

Desapropriação e os debates sobre a intervenção do Estado na propriedade

Elói Martins Senhoras*

Ariane Raquel Almeida de Souza Cruz*

Os diferentes padrões de intervenção estatal na propriedade têm se manifestado como uma força profunda de longa duração que desde os tempos mais remotos dos povos tradicionais até os dias atuais dos Estados Nacionais modernos vem sendo cristalizada pela instrumentalização de atos administrativos recorrentemente reconhecidos pela jurisprudência.

De um lado, um *padrão de intervenção restritiva* do estado na propriedade tem se manifestado pelo uso dos institutos do tombamento, requisição, ocupação temporária, limitações administrativas, ou, ainda da servidão administrativa, os quais se caracterizam pela intervenção do Estado na propriedade privada com uma repercussão na restrição parcial dos direitos de propriedade e posse.

De outro lado, um *padrão de intervenção supressiva* da propriedade privada pelo Estado tem se manifestado pelo controverso instituto da desapropriação, no qual a retirada de um bem da esfera patrimonial privada acontece de maneira unilateral e coercitiva à revelia de vontade do proprietário, com o intuito de atender ao interesse público primário ou secundário.

Neste padrão supressivo de intervenção estatal na propriedade, a desapropriação é um instituto jurídico em que a Administração Pública transforma uma propriedade privada em propriedade pública de maneira unilateral e compulsória, caracterizado como instrumento de intervenção estatal no qual há alteração dos direitos de propriedade e posse, passando do domínio privado para o domínio público.

É passível de desapropriação tudo aquilo que não tiver previsão legal contrária, enquadrando-se todos os bens considerados patrimônio, como ativos reais, ativos financeiros e direitos de propriedade materiais e imateriais, sejam eles bens privados ou públicos, desde que obedecida uma hierarquia vertical, de cima pra baixo, do ente federativo mais elevado (União), para os entes subnacionais (estados e municípios).

Conforme Zerbès (2007), por sua vez, não são passíveis de desapropriação, os direitos personalíssimos (o direito à honra, à liberdade, à cidadania, à vida, à imagem, à alimentação e o direito de autor), a moeda corrente do próprio país (dinheiro em espécie), as pessoas jurídicas

* Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutorado em Ciências Jurídicas. O autor agradece à bolsa PRÓ-PESQUISA/UFRR para o desenvolvimento da presente pesquisa. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.works.bepress.com/eloi.

* Professora do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI-RR). Auxiliar de pesquisa, bacharel em Direito e especialista pós-graduada *lato sensu* em Direito Eleitoral. Endereço para contato: raquelkf@gmail.com.

(concessionárias de serviços públicos, fundações e empresas), ou, tampouco, os bens federais (devido à hierarquia vertical do ator desapropriador).

A desapropriação pode ser apreendida por diferentes sistemas classificatórios, por meio tanto, de marcos constitucionais divididos em três categorias que são relacionadas à origem da desapropriação (interesse social, necessidade e utilidade pública), quanto, de marcos doutrinários e jurisprudenciais que levam em consideração duas categorias de previsão legal da desapropriação (direta e indireta).

No primeiro plano classificatório, o artigo 5 da Constituição Federal de 1988 prevê que o instituto da desapropriação, busca materializar o bem comum e a supremacia interesse público em episódios determinados e devidamente justificados, motivo pelo qual tem que ser fundamentada por uma *necessidade*, *interesse público* ou *interesse social*, a fim de não incorrer na quebra aleatória do direito fundamental à propriedade.

Conforme Mello (2003), ao ser fundamentado por declaração de necessidade, utilidade pública ou interesse social, o instituto da desapropriação se configura como gênero que pode ser apreendido em suas espécies pela *desapropriação confiscatória* (quando há expropriação de terra utilizada para o cultivo de plantas psicotrópicas e não autorizadas) e *desapropriação sancionatória* (quando descumprimento da função social da propriedade motiva desapropriação com fins de política urbana ou com fins de reforma agrária).

Quadro 1 - Modalidades de desapropriação previstas constitucionalmente

<i>Desapropriação por interesse social</i>	Apresenta uma natureza punitiva ao proprietário que descumprir a função social de seu imóvel. Exemplos: desapropriações destinadas para fins de reforma agrária, ou, para fins de política urbana.
<i>Desapropriação por necessidade</i>	Apresenta uma natureza emergencial e indispensável que se manifesta pela urgência da Administração Pública de se utilizar urgentemente de uma propriedade privada. Exemplos: desapropriações por riscos ambientais <i>ex ante</i> e <i>ex post</i> .
<i>Desapropriação por utilidade pública</i>	Apresenta uma natureza oportuna e de conveniência pública na transferência da propriedade do setor público para o privado, sem apresentar caráter punitivo, emergencial ou indispensável. Exemplos: Desapropriações para obras de infraestrutura.

Fonte: Elaboração própria. Baseada em BRASIL (1988).

Além dos fundamentos genéricos previstos constitucionalmente para a desapropriação, são observados, na *legislação infraconstitucional*, vários diplomas que abordam diferentes espécies de desapropriação de maneira específica e fragmentada segundo os temas de regulação.

Entre os principais marcos legais estão o Decreto Lei 3.365/1941 (desapropriação por interesse público); a Lei 4.132/1962 (desapropriação por interesse social); Decreto Lei 1.075/1970, (desapropriação em prédios residenciais urbanos); Lei 8.257/1991 (desapropriação confiscatória); e,

finalmente a Lei 8.629/1993 e a Lei Complementar 76/1993 (desapropriação para fins de reforma agrária).

No segundo plano classificatório, a doutrina e a jurisprudência têm tradicionalmente classificado a desapropriação nas categorias direta e indireta levando-se em consideração, tanto, a observação das normas jurídicas positivadas da Constituição Federal e dos dispositivos infraconstitucionais (desapropriação direta), quanto, o uso predominante de princípios jurídicos (desapropriação indireta).

Por um lado, a *desapropriação direta* tem sido interpretada como um procedimento administrativo no qual o Poder Público impõe a uma parte a perda de seus direitos de propriedade e posse mediante os atos previstos constitucionalmente: a) de declaração prévia de necessidade, utilidade pública ou interesse social; b) de justa indenização; bem como, c) transferência de vínculo tributário da propriedade do ex proprietário para o Poder Público.

O ato administrativo da desapropriação direta ao fundamentar sua legitimidade em declaração de necessidade, utilidade pública ou interesse social, deve repercutir positivamente ao proprietário originário em retirada da responsabilidade de pagamento tributário e em indenização que deverá ser prévia, justa e em dinheiro, contados juros moratórios.

Quadro 2 - Benefícios da desapropriação ao proprietário original

<i>Indenização</i>	A previsão de verba indenizatória deve corresponder ao prejuízo ou dano que a perda da propriedade e posse de imóvel ensejou ao proprietário com base em um valor real e atualizado da propriedade, ainda que esta tenha sofrido valorização em decorrência de obra pública, caracterizando-se a indenização como justa por ter a finalidade de recompor o patrimônio do particular, sem incorrer em enriquecimento injustificado.
<i>Tributação</i>	A desapropriação de propriedade retira a responsabilidade de pagamento tributário de impostos do proprietário original, já que o evento configurador da desapropriação conduz à cessação do vínculo tributário entre o ex-proprietário e o Poder Público, o que repercute na transferência de responsabilidade do primeiro ator ao segundo quanto ao pagamento de contribuições de melhorias ou de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU).

Fonte: Elaboração própria. Baseada em BRASIL (1941; 1995; 2006; 2009).

Por outro lado, a desapropriação indireta, também conhecida, no exterior, como “inversa”, “irregular” ou “de fato”, tem sido compreendida pela doutrina e jurisprudência nacional como um procedimento administrativo genérico que se materializa difuncionalmente, sem que o Poder Público expropriante tenha observado as normas jurídicas positivadas da Constituição Federal e dos dispositivos infraconstitucionais (DUARTE, 2009, FLORENTINO, 2013).

Conforme doutrina majoritária, a dimensão fática dos atos administrativos de desapropriação indireta ao não ser amparada pela dimensão normativa dos marcos constitucionais e infraconstitucionais passa a ter sua fundamentação de exegese legal exclusivamente derivada da dimensão axiológica do princípio da supremacia do interesse público, pois havendo conflito entre o interesse público e o interesse privado, há que se atender ao primeiro, mesmo que *indiretamente* (CARVALHO FILHO, 2009; DI PIETRO, 2005; MEIRELLES, 1999; MELLO, 2003).

“Não há lei regulamentando a matéria, nem mesmo para definir-lhe os requisitos essenciais. Tudo cai, assim, no terreno do arbítrio. A combinação dos incisos XXII e XXIV do art. 5º da Constituição Federal evidencia que só a lei pode dispor sobre qualquer forma de desapropriação, sob pena de ofensa à garantia constitucional da propriedade. Se não há lei regulamentando, a chamada ‘desapropriação indireta’ constitui extravagância, ainda que placitada pelos mais altos Tribunais do País” (ZERBES, 2007)

Antes de ser um conceito doutrinário, a desapropriação indireta tem se manifestado como uma crescente tendência disfuncional de uma realidade processual brasileira Brasileiro, cristalizada pela jurisprudência do Poder Judiciário após uma histórica tendência dos Poderes Executivo e Legislativo na desapropriação por meio de atos sem declaração de interesse na propriedade ou pagamento prévio e justo de indenização.

A apropriação indireta de propriedades privadas tem sido acionada amplamente para garantir a supremacia do interesse público como instituto jurídico para uma pluralidade de ações temáticas da Administração Pública, a título exemplificativo, nos casos ambientais, quando há proibição ao proprietário para plantar ou construir em seu imóvel, ou, em casos infra-estruturais, para a construção de estradas ou linhas de energia.

Observa-se que os exemplos de desapropriação indireta têm tradicionalmente sido relacionados a situações de externalidade presente ou potencial em que Administração Pública faz um padrão de intervenção considerado indireto na propriedade privada a fim de promover determinados bens públicos ou reduzir e evitar males públicos, o que repercute em efeitos de perda dos direitos de posse, bem como restrição discricionária ao pleno direito de propriedade.

A razão da utilização deste ato administrativo pelo Poder Público acontece, pois a desapropriação indireta mantém muitas vezes o direito de propriedade *de juri* ao proprietário, embora, *de fato* este direito seja parcialmente permeado pelo apossamento de bem particular pelo Poder Público em um contexto de fato administrativo que se materializa por inexistirem requisitos prévios de declaração ou pagamento de indenização.

Conforme Rangel (2013), embora a doutrina e jurisprudência identifiquem a esta modalidade de desapropriação como desapropriação indireta, irregular ou inversa, por não haver relação direta com os principais marcos normativos, empiricamente, ela se manifesta como ato administrativo com maior grau de coerção direta em comparação à desapropriação regular, haja

vista que o Poder Público atua segundo uma lógica de supremacia do interesse público ao direito de propriedade.

Baseada na supremacia do interesse público (primário ou secundário), a desapropriação indireta pressupõe conduta positiva do Estado no apossamento administrativo de propriedade privada, caracterizando-se como ato de esbulho possessório que mantém o direito de propriedade, embora restrinja indiretamente o exercício da posse pelo proprietário original, o que repercute na intenção de não pagamento de indenização por parte do Poder Público.

Como o uso do instituto da desapropriação indireta não tem previsão explícita na Constituição Federal ou nos diplomas infraconstitucionais, sua manifestação como fato administrativo é derivado de uma leitura legal implícita de que inexistente prévia indenização ou declaração prévia de interesse pelo Poder Público para fatos futuros, razão pela qual sua utilização não deve ser aleatória, mas antes deve obedecer a determinados critérios fáticos e legais para ter legalidade.

Conforme jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), a desapropriação indireta traz uma ação limitada do Poder Público para se apropriar de determinado bem, pressupondo sua existência exclusivamente caso obedeça a um dos seguintes critérios fáticos:

- (i) O Estado tome posse do imóvel declarado de utilidade pública, independentemente do processo de desapropriação,
- (ii) Seja dada ao respectivo bem a utilidade pública indicada pelo poder público,
- (iii) Seja irreversível a situação fática resultante do apossamento do bem e sua afetação (BRASIL, 2009).

Com base na análise destes três critérios de uso da desapropriação indireta, definidos pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em 2009, se observa que o fundamento jurídico para a desapropriação indireta deve residir pelo menos no dispositivo da *desapropriação por utilidade pública*, previsto no artigo 35 do Decreto Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 (BRASIL, 1941).

Diferentemente à doutrina majoritária que nega legalidade constitucional ou infraconstitucional à desapropriação indireta, esta tem sido reconhecida devidamente amparada por atender aos critérios do dispositivo infraconstitucional do Decreto Lei 3.365/1941, já que mesmo em casos em que a desapropriação se caracterizar como irregular, não há devolução do bem ao proprietário expropriado, o qual deve resignar-se com mera indenização compensatória.

Destarte, o uso do dispositivo da desapropriação por utilidade pública repercute integralmente na desapropriação indireta como um fato consumado de incorporação do bem privado,

ao patrimônio público, e por conseguinte com duas repercussões que são, respectivamente, a nulidade de qualquer pretensão do proprietário para retorno do bem ao seu patrimônio, e, em caso de ação julgada precedente, declaração de perdas e danos patrimoniais ao proprietário original.

Conclui-se que no Brasil o uso da desapropriação indireta advém do reconhecimento processual sobre a validade dos dispositivos do Decreto Lei 3.365/1941 até os dias atuais, como um resquício disfuncional e diacrônico em relação ao moderno quadro normativo constitucional e infraconstitucional de garantia do direito de propriedade, que persiste por força jurisprudencial delineando uma turva área axiológica na Constituição entre os princípios de garantia dos direitos individuais de propriedade e de garantia dos direitos coletivos na supremacia do interesse público.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12/05/2014.

BRASIL. *Decreto Lei 3.365, de 21 de junho de 1941*. Brasília: Planalto, 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão proferido em Recurso Especial 18.946/SP*. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Hélio Mosimann. Publicado no Diário da Justiça em: 13/03/1995. Brasília: STJ, 1995. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão proferido em Recurso Especial 770.559/RJ*. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Publicado no Diário da Justiça em 25/09/2006. Brasília: STJ, 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão proferido em Recurso Especial 191.656/SP*. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio De Noronha. Publicado no Diário da Justiça em 27/02/2009. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 23/04/2014.

CARVALHO FILHO, J. A. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

DUARTE, F. C. D. *Ação de indenização por desapropriação indireta*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

FLORENTINO, G. F. “Análise constitucional da desapropriação indireta”. *Revista Conteúdo Jurídico*, ano V, janeiro, 2013.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

RANGEL, T. L. V. “O instituto da desapropriação indireta em estudo: comentários acerca do tema” *Revista Âmbito Jurídico*, ano XVI, n. 112, maio 2013.

ZERBES, M. I. “Desapropriação e aspectos gerais da intervenção do Estado na propriedade privada”. *Revista Jus Navigandi*, ano XII, n. 1294, janeiro, 2007. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 20/05/2014.

