

A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COMO ATO ILÍCITO E CONTRÁRIO AOS PADRÕES ÉTICOS EXIGIDOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

THE INDIRECT EXPROPRIATION AS UNLAWFUL ACT AND CONTRARY TO
ETHICAL STANDARDS REQUIRED OF PUBLIC ADMINISTRATION.

Emilio Carpanedo Lopes

RESUMO. O presente artigo aborda a discussão acerca da atuação administrativa na intervenção restritiva ou supressiva na propriedade que se manifesta em razão da supremacia do interesse público. Na desapropriação, intervenção supressiva na propriedade, essa atuação deve ser baseada em um devido processo legal. Dessa forma, quando a Administração Pública desapropria um bem sem observância dos procedimentos legais, resta configurada a desapropriação indireta, termo criado pela doutrina e pela jurisprudência. Após ter adquirido a devida destinação pública, o bem não pode retornar para a esfera privada, restando ao prejudicado a indenização correspondente. Trata-se de prática abusiva e que lesa os cofres públicos, de forma a merecer a repúdia e a busca de soluções para inibir essa conduta. Em última análise, ocorrem, ainda, danos aos padrões éticos esperados da atuação administrativa.

PALAVRAS CHAVES: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA; INTERESSE PÚBLICO; INDENIZAÇÃO; ABUSIVIDADE; ATO ILÍCITO; DESRESPEITO AOS PADRÕES ÉTICOS.

ABSTRACT. This article deals with the discussion on administrative action in the restrictive or suppressive intervention in property manifested upon of the supremacy of the public interest. In expropriation, suppressive intervention on the property, this action should be based on due process of the law. Thus, when the Public Administration expropriates a property without legal procedures, it remains set as indirect expropriation, a term created by the doctrine and jurisprudence. After being designated for public usage the property cannot return to the private sphere, leaving the injured party the corresponding indemnification. This is considered as abusive practices and it damages the public coffers in order to merit the

rejects and the search for solutions to inhibit this conduct. In the final analysis, there is also damage to the ethical standards expected from the administrative action.

KEYWORDS: INDIRECT EXPROPRIATION; PUBLIC INTEREST; INDEMNITY; ABUSIVENESS; UNLAWFUL ACT; DISRESPECT TO ETHICAL STANDARDS.

INTRODUÇÃO:

O presente estudo pretende abordar a noção de intervenção estatal na propriedade, o conceito e as modalidades. Nessa perspectiva, torna-se necessária a menção da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que funciona como base do Direito Administrativo.

As noções de interesse público e destinação pública são importantes para o entendimento do tema central do artigo em tela, conforme se verificará no decorrer do mesmo.

A desapropriação é uma forma de intervenção estatal supressiva na propriedade, mas cabe destacar, contudo, que existem intervenções restritivas que não impedem que os particulares exerçam os direitos relativos à posse e à propriedade.

Tal desapropriação deve ser precedida da declaração de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, devendo ser respeitado um procedimento previsto em lei (devido processo legal). É forma originária de aquisição de propriedade e seu procedimento é dividido em duas fases: a declaratória e a executória.

Ocorre que, frequentemente, a Administração Pública desapropria bens sem abrir nenhum tipo de procedimento, desrespeitando o devido processo legal. Quando isso acontece, incide o que se denomina de desapropriação indireta ou apossamento administrativo. O referido termo, criado pela doutrina e pela jurisprudência pátria, é bastante criticado em função de não haver um regime jurídico tal como na desapropriação direta.

Diante da afirmação de que ocorre a desapropriação de um bem sem a devida observância das formalidades necessárias, abre-se caminho para diversas afirmações doutrinárias no sentido de considerar a desapropriação indireta como esbulho possessório.

Convém destacar que mesmo ao considerar essa prática como esbulho possessório, ao particular não é garantido o retorno do bem, mas tão somente a indenização correspondente

devido ao fato do bem ter adquirido à destinação pública. Trata-se de uma manifestação da supremacia do interesse público.

Além disso, ainda é comum a imposição de intervenções restritivas na propriedade, quando na verdade é suprimido o direito de exercício da propriedade e da posse do bem pelo particular. Esses casos também se configuram como desapropriação indireta.

No presente estudo, também será levado em consideração a abusividade da prática que é contrária ao Direito e aos padrões éticos exigidos da Administração Pública. Também será abordada a inconstitucionalidade da desapropriação indireta e a lesão aos cofres públicos que a mesma acarreta. Em última análise, serão apresentadas algumas possíveis soluções com a finalidade de inibir essa prática da rotina dos administradores que afronta a ética e a moralidade administrativa.

Quanto à metodologia, será utilizada pesquisa bibliográfica com a finalidade de explicitar os contornos do tema que será tratado e apontar os objetivos anteriormente mencionados. Como fontes serão consultadas as informações levantadas pelos livros jurídicos selecionados e por artigos de periódicos, bem como as consultas de decisões judiciais emanadas pelo Poder Judiciário.

1. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

A noção de intervenção estatal na propriedade encontra como base a legalidade, a função social e o interesse público, podendo a mesma ser supressiva ou restritiva.

1.1. A NOÇÃO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

Hely Lopes Meirelles apresenta um conceito de intervenção estatal na propriedade, focando o caráter restritivo da intervenção:

Entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do Poder Público que, fundando em lei, compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público.¹

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 649.

Fernanda Marinela, por sua vez, contribui com a elucidação do tema, na medida em que considera o caráter subsidiário da intervenção e, ainda, indica a necessidade da observância da função social que o Estado deve impor aos proprietários em relação às suas propriedades e o caráter subsidiário da intervenção:

A intervenção na propriedade pode ser conceituada como toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por objetivo ajustá-la à função social à qual está condicionada ou condicioná-la ao cumprimento de uma finalidade de interesse público. Em regra, o Poder Público não intervirá na propriedade do particular, só sendo isso possível excepcionalmente, nas hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico.²

Além disso, o anterior e o mais importante apontamento no que tange à intervenção estatal na propriedade é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado que norteia todo regime jurídico administrativo. Fernanda Marinela ensina que:

O princípio da supremacia determina privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em razão desse interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares.³

1.2. AS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA PROPRIEDADE

Após estudo das características gerais da intervenção estatal na propriedade, passemos ao conhecimento das suas particularidades. Diversas são as modalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas é possível dividi-las em dois grandes grupos: a intervenção restritiva e a intervenção supressiva.

A intervenção restritiva caracteriza-se por ser a “hipótese em que o Estado impõe restrições e condiciona o uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la de seu dono. (...). Elencam-se nesse conceito as seguintes modalidades: limitação administrativa, servidão administrativa, requisição, ocupação temporária e tombamento”.⁴

De outra forma, a intervenção supressiva é a “hipótese em que o Estado transfere

² MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 786.

³ Idem, p. 27.

⁴ Idem, p. 787.

coercitivamente para si a propriedade de terceiro, em virtude de um dos fundamentos previstos pela lei”.⁵

1.3. A DESAPROPRIAÇÃO E O SEU DEVIDO PROCESSO LEGAL

Inicialmente, cabe destacar que a desapropriação “é forma supressiva do direito de propriedade, enquanto as demais representam medidas restritivas a esse direito”.⁶

Hely Lopes Meirelles entende a desapropriação como:

(...) a transferência compulsória da propriedade particular (ou entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais (...).⁷

Diógenes Gasparini, no mesmo sentido, ensina que a desapropriação é:

(...) o procedimento administrativo pelo qual o Estado, compulsoriamente, retira de alguém certo bem, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e o adquire, originariamente, para si ou para outrem mediante prévia e justa indenização, paga em dinheiro, salvo os casos que a própria Constituição enumera, em que o pagamento é feito com títulos da dívida pública (art. 182, § 4º, III) ou da dívida agrária (art. 184).⁸

A desapropriação é considerada ainda como forma originária de aquisição de propriedade, conforme se verifica nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

(...) é forma originária de aquisição da propriedade, porque não provém de nenhum título anterior, e, por isso, o bem expropriado torna-se insuscetível de reivindicação e libera-se de quaisquer ônus que sobre ele incidissem precedentemente, ficando os eventuais credores sub-rogados no preço.⁹

Finalmente, Meirelles apresenta as duas fases existentes no procedimento de desapropriação: a fase declaratória e a de natureza executória, senão vejamos:

⁵ Idem, Ibidem.

⁶ MARINELA, op. Cit. p. 786.

⁷ MEIRELLES, op. Cit. p. 650.

⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 906.

⁹ MEIRELLES, op. Cit. p. 650.

A desapropriação é um procedimento administrativo que se realiza em duas fases: a primeira de natureza declaratória, consubstanciada na indicação da necessidade ou utilidade pública ou do interesse social; a segunda, de caráter executório, compreendendo a estimativa da justa indenização e a transferência do bem expropriado para o domínio do expropriante. É um procedimento administrativo (e não um ato), porque se efetiva através de uma sucessão ordenada de atos intermediários (declaração de utilidade, avaliação, indenização), visando á obtenção de um ato final, que é a adjudicação do bem ao Poder Público ou ao seu delegado beneficiário da expropriação.¹⁰

2. A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Verifica-se que o Estado desapropria bens sem o respeito aos trâmites legais, ocorrendo o que é denominado de desapropriação indireta, considerando como direta a desapropriação que ocorreu legalmente.

2.1. O DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O QUESTIONAMENTO SOBRE A EXISTÊNCIA DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COMO INSTITUTO

O devido processo legal que deve ser respeitado como meio de viabilizar a desapropriação, se traduz na declaração de necessidade ou de utilidade pública ou do interesse social do bem pretendido. Ocorre que, a Administração Pública, rotineiramente, promove a desapropriação de bens sem a observância das formalidades necessárias.

Com efeito, Hely Lopes Meirelles entende que não pode existir o fato administrativo chamado de desapropriação indireta no ordenamento jurídico, senão vejamos:

Toda desapropriação deve ser precedida de declaração expropriatória regular, na qual se indique o bem a ser desapropriado e se especifique sua destinação pública ou de interesse social. Não há, nem pode haver desapropriação de fato, ou indireta.¹¹

Nesse sentido, José Carlos de Moraes Salles ensina que a desapropriação indireta ou o apossamento administrativo não pode ser considerado um instituto propriamente dito,

¹⁰ Idem. Ibidem.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 651.

tratando-se de “ato ilícito cometido pelos prepostos da Administração”.¹²

Diógenes Gasparini, por sua vez, acha errada a divisão feita pela doutrina entre a desapropriação direta e a desapropriação indireta, conforme abaixo:

Direita é a desapropriação que observou todo o procedimento expropriatório. Nesta tem-se um ato declaratório e uma fase executória em que são promovidas medidas visando à aquisição da posse do domínio e ao pagamento da indenização. Indireta é a desapropriação em que não se obedeceu a esse procedimento.¹³

A impropriedade dessa classificação reside no fato de não existir para a chamada desapropriação indireta, qualquer regime legal, como há para a desapropriação direta.¹⁴

Em suma, o doutrinador destaca a existência do devido processo legal na chamada desapropriação direta e a inexistência de ato declaratório e fase executória na denominada desapropriação indireta. Podemos concluir, portanto, que não existe um regime legal como na desapropriação direta.

2.2. O CONCEITO E AS CARACTERÍSTICAS ATRIBUÍDAS PELA DOUTRINA

Diante de tudo o que foi explicitado alhures, podemos tratar sobre o conceito atribuído pela doutrina para explicar o fenômeno em estudo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume o conceito da seguinte forma: “Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal”.¹⁵

No mesmo sentido, diversos outros doutrinadores utilizam essa mesma noção para a definição do fenômeno em voga. Outra definição que merece destaque é evidenciada por José Carlos de Moraes Salles, usando o termo “às avessas” para explicar o tamanho desrespeito ao devido processo legal: “A desapropriação indireta é uma expropriação que se realiza às avessas, sem observância do devido processo legal”.¹⁶

José Cretella Júnior e Paulo César de Carvalho, de forma clara e didática, consegue elencar quatro elementos para conceituação e, conseqüentemente, entendimento da questão em tela, conforme o ensinamento abaixo:

¹² SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 846.

¹³ GASPARINI, op. Cit. p. 907.

¹⁴ GASPARINI, op. Cit. p. 908

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 191.

¹⁶ SALLES, op. Cit. 846.

Observam-se, assim no conceito, os seguintes elementos: o estado de fato do apossamento; a afetação do bem ao domínio público; a indenização, devida pelo Estado; o direito subjetivo à respectiva ação ordinária.¹⁷

Por último, cabe destacar o conceito aduzido por Edmir Netto de Araújo que, além de deixar claro o que foi exposto acima, entende ser a desapropriação indireta como a ação ordinária do particular contra a Administração Pública e não a desapropriação em si:

(...) na verdade, o que se costuma denominar de desapropriação indireta não é desapropriação, mas ação do proprietário contra medida unilateral ilícita da Administração, que se caracteriza como apossamento administrativo sem qualquer procedimento expropriatório, administrativo ou judicial, sem declaração de utilidade pública ou interesse social (...), o Poder público ocupa e/ou utiliza, em caráter definitivo, a propriedade, incorporando-a a uma obra ou serviço público.¹⁸

2.3 A CARACTERIZAÇÃO DO ESBULHO POSSESSÓRIO

A doutrina encara a desapropriação indireta como esbulho possessório. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles ensina que o fenômeno da desapropriação indireta não encontra fundamento legal e que se caracteriza como uma verdadeira invasão: “A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e, como tal, não encontra apoio em lei”.¹⁹

Diógenes Gasparini evidencia a ocorrência do esbulho e a obrigatoriedade de pleitear o ressarcimento na via administrativa ou judicial, conforme o seguinte ensinamento:

É, na realidade, apossamento administrativo, verdadeiro esbulho, que obriga o proprietário a pleitear, administrativamente ou judicialmente, o ressarcimento correspondente (...).²⁰

Di Pietro alerta que, como se considera um esbulho, o apossamento pode ser evitado mediante ação possessória antes que a destinação pública seja efetivada, caso contrário não poderá mais ser objeto de reivindicação, conforme se verifica abaixo:

¹⁷ CRETILLA JÚNIOR, José; ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. **REVISTA IBERO-AMERICANA DE DIREITO PÚBLICO**. Trimestral. São Paulo, p.157-160, 01/dez 2003.

¹⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 1099.

¹⁹ MEIRELLES, op. Cit. p. 650.

²⁰ GASPARINI, op. Cit. 907.

Desapropriação indireta (...) costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória. No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação.²¹

2.4. A DESTINAÇÃO PÚBLICA DO BEM DESAPROPRIADO E A IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE

A destinação pública dada pelo Estado para um bem incorporado ao patrimônio público implica na impossibilidade de reivindicação do bem, mas tão somente a indenização por perdas e danos que deverá ser requerida em sede administrativa ou judicial. Além disso, Edmir Netto de Araújo prevê, inclusive, que, em decorrência do que foi explicado, as ações possessórias ou reivindicatórias podem converter-se em ação ordinária que pleiteia a indenização pelo apossamento administrativo:

Entretanto, com a destinação pública que a Administração lhe dá, configura-se a afetação do bem que, uma vez incorporado ao patrimônio público de forma irreversível, mesmo dessa forma irregular e ilegal, não mais poderá ser objeto de reivindicação, obrigando o particular a socorrer-se judicialmente, de ação (ordinária) de indenização por perdas e danos (...). Também as ações possessórias ou reivindicatórias podem converter-se em ação de desapropriação indireta.²²

Com efeito, José Cretella Júnior e Paulo Cesar de Carvalho destacam que, com a destinação pública o proprietário perde o direito do uso e usufruto do bem, conforme a transcrição a seguir: “É o que ocorre, nas hipóteses de desapropriação indireta, quando, afetado o bem ao domínio público, o proprietário perde o direito de usar o bem, como o de usufruí-lo (...)”²³

Di Pietro seleciona alguns exemplos que melhor elucidam a destinação do bem ao interesse público para melhor entendimento:

Imagine-se na hipótese em que o Poder Público construa uma praça, uma escola, um cemitério, um aeroporto, em área pertencente a particular; terminada a construção e

²¹ DI PIETRO, op. Cit. 191.

²² ARAÚJO, op. Cit. p. 1100.

²³ CRETILLA JÚNIOR, op. Cit. p. 157.

afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, a solução que cabe ao particular é pleitear indenização por perdas e danos.²⁴

Fernanda Marinela indica que a simples afetação ao interesse público não implica em transferência da propriedade. Caso o particular não entre com a ação cabível no tempo estipulado, o Estado deve recorrer ao Judiciário através da Ação de Usucapião para adquirir a propriedade. Vejamos:

Caso o proprietário não tome as providências para receber a indenização em tempo hábil, a saída para o Estado regularizar o direito de propriedade é a ação de usucapião, já que a simples incorporação do bem à finalidade pública não representa forma de aquisição da propriedade.²⁵

Na mesma esteira, Di Pietro destaca a necessidade da ação de usucapião para promover a transferência de propriedade:

Quando o particular não pleiteia a indenização em tempo hábil, deixando prescrever o seu direito, o Poder Público, para regularizar a situação patrimonial do imóvel, terá que recorrer à ação de usucapião, já que a simples afetação do bem particular a um fim público não constitui forma de transferência da propriedade.²⁶

2.5 A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Com a destinação pública dada ao bem, cabe ao particular a indenização que, na via judicial, é conseguida através de uma ação ordinária: a chamada ação de indenização por desapropriação indireta. Fernanda Marinela ensina que:

Ocorridos o esbulho e a incorporação ao patrimônio público, a afetação do bem ao atendimento de uma finalidade pública, o art. 35, do Decreto-Lei nº 3.365/41, impede que o Estado devolva o bem a seu titular, portanto resta ao proprietário o recurso à via judicial, com o objetivo de receber a indenização pela perda do direito de propriedade. A medida nessa hipótese é a Ação de Desapropriação Indireta.²⁷

²⁴ DI PIETRO, op. Cit. p. 191-192.

²⁵ MARINELA, op. Cit. p. 834.

²⁶ DI PIETRO, op. Cit. p. 192.

²⁷ MARINELA, op. Cit. p.831.

É certo que na ação de desapropriação quem figura no polo ativo é o Estado. De outra forma, na ação de indenização por desapropriação indireta essa regra é invertida, pois quem pleiteia o direito é o particular. José Carlos de Moraes Salles leciona que:

Invertem-se, portanto, as posições: o expropriante, que deveria ser autor da ação expropriatória, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa a ser autor da indenizatória.²⁸

Tendo o bem ganhado destinação pública, ele torna-se insuscetível de reintegração ou reivindicação. O particular pode pleitear a indenização pela perda do imóvel, sendo garantidos os juros moratórios, os juros compensatórios, a correção monetária e os honorários advocatícios como na Ação de Desapropriação que o Estado propõe em face dos particulares. É o que leciona Hely Lopes de Meirelles:

Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação (...), restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho e honorários do advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.²⁹

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

A indenização (...) compreende o valor do imóvel e de suas benfeitorias (como dano emergente), acrescidos de juros compensatórios a partir da data da efetiva ocupação, incidente sobre o valor contemporâneo e atualizado do bem.³⁰

2.6. A CARACTERIZAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA EM CASO DE INTERVENÇÃO RESTRITIVA NA PROPRIEDADE

Não há espaço para confundir a intervenção restritiva do Estado na propriedade com a desapropriação, pois esta é modalidade de intervenção supressiva da propriedade. Nas intervenções restritivas, de forma geral, impõem-se apenas restrições ao direito de

²⁸ SALLES, op. Cit. p. 846.

²⁹ MEIRELLES, op. Cit. p. 650.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 454.

propriedade, não gerando direito à indenização, o que não ocorre com a desapropriação.

Hely Lopes Meirelles leciona, utilizando a limitação administrativa como exemplo de intervenção restritiva, que:

(...) importa distinguir a limitação administrativa da desapropriação. Nesta há transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante, com integral indenização; naquela há, apenas, restrição ao uso da propriedade, imposta genericamente a todos os proprietários, sem qualquer indenização.³¹

Fernanda Marinela ensina que é normal que a Administração Pública utilize uma forma de intervenção restritiva da propriedade quando, na verdade, são impostas restrições que impedem a utilização normal do bem. Essa é uma saída para não ter que indenizar o particular:

Na prática é muito comum a Administração disfarçar uma modalidade restritiva de intervenção na propriedade, escapando muitas vezes do dever de indenizar através de um procedimento mais simples, quando na verdade está tomando para si a propriedade, impedindo o exercício do direito, efetivamente, desapropriando o bem. Essa forma restritiva de intervenção é que se denomina desapropriação indireta.³²

Di Pietro destaca que restará caracterizado o apossamento administrativo do bem quando ocorrer intervenções restritivas na propriedade que, na verdade, impedem o uso do bem pelo particular:

Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem totalmente o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, lícitamente, afetar em parte o direito de propriedade.³³

Cabe frisar que para ser configurada a desapropriação indireta, o apossamento do bem em definitivo é pressuposto. Assevera Lúcia Valle Figueiredo que o apossamento administrativo é caracterizado pela “utilização da propriedade particular (não por requisição nem por ocupação temporária), com caráter definitivo, sem qualquer justo título”.³⁴

³¹ MEIRELLES, op. Cit. p. 668.

³² MARINELA, op. Cit. p. 830.

³³ DI PIETRO, op. Cit. p. 192.

³⁴ FIGUEIREDO. Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 343.

2.7. A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COMO CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A figura da desapropriação indireta é de criação jurisprudencial ou de “prática jurisprudencial”³⁵. O motivo do que se afirma não é difícil de deduzir depois de tudo o que foi exposto no presente estudo.

Quando o particular se via prejudicado pela Administração Pública no tocante ao exercício dos direitos de propriedade e de posse suprimidos, recorria ao Judiciário por intermédio das ações possessórias e reivindicatórias previstas no ordenamento jurídico pátrio em relação aos bens sobre os quais exerciam os direitos de propriedade e/ou de posse. Neste sentido, Diógenes Gasparini afirma que:

A doutrina e a jurisprudência criaram-na como forma de satisfazer o interesse do particular esbulhado, que não pode, dada a destinação pública que lhe foi atribuída pelo Poder Público, retomar o bem objeto do apossamento.³⁶

Diante de tal cenário, os magistrados verificavam que os bens em litígio já haviam ganhado destinação pública. Dessa maneira, na lição de José Carlos de Moraes Salles, os juízes e tribunais “passaram a determinar a conversão das possessórias e reivindicatórias em ações indenizatórias”³⁷ em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

3. A PROBLEMÁTICA ATUAL E AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES COM BASE NOS PADRÕES ÉTICOS EXIGIDOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após análise do apossamento administrativo como ato ilícito, convém estudar os problemas existentes atualmente que acarretam prejuízos para os particulares e para a própria Administração Pública. Nesse sentido, a busca de soluções com base na ética torna-se necessária.

3.1. A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COMO ATO CORRIQUEIRO E ABUSIVO

O fenômeno em estudo é ato corriqueiro empregado pela Administração Pública, que Hely Lopes Meirelles identifica como “situação de fato que se vai generalizando em nossos

³⁵ JUSTEN FILHO, op. Cit. p. 453.

³⁶ GASPARINI, op. Cit. p. 908.

³⁷ SALLES, op. Cit. p. 847.

dias”.³⁸ Na mesma esteira, José Carlos de Moraes Salles diz que essa prática “vai se transformando em procedimento corriqueiro, diuturna e conscientemente empregado”.³⁹

Após tudo o que foi apresentado até o momento, qualifica-se o apossamento administrativo como prática abusiva e ilícita, em razão, principalmente, da violação ao direito à propriedade, que é garantido constitucionalmente. Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho considera como uma “prática ilícita, abusiva e inconcebível num Estado de Direito”.⁴⁰

3.2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRÁTICA E A LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS

Marçal Justen Filho avança na discussão e admite que a prática é inconstitucional gerando punição aos responsáveis:

Trata-se, em última análise, de prática inconstitucional, cuja solução haveria de ser a restituição do bem ao particular, acompanhada de indenização por perdas e danos, e a punição draconiana para os responsáveis pela ilicitude.⁴¹

O nobre autor explica melhor a repúdia e a inconstitucionalidade da prática gerada pelo desrespeito das formalidades essenciais e indispensáveis para ocorrer a retirada do bem do particular:

Lamentavelmente, reputa-se que o apossamento fático pelo Estado de um bem acarreta sua integração no domínio público, tese fundada do art. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/41 e em outras disposições pretéritas. Essa concepção deve ser repudiada em vista da Constituição: se a desapropriação depende da prévia e justa indenização em dinheiro, a ser fixada judicialmente, não há fundamento jurídico mínimo para afirmar a aquisição do domínio do Estado mediante um ato de força, incompatível com a ordem jurídica. É evidente que, em face da Constituição, cabe a reivindicação de bens indevidamente apossados pelo Estado.⁴²

Ainda que assim não fosse, o referido Autor destaca a ocorrência de danos aos cofres públicos decorrentes dos altos valores de indenização que o Estado é condenado a pagar, de

³⁸ MEIRELLES, op. Cit. p. 650.

³⁹ SALLES, op. Cit. p. 847.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, op. Cit. p. 453.

⁴¹ JUSTEN FILHO, op. Cit. loc. Cit.

⁴² JUSTEN FILHO, op. Cit. loc. Cit.

modo a superar o valor real do bem indenizado em virtude, principalmente, da incidência dos juros compensatórios, conforme se verifica nos ensinamentos abaixo:

Os cofres públicos têm arcado com o pagamento de indenizações vultuosíssimas.⁴³
O montante das indenizações supera largamente o preço de mercado dos bens, especialmente por efeito da incidência dos juros compensatórios desde a ocupação.⁴⁴

De certa forma, é fácil identificar a razão dessa prática empregada pela Administração Pública. É o que ensina José Carlos de Moraes Salles, que alerta sobre a facilidade dos agentes públicos na prática do apossamento sem prévio processo e indenização, na medida em que adia a obrigação de pagar aos mandatos dos futuros governantes:

Torna-se mais fácil invadir a propriedade particular para só depois de muitos anos indenizar (...) deixando o encargo do pagamento das indenizações para governos futuros.⁴⁵

3.3. AS SOLUÇÕES ELENCADAS PELA DOUTRINA

É necessário buscar soluções para a prática que é inconstitucional e que gera danos ao erário. Marçal Justen Filho parece estar no caminho correto, na medida em que prega a abstenção da prática do ato em respeito aos princípios da democracia existentes em nosso ordenamento jurídico:

A única solução para o problema reside no respeito aos princípios fundamentais da democracia republicana em que vivemos: a abstenção dos agentes estatais em promover a ilicitude denominada desapropriação indireta. Mas, se isso vier a ocorrer, é imperioso submeter os agentes políticos e administrativos à devida responsabilização.⁴⁶

Dessa forma, para garantir a abstenção deve haver a submissão dos agentes públicos envolvidos à responsabilização não apenas administrativa, mas também na esfera civil e

⁴³ JUSTEN FILHO, op. Cit. p. 454.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, op. Cit. loc. Cit.

⁴⁵ SALLES, op. Cit. p. 847.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, op. Cit. p. 454 e 455.

penal, conforme se verifica abaixo: “Cabe também a punição civil, administrativa e penal para o agente público”.⁴⁷

Fernanda Marinela, além de compartilhar com o entendimento de que a desapropriação indireta diz respeito ao irregular apossamento administrativo e recomendar a repúdia dessa atitude tomada pelo Estado, acrescenta que o fato “poderia ser evitado com medidas simples de planejamento e gestão responsável da função administrativa”.⁴⁸

3.4. O DESRESPEITO AOS PADRÕES ÉTICOS EXIGIDOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prática que gera efeitos negativos para a Administração Pública e para o particular pode ser revertida através de planejamento, gestão e punição para os que deram causa. Nesse sentido, torna-se necessário destacar o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa que é imposta para a Administração Pública e estampada no artigo 37 da Constituição Federal.

É notável que os padrões éticos exigidos da Administração Pública não são seguidos e respeitados na desapropriação indireta. A abolição de tal prática significaria o resgate ao molde de probidade, decoro e boa fé esperado da atuação administrativa.

Além disso, a desapropriação indireta é caracterizada como desvio de poder. Segundo Di Pietro, o desvio de poder é hipótese de ilegalidade e, portanto, estaria sujeita ao controle judicial.

Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa.⁴⁹

Di Pietro ainda esclarece que acontece a violação ao princípio da moralidade administrativa quando ocorre, por exemplo, a ofensa aos bons costumes e a ideia de honestidade. Vejamos:

(...) sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa

⁴⁷ JUSTEN FILHO, op. Cit. p. 453.

⁴⁸ MARINELA, op. Cit. p. 830.

⁴⁹ DI PIETRO, op. Cit. p. 70.

administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁵⁰

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

O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a idéia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.⁵¹

CONCLUSÃO

Analisando os diversos ensinamentos doutrinários e as problemáticas atuais mencionadas, vislumbra-se a necessidade da sociedade questionar os atos realizados pela Administração Pública. O Estado deve recorrer ao processo de desapropriação com o respeito ao devido processo legal, notadamente a declaração de utilidade ou necessidade pública ou do interesse social.

O presente estudo aponta para a necessidade de combater a prática de desapropriação indireta que, segundo alguns autores, não possui regime legal por afrontar o procedimento estabelecido em lei necessário para o processo de desapropriação.

Para que ocorra o respeito aos padrões éticos que a Administração Pública é obrigada a manter, serão necessárias medidas de melhorias na gestão e no planejamento da coisa pública, além de responsabilizar quem deu causa ao ato ilícito e antiético.

No Estado Democrático de Direito em que vivemos que confere proteção à propriedade privada, não há espaço para aceitação da banalização dessa prática. Nesse âmbito, ainda é necessário destacar o mérito dos juízes e dos tribunais brasileiros que, através da aceitação da ação de indenização por desapropriação indireta, possibilitaram a indenização aos particulares com base no valor real do bem em litígio, além dos juros compensatórios e moratórios.

Buscamos, no presente estudo, colaborar com elementos que sinalizem a abertura de

⁵⁰ DI PIETRO, op. Cit. p. 71.

⁵¹ MARINELA, op. Cit. p. 38.

portas para debates sobre o assunto em voga com esperança de que gere resultados positivos. Nessa discussão, deve ser abordada, obrigatoriamente, a moralidade administrativa, a boa-fé e a ética que deve imperar na atuação administrativa.

Por fim, vale assinalar, que além dos prejuízos aos particulares e aos padrões éticos e morais, a desapropriação indireta lesa o erário, na medida em que o orçamento público é acionado para pagar indenizações altíssimas, de modo a superar, em muito, o valor que seria pago caso tivesse sido instaurado o procedimento desapropriatório dentro dos critérios legais.

Estas são, em síntese, as considerações finais ao presente artigo que buscou explicitar o equilíbrio que deve haver entre o interesse público e privado, a preservação dos cofres públicos e, especialmente, a defesa da ética e da moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CRETILLA JÚNIOR, José; ROCHA, Paulo César de Carvalho. Desapropriação indireta. **REVISTA IBERO-AMERICANA DE DIREITO PÚBLICO**. Trimestral. São Paulo, p.157-160, 01/dez 2003.

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

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GASPARINI. Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MOREIRA, João Batista Gomes. Due Process of Law e desapropriação indireta. **INTERESSE PÚBLICO: REVISTA BIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO**. Porto Alegre, Editora Notadez, v. 4, n. 4, p. 54-79, Outubro/Dezembro, 1999.

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