê obrigado a ir às vias judiciais para ter assegurado o seu direito.

Por mais paradoxal que possa parecer, em conformidade com a explanação feita no presente trabalho, conclui-se que a ação de indenização por “desapropriação indireta”, fruto de apossamento ilícito, trata-se de uma realidade no Direito brasileiro.

A jurisprudência e a doutrina nacionais (e internacionais) assentaram o entendimento de que uma vez afetado ao interesse público o bem particular, seu proprietário não poderá reavê-lo, restando-lhe o direito de pleitear a devida indenização pecuniária junto ao Poder Judiciário.

Tal realidade advém da percepção majoritária de que quando o bem pertencente ao particular serve à coletividade, este estaria respaldando o interesse público propriamente dito. Como se percebe, esta interpretação confunde, ou não distingue, o interesse público do interesse coletivo.

Em que pese esta fundamentação, salvo melhor entendimento, o que de fato confere à “Desapropriação Indireta”, finalisticamente, os mesmos efeitos práticos de uma desapropriação regular, não é a existência de um suposto interesse público quando do esbulho possessório dirigido à propriedade privada.

No momento em referência, não há de se falar em interesse público, visto que este não se confunde com a ilicitude proveniente da atividade esbulhadora estatal, mas sim com a conjugação dos interesses coletivos e individuais.

Efetivamente, o que ocorre na desapropriação indireta é superveniência do interesse público quando da construção da obra pública ou da prestação do serviço público, em que a sociedade como um todo tem interesse nos benefícios daí advindos.

Perceba-se que mesmo aqueles operadores jurídicos que compreendem a total ineficácia dos atos praticados sob o manto da desapropriação indireta, não vislumbram, em regra, a hipótese de, por exemplo, demolir um hospital ou colégio públicos, em que há evidente o interesse público da sociedade, ainda que tentem genericamente afastar todo e qualquer efeito dela proveniente.

Por outro lado, o interesse público não se contrapõe necessariamente ao interesse privado, pois é plenamente admissível uma relação de compatibilidade entre ambos.

Não se olvide, entretanto, que o direito não é uma ciência exata, questão que lhe impõe inafastável proporcionalidade e ponderação na medida em que se aplica a norma jurídica, com a subsunção dos fatos concretos à sua autoridade.

Assim, o dever/poder de desapropriar é concedido ao Estado, sendo-lhe, contudo, impostas certas limitações ao seu exercício.

Diante de uma realidade em que um dos membros da sociedade esteja sendo penalizado em prol da coletividade não se pode falar em interesse público.

A antecipação dos efeitos da tutela tem cabimento, *lato sensu*, desde que o autor da demanda judicial demonstre a forte plausibilidade de seu direito (verossimilhança), através prova inequívoca, e se, cumulativamente, provar o *periculum in mora* ou, alternativamente, demonstrar o abuso do direito de defesa do réu ou seu intuito estritamente protelatório. Essa última hipótese é perfectibilizada claramente pelo Poder Público quando deixa de fazer o que o que a Carta Magna ordena: pagar a justa e prévia indenização.

Finalmente, face ao considerável número de questões abordadas, torna-se apropriado didaticamente fazer uma sucinta referência às conclusões alcançadas no presente trabalho, exaltando aquelas de maior relevância:

a) a desapropriação indireta é efetivamente uma realidade no direito brasileiro, já havendo clara manifestação da Cortes superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal, acerca do direito à indenização do proprietário vitimado pelo apossamento irregular do Poder Público;

b) não há interesse público no esbulho dirigido pelo Poder Público contra a propriedade privada;

c) não há que se falar em desapropriação indireta sem que o resultado de sua manifestação respalde, finalisticamente, o interesse público;

d) a afetação da propriedade imóvel particular pelo Poder Público não opera sua transferência imediata para o patrimônio do ente público esbulhador;

e) quanto à ação de indenização por desapropriação indireta conclui-se:

e.1) há legitimidade jurídica do promitente comprador para receber a indenização proveniente da desapropriação indireta, já que imposta à propriedade em vista da qual foi avençada a promessa de compra e venda;

e.2) o prazo prescricional da ação de indenização por desapropriação indireta é de 20 (vinte) anos, face a impossibilidade de haver um direito sem a respectiva ação que o assegure, no caso o direito de propriedade;

e.3) o início do prazo prescricional para a propositura da ação de indenização por desapropriação indireta, em não havendo relação anterior entre o proprietário e o ente público “expropriante”, conta-se do momento inicial da posse ilícita;

e.4) o procedimento da ação de indenização por desapropriação indireta é o ordinário, já que o Decreto-lei 3.365/41 é totalmente omissivo em relação à ação de indenização para haver o justo pagamento do bem apossado ilegalmente pela Administração Pública;

e.5) o foro competente é da situação do bem objeto da desapropriação indireta, visto que a ação em referência tem natureza real;

e.6) geralmente, não é cabível a intervenção do Ministério Público pois a natureza da lide ou qualidade das partes não demanda interesse público; o interesse público não se confunde com o interesse da Administração Pública;

e.7) a indenização deve ser em pecúnia da forma mais ampla possível, retratando integralmente os prejuízos impostos ao proprietário vitimado, compondo-se, conforme o caso específico: o valor real do bem e suas eventuais rendas; os danos emergentes e os lucros cessantes; a correção monetária; os juros moratórios e compensatórios; custas e

despesas judiciais; honorários advocatícios e periciais; o dano moral (fruto da violência sofrida);

e.8) há possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela face ao princípio constitucional da indenização prévia;

e.9) a indenização não é devida apenas nos casos de apossamento físico do bem privado, mas em qualquer situação em que haja efetiva diminuição no seu conteúdo econômico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro acquaviva*. 6. ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994.
- ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. Desapropriação indireta. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.º 131: 269-282, jul./set. 1996.
- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Da não aplicação do art. 34 da lei de desapropriações (Dec.-lei 3.365, de 31.6.41) às ações de desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 80: 121-125, out./dez.1986.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. v. 1, 10. ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. 3, São Paulo: Cirma, 1916.
- \_\_\_\_\_. *Código civil comentado*, v. 1, 10. ed., Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRITTO, Carlos Ayres; ALEGRE, José Sérgio Monte. Desapropriação indireta – inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 74: 242-257, abr./jun. 1986.
- CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. *A desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 97: 171-186, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 1, São Paulo: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito administrativo*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1992.

Dicionário Jurídico [da Academia Brasileira de Letras Jurídicas]. 2. ed., São Paulo: Forense Universitária, 1994.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da desapropriação no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: LTr, 1974.

FLAKS, Milton. Precatório judiciário na Constituição de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 58: 86-96, 1990.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 112: 1-26, abr./jun. 1973.

\_\_\_\_\_. *Desapropriação*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES, Orlando. *Direito reais*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, n. 4: 36-48, 1985.

GUIMARÃES, Hahnemann. A propriedade. *Revista de Direito Contemporâneo Brasileiro*. São Paulo: [s.e.], n.º 5: 79-88, 1978.

LEONETTI, Carlos Araújo. A função social da propriedade: mito ou realidade? In: SILVA, Reinaldo Pereira e (coord.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, p. 24-38, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da legalidade da antecipação de tutela contra o poder público – controle efetivo dos atos administrativos. São Paulo: COAD – Centro de Orientação, Atualizado e Desenvolvimento Profissional. *Seleções Jurídicas*, n.º 2: 17-27, fev. 1999.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. Ação de desapropriação indireta. *Estudos e pareceres de direito público*. v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 252-260, 1982.

\_\_\_\_\_. Desapropriação indireta na posse. *Estudos e pareceres de direito público*. v. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 307-319, 1983.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. rev., São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. t. 2, 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. t. 4, 3. ed. rev., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NARDO, Alceu Di. Aplicação da prescrição quinquenal às chamadas ações de desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 8: 188-191, abr./jun. 1969.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 4, 9.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. *Condomínio e incorporações*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BECKER, Anelise. Medida liminar em ação de indenização por desapropriação indireta. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 7: 198-210, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direto das coisas*. v. 5, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SÉ, João Nunes Sento. Desapropriação indireta. *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 15: 138-153, 19\_\_.

SEGURADO, Milton Duarte. *Direito Romano*. São Paulo: Julex, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Medidas e ações cautelares. *Revista Forense*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, p. 92-99, 1986.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. v. 3, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela e desapropriação indireta. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 283-307, 1997.