

ANÁLISE DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Guilherme Augusto de Castro Machado & Nathalia Magalhães de Matos***

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da desapropriação indireta à luz dos direitos individuais previstos na Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Para tanto, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, através do estudo doutrinário, jurisprudencial, de artigos científicos e da legislação relacionada à temática. Desta feita, houve, primariamente, o estudo do direito de propriedade, passando por sua origem histórica, desde a antiguidade à idade contemporânea, e pela análise da proteção conferida pelo ordenamento jurídico atual. Posteriormente, foi abordada a intervenção estatal na propriedade privada, com seus fundamentos, requisitos, procedimentos e demais particularidades. No decorrer do trabalho, verificou-se que a aplicação da desapropriação indireta gera um conflito entre os princípios constitucionais da supremacia do interesse público e da intangibilidade da obra pública, de um lado, e do devido processo legal e da indenização prévia, de outro. Assim, a resolução dessa antinomia se deu a partir da aplicação da técnica da ponderação entre bens, interesses, princípios e valores. Conclui-se, ao final, que a conciliação entre os princípios colidentes, e a consequente adequação da desapropriação indireta à CRFB, passa pela interpretação conforme da expressão “incorporados”, prevista no art. 35 do Decreto-Lei 3365/41, a fim de restringir a sua utilização a situações excepcionais, nas quais o apossamento do imóvel particular pela Administração tenha ocorrido de boa-fé e seja precedido de relevante investimento público.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Direito Constitucional; Desapropriação indireta; Direito de propriedade.

ANALYSIS OF INDIRECT EXPROPRIATION IN THE LIGHT OF THE 1988 CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL

Abstract: The present paper aims to analyze the expropriation institute in the light of the individual rights provided by the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil (CFRB). Thus, the bibliographic research technique was used and the scientific articles and legislations related to the topic underwent a doctrinal and jurisprudential study. Accordingly, the property of law was primarily studied, through its historical origin, from ancient to contemporary age, and the analysis of the protection conferred by the current legal system. Subsequently, state intervention in private property was addressed through the study of each of the modalities, including their fundamentals, requirements, procedures and other particularities. Finally, the application of indirect expropriation generates conflict between the constitutional principles of the public interest supremacy and the intangibility of public works on one hand, and the legal process and the prior compensation on the other. This antimony was resolved by

* Pós-graduado em Direito Público. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. Advogado da Câmara Municipal de Ibirité. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8992-5453>. Contato: guilhermecastro97@hotmail.com.

** Graduada em Ciências do Estado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Monitora bolsista das disciplinas de Cidadania Política e História e Teoria da Constituição Brasileira. Pesquisadora do grupo de estudos e pesquisa "Constitucionalismo e Democracia nas Revoluções". ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1529-8554>. Contato: nathaliammato@hotmail.com.

applying the technique of balancing assets, interests, principles and values. Therefore, the conciliation between the colliding principles, and the consequent adaptation of the indirect expropriation to the CFRB, is interpreted as “incorporated”, provided by article 35 of the Decree-Law 3365/41, in order to restrict its use to exceptional situations, in which the Administration’s possession of private property occurred in good faith and is preceded by a relevant public investment.

Keywords: Administrative law; Constitutional Law; Indirect expropriation; Property right.

ANÁLISIS DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL DE 1988

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar el instituto de la expropiación indirecta a la luz de los derechos individuales previstos en la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB) de 1988. Para ello, se utilizó la técnica de investigación bibliográfica, a través del estudio de doctrina, jurisprudencia, artículos científicos y legislación relacionados con el tema. En primer lugar, se estudió el derecho de propiedad, recorriendo sus orígenes históricos, desde la antigüedad hasta la época contemporánea, y analizando la protección que brinda el ordenamiento jurídico vigente. Posteriormente, se abordó la intervención del Estado en la propiedad privada, con sus fundamentos, requisitos, procedimientos y demás particularidades. En el transcurso del trabajo, se constató que la aplicación de la expropiación indirecta genera un conflicto entre los principios constitucionales de la supremacía del interés público y la intangibilidad de la obra pública, por un lado, y el debido proceso legal y la indemnización previa, por el otro. Esta antinomia se resolvió aplicando la técnica de la ponderación de bienes, intereses, principios y valores. La conclusión final es que la conciliación entre los principios en conflicto, y la consecuente adecuación de la expropiación indirecta a la Constitución brasileña, exige una interpretación conforme de la expresión “incorporada”, prevista en el artículo 35 del Decreto-Ley 3365/41, a fin de restringir su uso a situaciones excepcionales, en las cuales la incautación de la propiedad privada por la Administración haya ocurrido de buena fe y esté precedida de inversión pública relevante.

Palabras clave: Derecho Administrativo; Derecho Constitucional; Expropiación indirecta; Derecho de propiedad.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao tratar da ordem econômica nacional, estabelece, como princípio norteador, a livre iniciativa. De tal previsão, extrai-se que a sociedade brasileira, do ponto de vista produtivo, está assentada nas premissas do modelo capitalista, sendo o reconhecimento e a proteção estatal da propriedade privada condição *sine qua non* do modelo adotado.

Na dicção do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, tem-se que o direito de propriedade consubstancia-se na faculdade, pertencente ao proprietário, de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la, de quem quer que injustamente a detenha ou possua. Assim,

desde que respeite a função social da propriedade, o titular da bem tem, em tese, a liberdade de exercer todos os poderes a ela inerentes, a tempo e modo, de acordo com sua vontade e conveniência.

Todavia, em que pese a proteção dada pelo ordenamento constitucional e pela legislação ordinária à propriedade privada, vem sendo admitido por diversas instâncias do Poder Judiciário que o Estado, fora das hipóteses e sem atender aos requisitos do art. 5º, XXIV, da CRFB, exproprie bens imóveis particulares, com base na desapropriação indireta.

A aplicabilidade do instituto é objeto de intenso debate doutrinário, tendo em vista as divergências acerca de sua recepção pela CRFB. Dessa feita, questiona-se: o instituto da desapropriação indireta foi recepcionado pelo atual ordenamento constitucional, considerando o paradigma jurídico inaugurado pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Assim, o presente trabalho tem, como objetivo geral, analisar a adequação do instituto da desapropriação indireta aos direitos e garantias individuais consagrados pela CRFB. De modo específico, objetiva-se estudar o direito de propriedade, desde sua origem história à proteção dada pelo ordenamento atual, as modalidades de intervenção estatal da propriedade e o conflito entre os princípios da supremacia do interesse público, do devido processo legal e da indenização prévia.

Para tanto, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, através do estudo doutrinário, jurisprudencial, de artigos científicos e da legislação relacionada à temática. Além disso, para consecução do objetivo pretendido, optou-se pela utilização do método dedutivo de abordagem e métodos histórico e comparativo de procedimento.

2 O direito de propriedade

2.1 Evolução Histórica do Direito de Propriedade

A propriedade privada, hodiernamente, é considerada um direito natural, inerente à condição humana e necessário à fruição de uma vida digna e ao desenvolvimento das potencialidades de todo e qualquer indivíduo, mas nem sempre foi assim. A partir de uma digressão histórica, percebe-se que os contornos do direito à propriedade variam conforme a região e o período estudado, sofrendo grande influência do contexto econômico, climático, cultural e religioso no qual está inserido.

Assim, faz-se necessário o estudo da evolução histórica desse instituto jurídico, desde a antiguidade à idade contemporânea, a fim de compreender, com a profundidade necessária, sua natureza e a proteção dada pelo ordenamento jurídico atual.

2. 1. 1 Antiguidade

Mais do que um fenômeno jurídico, a propriedade pode ser caracterizada como um fenômeno social que, com o passar do tempo, passou a ser abarcado pelo Direito. Na Antiguidade¹, o direito à propriedade tinha sua base fundada sobre princípios diversos dos verificados nas sociedades modernas. O caráter patrimonial e iminentemente privado do instituto, verificado atualmente, dava lugar à natureza coletiva, e, por vezes, sagrada, do domínio sobre o solo.

Para os Hebreus, o direito de propriedade era sagrado. Na China vigorava o princípio religioso segundo o qual o imperador é senhor de todas as terras, porque ele é filho do céu. A sociedade dos povos hindus era (e ainda é) dividida por castas e esta divisão estava relacionada com a religião. Na Índia, os brâmanes, como eram chamados os indivíduos pertencentes ao mais alto patamar dessa divisão social indiana, eram os únicos que tinham a propriedade.²

Os povos tártaros admitiam a propriedade particular quando se tratava de rebanhos, ao passo que tal direito não era reconhecido em relação ao solo. De maneira semelhante, para os antigos germanos a terra não pertencia a nenhuma pessoa: anualmente, o líder da tribo atribuía a cada um a tarefa de cultivar um determinado lote, que era substituído no ano seguinte. Assim, o indivíduo tornava-se proprietário da colheita, mas nunca da terra³.

Por outro lado, em algumas culturas a situação era diametralmente oposta, tendo o direito à propriedade sido reconhecido primeiramente em relação ao solo, e depois à colheita. Em tais localidades, os cidadãos deveriam reunir as colheitas para o consumo comum, sendo, portanto, proprietários da terra, mas não dos frutos percebidos em razão de seu cultivo⁴.

A população da Grécia, durante a antiguidade, praticou um modelo peculiar de propriedade privada, centrado nas *genos* (*paterfamílias*).

A concepção de domínio era parte integrante da religião adotada por esses povos, pois cada família tinha seu próprio lar, onde construía o altar, realizava os rituais religiosos e adorava seus próprios deuses (antepassados): “[...] estando a família ligada ao altar e este ao solo, estabeleceu-se uma estreita relação entre a religião e a terra. Fixada a família no solo, ali se erguia o lar, que era também a morada dos deuses, erigindo-se nele o altar para a prática do culto”⁵.

¹ Idade Antiga ou Antiguidade, na periodização das épocas históricas da humanidade, é o período que se estende desde a invenção da escrita, por volta de 4.000 a. C., até a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d. C.

² MALUF, Aflaton Castanheira. Propriedade Imóvel Rural no Brasil – Fundamentos Históricos e Jurídicos – Das Sesmarias ao Séc. XXI. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros, v. 10, n. 2, 2015, p. 57.

³ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 1961, p. 45.

⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 80.

Nesse sentido, surge a ideia de domicílio como a sede da pessoa natural, um local fixo onde o indivíduo se estabelece com *animus* definitivo, pratica os atos da vida civil e onde, presume-se, pode ser encontrado.

A família está ligada ao altar, o altar ao solo; estabelece-se estreita relação entre a terra e a família. Aí deve ter sua morada permanente, que jamais abandonará, a não ser quando obrigada por força superior. Como o lar, a família ocupará sempre esse lugar. Esse lugar lhe pertence, é sua propriedade; e não de um homem somente, mas de toda uma família, cujos diferentes membros devem, um após outro, nascer e morrer ali.⁶

Interessante ressaltar, ainda, que a tradição, preservada até os dias atuais, de construir muros, cercas ou outro tipo de linha divisória entre as casas tem sua origem no culto familiar, praticado pelos gregos durante o período. Como o culto aos antepassados era algo estritamente privado, restrito apenas aos familiares que dividiam o mesmo lar, surgiu a necessidade de proteger o altar sagrado dos indivíduos tidos como estranhos àquele local. Portanto, o lar deveria ser isolado, ou seja, apartado de tudo que não lhe integra, a fim de evitar a aproximação de estranhos no momento em que são celebradas as cerimônias do culto, o que justificava a utilização dos marcos divisórios.

O túmulo, outro objeto intimamente relacionado ao culto familiar, também exerceu influência sobre o desenvolvimento do direito à propriedade. O túmulo tinha grande importância na religião dos povos antigos, pois o banquete fúnebre, principal cerimônia do culto, devia ser realizada no exato local onde os antepassados repousavam.

Ninguém, aliás, tem o direito de privá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, jamais pode ser mudado ou destruído; as leis mais severas o proíbem. Eis, portanto, uma parte da terra que, em nome da religião, torna-se objeto de propriedade perpétua para cada família. A família apropriou-se da terra enterrando nela os mortos, e ali se fixa para sempre. [...] Ela lhe pertence de tal modo, que lhe é inseparável, não tendo nem mesmo o direito de desfazer-se dela.⁷

Assim, o direito à propriedade sobre o pedaço de terra onde os antepassados repousam era inalienável e imprescritível, sendo oponível *erga omnes*. Tanto que a lei romana, à época, garantia à família, que vendia o campo onde estava localizado o túmulo de seus antepassados, a manutenção do domínio sobre o local da lápide, bem como o acesso, através da propriedade do comprador, ao túmulo, como uma espécie de servidão de passagem, nos moldes previstos pelo atual Código Civil⁸.

⁶ COULANGES, *A Cidade Antiga*, cit., p. 89.

⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁸ *Ibidem*, p. 13.

Posteriormente, com o crescimento das cidades e a expansão do poder do Estado, o exercício do direito de propriedade passou a ser regulado de maneira detalhada, com o aumento do número de atos normativos que tratavam do tema. Nesse sentido, é possível afirmar que o conceito de propriedade privada vai se aproximando ao conceito utilizado atualmente, passando a ser definido, de forma mais nítida, pelo Direito Romano.

Desde o ordenamento romano, reconhecia-se que o domínio era composto pelo *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, ou seja, pelo direito de usar, gozar e dispor da coisa, conceito que se mantém atual.

Percebe-se, assim, a grande importância da civilização romana para o desenvolvimento do direito de propriedade, sendo possível verificar, com facilidade, que, apesar do grande lapso temporal que separa as duas sociedades, muitos institutos do Direito Civil previstos no ordenamento jurídico brasileiro têm o Direito Romano como base.

2.1.2 Idade Moderna

Já nos séculos finais da Idade Média, com o renascimento comercial e urbano, desenvolve-se uma nova classe social, composta pelos burgueses. A burguesia habitava pequenos centros urbanos, denominados burgos, e dedicava-se ao comércio de mercadorias, como roupas, especiarias e joias, e à atividade financeira. Esses indivíduos não eram bem vistos pelos integrantes do clero e da nobreza, pois enriqueciam com os rendimentos do capital, o que era considerado pecado, e não descendiam de famílias tradicionais.

Tal classe social, ainda que privilegiada do ponto de vista econômico em razão dos grandes lucros advindos da atividade mercante, também não usufruía de grande influência política na sociedade medieval, em razão da concentração de tal poder nas mãos da nobreza. Os títulos, passados de pai para filho, eram reservados, exclusivamente, às pessoas de alto nascimento, descendentes de famílias tradicionais, de modo que a ascensão econômica da burguesia não era acompanhada da correspondente ascensão social.

Assim, o direito de propriedade medieval, concebido de forma a coibir a ascensão social e fortalecer as relações pessoais de fidelidade e obediência, assim como o próprio sistema feudal, não resiste ao surgimento, crescimento e fortalecimento da classe burguesa. A mudança de paradigma tem como marco histórico ideológico a Revolução Francesa, também conhecida como revolução burguesa.

As alterações sociais e jurídicas decorrentes do movimento revolucionário têm como escopo o aumento das liberdades individuais e a diminuição da intervenção estatal, indispensáveis para o desenvolvimento das atividades mercantes.

Erige-se o direito de propriedade como bastião político ladeado pela igualdade e pela liberdade contra a opressão, enquanto manifestações da própria liberdade. Essa concepção individualista do direito de propriedade tem a sua fundamentação nos ideais burgueses marcados pela ideia da prioridade da liberdade individual e sua proteção contra a intervenção arbitrária do Estado, que formaram a base ideológica da Revolução Francesa.⁹

O direito de propriedade passa a ter uma concepção individualista, por meio da qual tem-se que o indivíduo tem valor em si mesmo, e não por meio do Estado, pois o Estado existe em função dos indivíduos, e não o oposto.

John Locke, filósofo inglês conhecido como pai do liberalismo, defendia a propriedade como direito natural, do qual nem mesmo o Estado poderia privar o indivíduo, pois o contrato social, do qual o Estado era resultado, tinha como objetivo precípua a garantia dos direitos individuais inerentes à condição humana¹⁰.

Para LOCKE, a verdadeira essência da propriedade consiste em ser um direito natural, de cunho individual, indispensável ao homem enquanto membro da sociedade, instituída pelo Estado, pois é anterior ao próprio surgimento do Estado, é uma prerrogativa do homem já no Estado de natureza.¹¹

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a propriedade é consagrada como direito inviolável e sagrado dos indivíduos, do qual o titular não pode ser privado, senão em hipóteses excepcionais, em que reste demonstrada a necessidade pública, e sempre mediante justa indenização.

No mesmo sentido, o Código de Napoleão, vigente na França a partir de 1804, concedia ao proprietário poder absoluto para gozar e dispor das coisas, desde que não fizesse uso proibido pelos regulamentos legais, que eram raros no período¹².

Sendo assim, a propriedade na idade moderna adquire contornos quase absolutos, consubstanciando-se no direito garantido aos particulares de não terem a fruição sobre seus bens turbada pela atuação estatal ou de outros cidadãos.

2.1.3 Idade Contemporânea

Ocorre que o reconhecimento do caráter individual e absoluto do direito de propriedade, corriqueiro nas legislações do período, não se mostrou suficiente para apaziguar

⁹ SOARES, Vivian Bacaro Nunes. O Direito de Propriedade: Caracterização na Concepção de Autores Clássicos e Contemporâneos e Breves Comentários acerca da Função Social. *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, Peru, v. 3, n. 7, p. 03, 2006. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/propiedad.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2022.

¹⁰ *Ibidem*, p. 06.

¹¹ *Ibidem*, p. 07.

¹² ZAKKA, Rogério Marcus. *O Direito de Propriedade: análise sob a ótica de sua convivência com a função social*. Dissertação (mestrado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 41.

as tensões sociais por muito tempo. O anseio das classes menos favorecidas pela efetivação dos direitos à moradia e à terra, bem como as necessidades decorrentes do convívio em coletividade, aos poucos foram atenuando essas características.

O paradigma liberal não intervencionista de propriedade, resultado dos ideais da revolução francesa, passou a ser influenciado por conceitos que privilegiam a distribuição de renda, o desenvolvimento econômico sustentável e a coletividade, o que, como esperado, gerou reflexos no direito, culminando na positivação da função social da propriedade.

A Constituição do México de 1917 foi a primeira a prever, de forma expressa, o princípio da função social da propriedade. No art. 27, §3º, o texto constitucional previa a possibilidade da intervenção estatal na sociedade privada caso o interesse público assim determinasse, bem como direcionava o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação à distribuição equânime das riquezas.

A Constituição de Weimar de 1919, por sua vez, estabelecia que o uso da propriedade deveria ocorrer em consonância com o interesse geral, além de prever a possibilidade de limitações ao direito de propriedade, desde que previstas em lei.

Desse modo, o direito de propriedade contemporâneo transcendia o aspecto meramente patrimonial de outrora, deixando de servir única e exclusivamente para o enriquecimento do seu titular. Nos ordenamentos jurídicos atuais, nos quais se insere o brasileiro, o proprietário passa a ter, ao lado de um feixe de poderes, também um somatório de deveres, resultado do reconhecimento da sua função social, como restará demonstrado no tópico que segue.

2.2 Proteção do Direito de Propriedade no ordenamento jurídico brasileiro: a propriedade como direito fundamental.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao tratar da ordem econômica nacional, estabelece, como princípio norteador, a livre iniciativa. De tal previsão, extrai-se que a sociedade brasileira, do ponto de vista produtivo, está assentada nas premissas do modelo capitalista, sendo o reconhecimento e a proteção estatal da propriedade privada condição *sine qua non* do modelo adotado.

No plano legal, o conceito de propriedade é veiculado pelo art. 1.228 do Código Civil que, ao enunciar os poderes do proprietário, permite, ao intérprete, delinear os contornos do instituto. Conforme a referida norma, o direito de propriedade consubstancia-se na faculdade, pertencente ao proprietário, de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o de reavê-la, de quem quer que injustamente a detenha ou possua.

Sobre o assunto, Pereira¹³ ensina que, em síntese, o “domínio é o direito real que vincula legalmente e submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios”. Assim, nota-se que o direito de propriedade está ligado à influência exercida pelo indivíduo em relação aos bens materiais, sejam móveis ou imóveis.

Nesse sentido, a Constituição Federal, logo no *caput* do artigo 5º, elege a propriedade como um direito fundamental e inviolável, estabelecendo: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”¹⁴.

Em seguida, ainda nos incisos do artigo supramencionado, reforça que: “XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá sua função social”¹⁵.

Nesse sentido, por se tratar de um direito fundamental, previsto de maneira expressa no art. 5º, a propriedade recebe uma proteção especial do texto constitucional, sendo considerada, por conseguinte, cláusula pétrea. Tal proteção encontra razão de existir no modelo econômico escolhido pelo constituinte, sendo a garantia da propriedade privada condição indispensável para o desenvolvimento de uma sociedade capitalista.

As cláusulas pétreas instituem limitação material ao poder constituinte derivado, impedindo a edição de emendas constitucionais que visem abolir os princípios e direitos protegidos, nos termos do art. 60, §4º, IV da CRFB.

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantido por ela. [...] A cláusula pétrea não existe tão só para remediar a situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico.¹⁶

Assim, ao indicar o rol de cláusulas pétreas, o constituinte indica, ao mesmo tempo, o rol de direitos e princípios mais básicos e indispensáveis, que devem ser mantidos enquanto vigorar a Constituição, independente das correntes e tendências momentâneas. Essa rigidez acentuada é plenamente justificável, à medida que protege o núcleo essencial que dá unidade e serve de base para todo o ordenamento jurídico pátrio.

¹³ PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 91.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 13.

¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139.

Cumprir, portanto, que a cláusula pétrea não tem por escopo manter inalterada a redação de determinado dispositivo da Constituição, mas tem um significado mais profundo, de garantia do sentido da norma ou do princípio protegido¹⁷.

São admissíveis, portanto, emendas constitucionais que alterem os dispositivos que tratam dos direitos individuais, desde que tais direitos não sejam completamente esvaziados ou tenham o seu exercício inviabilizado pelo poder reformador.

Desse modo, por se tratar de uma condição basilar à efetividade do modelo econômico adotado, a Constituição garante, enquanto não sobrevier uma nova constituinte, a proteção ao direito de propriedade, sendo intangível o seu conteúdo essencial mínimo, seja por emenda ao texto, pela edição de norma infraconstitucional ou pela prática de atos concretos pela Administração Pública.

3 Intervenção do Estado na propriedade privada

3.1 Considerações Iniciais

Como visto no primeiro capítulo, o direito contemporâneo superou a ideia de propriedade absoluta, de forma a admitir a sua mitigação em certas situações, quando exigido pelo interesse da coletividade. O ordenamento constitucional brasileiro, seguindo esta tendência, ao mesmo tempo em que assegura, traz limitações à propriedade privada, no sentido de ajustar o exercício do direito às exigências da convivência em sociedade.

A Administração Pública tem, à sua disposição, grande número de instrumentos jurídicos passíveis de utilização para a limitação do direito da propriedade particular ou adequação do seu exercício ao interesse coletivo. Tais instrumentos, lastreados no poder de império, são denominados, genericamente, intervenções do Estado na propriedade privada.

“De forma sintética, podemos considerar intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada”¹⁸. Assim, através desses institutos, o Estado, de forma vertical, impõe uma restrição ao uso da propriedade pelo particular, que deixa de gozar, plena e livremente, de todos os atributos de tal direito.

As intervenções do Estado na propriedade privada têm dois fundamentos básicos, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado e a função social da propriedade.

¹⁷ *Ibidem*, 139.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 781.

O princípio da supremacia do interesse público é considerado um princípio implícito, que não decorre expressamente do texto constitucional, mas das instituições adotadas pelo ordenamento brasileiro. Este princípio serve de base para as prerrogativas especiais à disposição da Administração Pública, que tem nelas instrumentos para implemento das finalidades instituídas pela lei e pela Constituição¹⁹.

Decorre dele que, existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição ou dela decorrentes.²⁰

Por sua própria natureza, os atos que implicam limitações aos direitos individuais geram um conflito entre os interesses do particular, pautado pela satisfação de suas próprias aspirações e necessidades, e os interesses coletivos, pautados pela busca do bem comum. Ocorre que, de acordo com o princípio da supremacia do interesse público, sempre que esses interesses forem incompatíveis, deverá prevalecer o interesse coletivo. Assim, as intervenções estatais na propriedade privada são admissíveis, uma vez que têm amparo no ordenamento jurídico e encontram-se fundamentadas no interesse público²¹.

No mesmo sentido, a função social da propriedade, estatuída como princípio de regência da ordem econômica nacional, também justifica a intervenção estatal no domínio particular. O texto constitucional traça alguns parâmetros que servem de base para a compreensão do instituto, estabelecendo critérios específicos para a propriedade urbana e para a propriedade rural.

Em relação à propriedade urbana, estabelece o art. 182, §2º da CRFB, que o atendimento da função social está vinculado à obediência das exigências básicas de uso e ordenação do solo previstas no plano diretor municipal. Por outro lado, nos termos do art. 186 do mesmo texto constitucional, a função social da propriedade rural é atendida quando cumpridos os requisitos do aproveitamento racional e adequado da terra, preservação do meio ambiente e o respeito às relações de trabalho.

Portanto, o princípio da função social estabelece que da propriedade decorra, além de um conjunto de direitos e prerrogativas, um conjunto de deveres a serem observados pelo titular, voltados para o desenvolvimento da coletividade.

¹⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 29 ed. São Paulo: Método, 2021, p. 195.

²⁰ *Ibidem*, p. 188.

²¹ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 816.

3.2 Desapropriação

Em relação aos instrumentos de intervenção estatal da propriedade propriamente ditos, deve-se esclarecer que são divididos em dois grupos: intervenções restritivas e intervenções supressivas.

As primeiras são aquelas por meio das quais o Estado impõe condições ao uso da propriedade, sem, entretanto, retirar o domínio de seu titular. Por outro lado, por meio das intervenções supressivas o Estado transfere para si a propriedade, suprimindo totalmente o domínio do antigo titular.

Nesse sentido, a desapropriação é tida como a mais gravosa forma de intervenção estatal na propriedade privada, pois não apenas limita o uso e gozo do bem, como nas demais formas de intervenção, mas retira a propriedade de seu titular, transferindo-a, de maneira compulsória, ao patrimônio de outrem. Desse modo, apresenta-se como modalidade de intervenção supressiva.

Deve-se ressaltar que a desapropriação é entendida como o instrumento de intervenção por meio do qual o Estado, por razões de utilidade pública ou de interesse social, transfere para si, de maneira cogente, a propriedade particular, mediante o pagamento de indenização prévia. Nas palavras Alexandrino e Paulo:

Desapropriação é o procedimento de direito público mediante o qual o Estado, ou quem a lei autorize, retira coercitivamente a propriedade de terceiro e a transfere para si - ou, excepcionalmente, para outras entidades -, fundado em razões de utilidade pública, de necessidade pública ou de interesse social, em regra, com o pagamento de justa e prévia indenização.²²

O procedimento de desapropriação, na maioria dos casos, compreende duas fases, a administrativa e a judicial. Na fase administrativa o Poder Público declara o seu interesse na desapropriação e dá início às medidas visando a transferência do bem. Caso o proprietário não se oponha à desapropriação e aceite o valor ofertado pela Administração, o procedimento se encerra ainda nessa fase.

Na ausência de acordo, o procedimento entra na fase judicial, na qual não poderá ser discutida a presença, ou não, de interesse público nessa forma de intervenção na propriedade privada, mas tão somente o valor da indenização²³.

Para que haja a efetiva transferência do patrimônio do particular para o Poder Público, é preciso que seja observado por este um procedimento específico. Tal procedimento possui duas fases distintas, quais sejam, a fase declaratória e a fase executória.

²² ALEXANDRINO; PAULO, *Direito Administrativo Descomplicado*, cit., p. 1133.

²³ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 911.

Em suma, na fase declaratória, o ente expropriante manifesta seu interesse em efetuar a expropriação, ao passo que na fase executória o ente toma as medidas efetivas a transferir o bem particular ao seu patrimônio.

A fase declaratória se inicia com a declaração expropriatória, por meio da qual a Administração torna público o seu interesse em desapropriar determinado bem, fundado em razões de utilidade ou necessidade pública ou interesse social. A declaração, realizada por meio de decreto executivo ou legislativo, deve conter: a descrição precisa do bem; a finalidade da desapropriação; e a hipótese legal de desapropriação que autoriza a medida.

A publicação do decreto declaratório, por si só, produz os seguintes efeitos: autoriza a entrada das autoridades administrativas no imóvel indicado; dá início à contagem do prazo de caducidade do ato; e indica o estado em que se encontra o bem, para efeitos de valoração da futura indenização. Ademais, após a declaração expropriatória, o proprietário fará jus apenas à indenização das benfeitorias necessárias e, caso tenha obtido autorização do Poder Público para a sua realização, das benfeitorias úteis.

A fase executória, por seu turno, pode ser concluída na via administrativa ou na via judicial, a depender da postura do proprietário do bem. A transferência do bem pode ser efetivada ainda na fase administrativa, desde que o particular não se oponha à expropriação e aceite o valor de indenização ofertado pelo Poder Público. Nesse caso, a desapropriação amigável será formalizada por meio de escritura pública, que servirá para a transferência do bem.

Não havendo acordo entre as partes, deverá ser proposta a ação judicial para a solução da lide. Cumpre destacar, todavia, que se trata de ação de cognição limitada, sendo vedado ao magistrado decidir se se verificam ou não os casos de utilidade ou necessidade pública, conforme art. 9º do Decreto-Lei 3.365/1941. Desse modo, a contestação oferecida pelo particular só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço ofertado pelo expropriante, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei 3.365/1941.

Via de regra, o ente expropriante obterá a transferência do bem particular para o seu patrimônio após o trânsito em julgado da ação de desapropriação, com o pagamento da indenização.

3.3 Desapropriação indireta

A desapropriação indireta é o fato administrativo por meio do qual o Estado se apropria do bem particular, sem observância de nenhuma formalidade prévia, ou seja, é um simples apossamento de fato levado a efeito pela Administração. Esse apossamento da propriedade

privada pelo Poder Público ocorre sem a declaração expropriatória e sem a indenização prévia, requisitos previstos no art. 5º, XXIV, da CRFB, razão pela qual sua utilização recebe críticas.

Na desapropriação indireta, repudiada pela doutrina, o Estado apropria-se de um bem particular sem o devido processo legal: não declara o bem como de interesse público e não paga a justa e prévia indenização. Exemplo de desapropriação indireta é a apropriação de áreas privadas pela administração pública para a abertura de estradas sem processo pertinente e sem o prévio pagamento de indenização.²⁴

O instituto encontra fundamento normativo no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que estabelece que os bens expropriados, uma vez incorporados pela Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que tenha sido nulo o processo de desapropriação. Tal previsão legal é amparada pela teoria do fato consumado, segundo a qual as situações jurídicas são consolidadas pelo decurso do tempo.

Como a desapropriação indireta não recebeu tratamento legal minucioso, sua utilização, na prática, segue critérios delimitados pela jurisprudência. Nesse sentido, suprimindo a lacuna legislativa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu três requisitos para a aplicação do instituto, quais sejam: o apossamento do bem pelo Estado sem prévia observância do devido processo legal; afetação do bem; e a irreversibilidade da situação fática a tornar ineficaz a tutela judicial específica (EREsp 922.786/SC, STJ - Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgamento 09.09.2009, DJ 15.09.2009).

Assim, verificados os requisitos estabelecidos pelo STJ, perde o proprietário o direito de requerer a restituição do bem. Na espécie, o direito de reivindicar a coisa é substituído pelo direito à indenização pelas perdas e danos causados pela atuação estatal.

Destaca-se, por fim, que a ação indenizatória, ainda que julgada procedente, em nada afetará o direito do Poder Público sobre o bem expropriado, cuja propriedade se tornou intangível. A sentença se limitará a condenar a Administração ao pagamento de indenização, em razão dos prejuízos causados ao particular pela desapropriação indireta.

4 A desapropriação indireta à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

4.1 Conflito entre princípios constitucionais: a supremacia do interesse coletivo, o devido processo legal e o direito à indenização prévia

Como visto, a desapropriação indireta é um fato administrativo, consubstanciado no apossamento do bem particular pelo Poder Público, sem qualquer tipo de procedimento

²⁴ ALEXANDRINO; PAULO, *Direito Administrativo Descomplicado*, cit., p. 1147.

administrativo, formalidade, composição e indenização prévia. Assim, por meio do instituto, o Estado intervém de forma supressiva na propriedade privada, sem observar os requisitos previstos no art. 5º, XXIV, da CRFB e o rito previsto no Decreto-Lei 3.365/1941.

Os tribunais superiores vêm admitindo a ampla utilização dessa espécie de desapropriação, com fundamento no princípio da supremacia do interesse coletivo e na intangibilidade das obras públicas.

O princípio da supremacia do interesse coletivo é considerado um princípio implícito, que não decorre expressamente do texto constitucional, mas das instituições adotadas pelo ordenamento brasileiro. Este princípio serve de base para as prerrogativas especiais à disposição da Administração Pública, que tem nelas instrumentos para implementação das finalidades instituídas pela lei e pela Constituição²⁵.

Dessa maneira, com fundamento nesse princípio, bem como no da intangibilidade da obra pública, a utilização da desapropriação indireta é tida como legítima, ao passo que protege o interesse coletivo, consubstanciado na continuidade da obra ou serviço público realizado no imóvel afetado, em detrimento do interesse do particular em manter a sua propriedade.

Entretanto, o posicionamento jurisprudencial, favorável à desapropriação indireta, recebe severas críticas da doutrina especializada, que não reconhece a adequação do instituto – introduzido no ordenamento pátrio em 1941, durante a Ditadura Vargas – ao texto constitucional atual.

Existe uma invencível incompatibilidade entre a desapropriação indireta e a Constituição brasileira, não tanto pela falta de previsão constitucional para a modalidade indireta da desapropriação, mas pelo fato constatável de que a Carta Magna tudo fez, às escâncaras, para impedir que o Estado assim procedesse.²⁶

Inicialmente, deve-se destacar que o instituto afronta, em certa maneira, o princípio do devido processo legal, disposto no art. 5º, LIV, da CRFB. De tal princípio constitucional, extrai-se a garantia de que todos os atos administrativos (ou judiciais) que atinjam a propriedade do particular sejam resultado de um processo formal regular, no qual seja observado o contraditório e possibilitada a ampla defesa. “Ou seja, a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais”²⁷.

²⁵ *Ibidem*, p. 195.

²⁶ BRITTO, Carlos Ayres. ALEGRE, José Sérgio Monte. Desapropriação Indireta: inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, 1986, p. 255.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 118.

Na desapropriação indireta, tal garantia não é atendida, pois a expropriação ocorre sem qualquer tipo de formalidade prévia. O rito desapropriatório previsto no Decreto-Lei 3.365/41 não é cumprido: não há a declaração de utilidade ou necessidade pública, a parte prejudicada não é notificada para se manifestar ou não há acordo em relação ao valor da indenização ou o ajuizamento da ação de desapropriação.

Ademais, a CRFB, em seu art. 5º, XXIV, estabelece, como requisito da desapropriação, o pagamento de uma indenização justa, prévia e em dinheiro ao expropriado. Assim, é indispensável que, antes do ingresso na posse, a Administração pague a indenização, sob pena de nulidade. Tal exigência é verificada, inclusive, nos casos de urgência, para a imissão provisória na posse, cujo deferimento depende de depósito do valor arbitrado, a título de indenização, nos termos do art. 15 do Decreto-Lei 3.365/41.

Percebe-se, portanto, que a utilização da desapropriação indireta gera um conflito entre princípios constitucionais: de um lado, o princípio da supremacia do interesse público e de outro, os princípios do devido processo legal e da indenização prévia. Nesse sentido, a análise de sua adequação ao ordenamento constitucional passa, inevitavelmente, pela solução da antinomia entre os princípios supramencionados.

4.2 Colisão entre princípios constitucionais e o método da ponderação

A resolução das antinomias passa, inicialmente, pela distinção entre princípios e regras. Segundo Robert Alexy²⁸, os princípios são mandamento de otimização, que determinam que algo seja realizado na medida das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser atendidos em graus variados, a depender das peculiaridades do caso concreto. Por outro lado, as regras são sempre cumpridas ou descumpridas, seguindo a lógica do tudo ou nada, sem meio termo.

Desse modo, a diferença entre princípios e regras está na estrutura das normas. Enquanto os primeiros (princípios) admitem cumprimento em graus variados, as segunda (regras) devem ser cumpridas de forma direta, desde que demonstrada a adequação do fato à sua hipótese de incidência²⁹.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117-118.

²⁹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de Normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 203, a. 51, p. 165-183, 2014.

As regras conflitantes, por seguirem a lógica do tudo ou nada, excluem-se mutuamente, ao passo que os princípios, por consubstanciarem mandamentos de otimização, admitem o sopesamento, a partir do balanceamento entre valores e interesses.

Os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...] Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.³⁰

A solução de antinomias entre princípios constitucionais, ainda que aparentes, mostra-se como um processo complexo, em razão do princípio da unidade da Constituição. O método tradicional de solução entre antinomias legais, no qual, por meio da utilização dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, reconhece-se a invalidade de determinada norma em prol de outra, não pode ser aplicado quando se trata de normas editadas pelo constituinte originário.

Segundo o princípio supramencionado, as normas constitucionais não devem ser vistas de maneira isolada ou fragmentada, mas como princípios integrados de um sistema unitário. Uma norma constitucional não pode expressar significado normativo se estiver destacada do sistema, não sendo possível a interpretação de artigos ou trechos isolados, mas sim de todo o texto³¹.

Nesse sentido, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas, observando-se todo o texto constitucional de forma sistemática. Assim, o princípio da unidade da Constituição impõe ao intérprete a harmonização entre as tensões e conflitos decorrentes das diversas normas constitucionais³².

Em decorrência disso, não se concebe a inconstitucionalidade das normas oriundas do Poder Constituinte originário. Eventuais antinomias serão sempre aparentes, e as normas conflitantes devem ser interpretadas de modo a evitar contradições e possibilitar a sua coexistência harmônica dentro do sistema.

As normas constitucionais não estão justapostas [...] As normas constitucionais são fruto da vontade unitária do Poder Constituinte, sendo geradas simultaneamente. Não

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161-1162.

³¹ VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

³² FERREIRA, Francisco G. B. de Carvalho. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A Nova Hermenêutica Constitucional e a Aplicação dos Princípios Interpretativos à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em busca de limites para a atividade jurisdicional. *Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica*, v. 22, n. 1, p. 218–260, 2017.

podem, portanto, estar em conflito. Da mesma maneira, não há e nem pode haver hierarquia entre normas constitucionais.³³

Do princípio da unidade, decorre, ainda, a superação da tese da hierarquia entre normas constitucionais: não existem determinados direitos ou espécies de direitos mais importantes que outros, pois todos foram contemplados, simultaneamente, pela vontade do constituinte originário. Nesse sentido, encontrando-se todas as normas em mesmo *status* normativo, não há de cogitar a prevalência abstrata de alguma delas em detrimento da outra, cabendo ao intérprete tarefa de conciliá-las³⁴.

Assim, ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, na hipótese de colisão entre dois ou mais princípios decorrentes do texto constitucional, deve ser dada uma solução que não implique no sacrifício total de um deles em prol de outro.

No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com outro.³⁵

Assim, com o desiderato de solucionar o conflito entre princípios constitucionais, surge a técnica da ponderação de bens, interesses, princípios e valores, amplamente utilizada pelas Cortes com jurisdição constitucional (nacionais e estrangeiras), que, aplicada ao caso concreto, possibilita a resolução das antinomias sem violar o princípio da unidade da Constituição.

Por meio dessa técnica, afere-se o alcance e a extensão dos princípios em contradição, levando em consideração o peso dado a determinados bens ou valores jurídicos no caso concreto. Nesse sentido, a atividade do julgador deve ser orientada por duas premissas básicas: a primeira é de que não é possível hierarquizar as normas para, depois, suprimir a de menor classificação; e a segunda é de que “a colisão deve ser solucionada sopesando-se a importância relativa de cada direito ou princípio envolvido, para, por fim, decidir qual deles, naquele caso concreto, deve sofrer menor ou maior restrição em relação ao outro”³⁶

³³ BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 95-99, 2000.

³⁴ FERREIRA; CADEMARTORI, A Nova Hermenêutica Constitucional e a Aplicação dos Princípios Interpretativos à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *cit.*

³⁵ MENDES; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, *cit.*, p. 210.

³⁶ RORIZ, Liliane. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 34.

Assim, no caso de colisão, um dos princípios deve ceder espaço, até um certo ponto, perante o outro, ou ambos os princípios devem ceder espaço recíproca e gradativamente, até que se acomodem, sem que um exclua totalmente a aplicação do outro³⁷.

4.3 Conciliação entre a desapropriação indireta e os direitos e garantias individuais

A conciliação entre o interesse público, a garantia do devido processo legal e o direito do particular à indenização prévia e em dinheiro, no caso da desapropriação indireta, deve ser realizada por meio da técnica da ponderação. Tal técnica, amplamente adotada pelos tribunais constitucionais de todo o mundo, mostra-se apta gerar uma solução que seja, ao mesmo tempo, razoável, proporcional e adequada ao princípio da unidade da Constituição.

Nesse sentido, a solução a ser apresentada deve, necessariamente, harmonizar o interesse coletivo e os direitos e garantias individuais, sem esvaziar completamente a eficácia de nenhuma das normas constitucionais supramencionadas.

Partindo desse contexto, é certo afirmar que a utilização ampla e indiscriminada do instituto da desapropriação indireta não está de acordo com o modelo de gestão pública eficiente e responsável, previsto na CRFB e na Lei Complementar 101/2000 e desejado por todos os cidadãos brasileiros. Uma boa gestão exige a ação planejada e transparente, com a prevenção de todos os riscos desnecessários e cuidado ao lidar com os inevitáveis, bem como a estrita observância da legalidade.

Ocorre que, em razão da ausência de qualquer formalidade prévia, a desapropriação indireta expõe e incentiva a falta de planejamento e profissionalismo da Administração Pública que, ao invés de se preparar antes da realização de uma obra, escolhendo o imóvel de maneira criteriosa e expropriando-o nos termos da lei, simplesmente inicia a sua execução de maneira açodada.

Acrescenta-se, ainda, que o apossamento administrativo pode ser um instrumento à disposição de administradores menos escrupulosos, que podem utilizá-lo como forma de viabilizar implantação do melhoramento público sem a correspondente dotação orçamentária e sem os recursos financeiros necessários, com grave infração dos princípios orçamentários.

Além disso, a adoção do instituto dá margem à atuação pessoal do gestor, que poderá usar a desapropriação indireta como forma de perseguição política, haja vista a ausência da fase administrativa da expropriação, na qual é dada ampla publicidade ao ato e facultada ao prejudicado a oportunidade de impugnar a medida.

³⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 62.

Por outro lado, a abolição definitiva do instituto do ordenamento jurídico não é uma solução viável. Em alguns casos, a afetação do imóvel ao uso público é tamanha que inviabiliza o retorno do domínio do imóvel ao seu antigo titular.

A demolição de grandes e caros edifícios públicos, construídos às expensas de todos os contribuintes e utilizados para prestação de serviços essenciais, seria contrária ao interesse de toda a coletividade. Ademais, nesses casos, a destruição da obra seria decorrente de um formalismo oneroso para a Fazenda Pública, vez que, após a sua demolição, poderia a Administração, de maneira discricionária, decretar a utilidade pública do imóvel, proceder à sua expropriação e reiniciar a construção da obra pública.

Deve-se levar em consideração, ainda, que nem sempre os limites ou marcos divisórios entre os terrenos públicos e as propriedades particulares são claros, sobretudo no interior do país e em áreas semi urbanizadas. Assim, é possível que a ocupação irregular tenha ocorrido de boa-fé, em razão de erro escusável da Administração.

Desse modo, a desapropriação indireta não deve ser retirada de nosso ordenamento jurídico, todavia, para que esteja em harmonia com os direitos e garantias individuais consagrados pela CRFB, sua utilização deve se restringir a situações excepcionais, nas quais o atendimento ao interesse coletivo seja totalmente inviabilizado pelo retorno da propriedade ao particular.

Nesse diapasão, a solução do conflito passa pela interpretação conforme da expressão “incorporados”, prevista no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41. O método hermenêutico de controle de constitucionalidade da interpretação conforme tem como base o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual as normas infraconstitucionais devem ser lidas de acordo com os postulados da Carta Magna, pois todas as leis e atos normativos encontram nela o seu fundamento.

Assim, por meio da interpretação conforme, fixa-se um sentido para a norma *sub examine* que esteja em consonância com a Constituição, afastando-se todos os demais, em razão de sua incompatibilidade com as normas constitucionais. O método adequa-se à discussão acerca da recepção do instituto da desapropriação indireta pela CRFB, pois é c violação à Constituição decorrente de determinado viés interpretativo³⁸.

Como visto no capítulo anterior, o entendimento pretoriano se orienta no sentido de que o imóvel é incorporado à Fazenda Pública quando preenchidos os seguintes requisitos: apossamento do bem pelo Estado sem prévia observância do devido processo legal; afetação

³⁸ RIBEIRO, Júlia de Melo. Interpretação Conforme a Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 184, a. 46, p. 149-170, 2009.

do bem; e a irreversibilidade da situação fática a tornar ineficaz a tutela judicial específica. Ocorre que tais requisitos, isolados, não são suficientes para adequar o dispositivo legal às normas constitucionais, sendo necessário acrescentar, ainda, mais dois, quais sejam a boa-fé da Administração e a relevância do investimento público realizado.

Não é aceitável que, em situações normais, um ente público ignore o procedimento previsto em lei para a realização de determinado ato administrativo para implementá-lo de maneira arbitrária e discricionária. Em razão da natureza excepcional da desapropriação indireta, sua utilização deve ter um motivo razoável, que seja relevante o suficiente para inviabilizar a observância do rito expropriatório ordinário.

Dessa maneira, a Administração não pode se apossar de um bem que sabe não ser de sua propriedade. Para que seja válido, o apossamento deve ocorrer em razão de erro escusável, fundado em deficiências no registro ou nos marcos divisórios, que leve o Poder Público a, de boa-fé, iniciar as obras em imóvel que imagina ser público ou a invadir parcialmente imóvel limdeiro.

Do mesmo modo, é o que deve ser considerado quando o retorno da propriedade ao particular seja inviável, o que se dá quando o investimento público realizado no local for relevante, levando-se em consideração o valor do imóvel objeto da expropriação. A construção de uma modesta praça, feita a partir da fixação de bancos, plantação de grama e instalação de iluminação em um valioso terreno particular, na área mais nobre da cidade, a título de exemplo, não é suficiente para inviabilizar o retorno do bem ao particular, pois o prejuízo da Administração com a medida é ínfimo se comparado ao dano suportado pelo proprietário. A desapropriação indireta só se justifica se o prejuízo coletivo derivado da desafetação do bem for superior ao prejuízo suportado pelo particular em razão da expropriação.

Ante o exposto, a ideia que se propõe é no sentido de manter-se o instituto da desapropriação indireta, desde que restrita a situações bastante excepcionais, com o que se garante a observância, ao mesmo tempo, dos princípios da supremacia do interesse público, do devido processo legal e da prévia indenização do expropriado, conservando-se incólume o disposto no art. 35 do Decreto-Lei 3.365/45, desde que interpretado em conformidade com o texto constitucional.

5 Considerações finais

A utilização corriqueira da desapropriação indireta é um fenômeno indesejado, razão pela qual deve ser afastado do cotidiano da Administração Pública. É desejável que as

expropriações, via de regra, ocorram nos estritos termos das normas positivadas e, caso fujam de seus ditames, o ordenamento jurídico deve dispor de mecanismos para coibi-las.

No que se refere à solução dada pelo artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41 aos casos de desapropriação indireta, firmou-se entendimento no sentido de que se trata de uma norma que fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, desde que submetida a uma interpretação conforme, que proceda a uma análise restritiva da expressão “incorporados”.

Assim, um bem somente deve ser dado como incorporado à Fazenda Pública quando presentes cinco requisitos específicos, quais sejam: apossamento do bem pelo Estado sem prévia observância do devido processo legal; afetação do bem; irreversibilidade da situação fática; boa-fé da Administração; e relevância do investimento público realizado.

Apenas nesses casos mostra-se justificado que o direito de propriedade do particular tenha sua área de alcance restringida em face de outros valores igualmente nobres e amparados pelo sistema constitucional vigente, tais como a supremacia do interesse público e a intangibilidade da obra pública. Caso não estejam presentes os requisitos supramencionados, deverá ser afastada a incidência do art. 35 do Decreto-Lei nº 3365/41, de modo a possibilitar a retomada do imóvel objeto de esbulho pelo particular.

Referências Bibliográficas

- ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de Normas: Distinção entre ponderação e juízo de adequação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 203, a. 51, p. 165-183, 2014.
- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 29 ed. São Paulo: Método, 2021.
- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 145, p. 95-99, 2000.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BRITTO, Carlos Ayres. ALEGRE, José Sérgio Monte. Desapropriação Indireta: inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 1961.
- FERREIRA, Francisco G. B. de Carvalho. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A Nova Hermenêutica Constitucional e a Aplicação dos Princípios Interpretativos à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em busca de limites para a atividade jurisdicional. *Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica*, v. 22, n. 1, p. 218–260, 2017.
- MALUF, Aflaton Castanheira. Propriedade Imóvel Rural no Brasil – Fundamentos Históricos e Jurídicos – Das Sesmarias ao Séc. XXI. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: https://fasa.edu.br/assets/arquivos/files/RBEJ%20v_10,%20n_2_2015.pdf. Acesso em 05 de fev. de 2022.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NASCIMENTO, Walter Vieira. *Lições de História do Direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RIBEIRO, Júlia de Melo. Interpretação Conforme a Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 184, v. 46, p. 149-170, 2009.
- RORIZ, Liliane. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- SILVA, Daniel Neves. Queda do Império Romano. *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/queda-imperio-romano.htm>. Acesso em: 17 de fev de 2022.
- SOARES, Vivian Bacaro Nunes. O Direito de Propriedade: Caracterização na Concepção de Autores Clássicos e Contemporâneos e Breves Comentários acerca da Função Social. *Revista Jurídica Derecho y Cambio Social*, Peru, v. 3, n. 7, p. 03, 2006. Disponível em:

<https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/propiedad.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2022.

SOUSA, Rainer. Feudalismo. *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/feudalismo.htm> . Acesso em: 01 de fev. de 2022.

VASCONCELOS, Clever. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAKKA, Rogério Marcus. *O Direito de Propriedade: análise sob a ótica de sua convivência com a função social*. Dissertação (Mestrado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7814/1/Rogério%20Marcus%20Zakka.pdf>. Acesso em: 18 de fev. de 2022.

Como citar este artigo: MACHADO, Guilherme Augusto de Castro. MATOS, Nathalia Magalhães de. Análise da desapropriação indireta à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 1–25, 2023.

Recebido em 16.01.2023

Publicado em 15.09.2023



Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional